

A-167-08  
2009 FCA 21

A-167-08  
2009 CAF 21

**Attorney General of Canada** (*Appellant*)

**Procureur général du Canada** (*appelant*)

v.

c.

**Fateh Kamel** (*Respondent*)

**Fateh Kamel** (*intimé*)

**INDEXED AS: KAMEL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : KAMEL c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Décary, Létourneau and Blais JJ.A.—Montréal, January 12; Ottawa, January 23, 2009.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Létourneau et Blais, J.C.A.—Montréal, 12 janvier; Ottawa, 23 janvier 2009.

*Constitutional Law — Charter of Rights — Mobility Rights — Appeal from Federal Court decision determining Canadian Passport Order, s. 10.1 infringing mobility rights guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1); not possible to justify infringement under Charter, s. 1 since Order not “law” within meaning of that section — S. 10.1 authorizing Minister of Foreign Affairs to refuse to issue passport “if Minister is of the opinion that such action is necessary for the national security of Canada or another country” — Federal Court correct to say section 10.1 infringing Charter, s. 6(1) but erred in finding Order, s. 10.1 not “law” — Section 10.1 not vague, overbroad — Satisfying precision test required to constitute “law” within meaning of Charter, s. 1 — Possible collective harm to Canadians outweighing respondent’s individual harm in this case — Infringement justified under Charter, s. 1. — Appeal allowed.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d’établissement — Appel de la décision de la Cour fédérale portant que l’art. 10.1 du Décret sur les passeports canadiens porte atteinte à la liberté de circulation garantie par l’art. 6(1) de la Charte canadienne des droits et libertés et que cette atteinte ne peut se justifier en vertu de l’article premier de la Charte puisque le Décret n’est pas une « règle de droit » au sens de cette disposition — L’art 10.1 autorise le ministre des Affaires étrangères à refuser la délivrance d’un passeport « s’il est d’avis que cela est nécessaire pour la sécurité nationale du Canada ou d’un autre pays » — La Cour fédérale a statué à juste titre que l’art. 10.1 porte atteinte à l’art. 6(1) de la Charte, mais a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que l’art. 10.1 du Décret n’est pas une « règle de droit » — L’art. 10.1 n’est pas imprécis et n’a pas une portée excessive — Il répond au critère de précision requis pour constituer une « règle de droit » au sens de l’article premier de la Charte — En l’espèce, le préjudice collectif possible des Canadiens l’emportait sur le préjudice individuel de l’intimé — L’atteinte était justifiée en vertu de l’article premier de la Charte — Appel accueilli.*

*Crown — Prerogatives — Royal prerogative over passports — Canadian Passport Order, s. 10.1 authorizing Minister of Foreign Affairs to refuse to issue passport “if Minister is of the opinion that such action is necessary for the national security of Canada or another country” — Minister exercising this discretion with respect to respondent’s passport application — S. 10.1 not unconstitutionally vague — While s. 10.1 infringing Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6, that infringement justified under Charter, s. 1.*

*Couronne — Prérrogatives — Prérogative royale en matière de passeport — L’art 10.1 du Décret sur les passeports canadiens autorise le ministre des Affaires étrangères à refuser la délivrance d’un passeport « s’il est d’avis que cela est nécessaire pour la sécurité nationale du Canada ou d’un autre pays » — Le ministre a exercé ce pouvoir discrétionnaire à l’égard de la demande de passeport de l’intimé — L’art. 10.1 n’est pas constitutionnellement imprécis — Bien que l’art. 10.1 porte atteinte à l’art. 6 de la Charte canadienne des droits et libertés, cette atteinte est justifiée en vertu de l’article premier de la Charte.*

*Administrative Law — Canadian Passport Order, s. 10.1 vesting Minister of Foreign Affairs with power to refuse to issue passport for reasons of national, international security*

*Droit administratif — L’art. 10.1 du Décret sur les passeports canadiens confère au ministre des Affaires étrangères le pouvoir de refuser la délivrance d’un passeport*

— Words “is of the opinion” in s. 10.1 not vague within constitutional meaning of term, part of usual language of Canadian administrative law — Decision maker having to exercise this discretion in reasonable manner.

This was an appeal from a Federal Court decision declaring that section 10.1 of the *Canadian Passport Order*, which authorizes the Minister of Foreign Affairs to refuse to issue a passport “if the Minister is of the opinion that such action is necessary for the national security of Canada or another country”, was invalid. The Court reached this conclusion after determining that section 10.1 infringes the respondent’s mobility rights guaranteed by subsection 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the Attorney General could not seek to justify this infringement under section 1 thereof since the Order is not a “law” within the meaning of section 1.

The respondent, a Canadian of Algerian origin, had applied to the Canadian authorities for a new passport. However, his application was denied given that he had been convicted in France of a terrorist-related offence and passport forgery, for which he was imprisoned.

The issues were whether section 10.1 of the Order violates section 6 of the Charter and if so, whether this infringement can be justified under section 1 of the Charter.

*Held*, the appeal should be allowed.

The Federal Court correctly held that section 10.1 of the Order infringes subsection 6(1) of the Charter. However, it erred in finding that section 10.1 of the Order is not a “law” allowing the state to claim the benefit of section 1 of the Charter on the ground that the provision is vague and overbroad. Section 10.1 states that the Minister of Foreign Affairs has the power to refuse to issue a passport for reasons of national or international security. This new section establishes that in cases of national or international security, the Minister, rather than Passport Canada, exercises that power. The expression “if the Minister is of the opinion that such action is necessary for the national security of Canada” at section 10.1 is not vague. The words “is of the opinion” are part of the usual language of Canadian administrative law and vest a decision maker with discretion which must be exercised in a reasonable manner, taking relevant factors into account. There is no vagueness within the constitutional meaning of the term. The words “is necessary” are also words found in many statutory and regulatory provisions. They afford a basis for “a legal debate” and limit the discretion conferred upon the decision maker. The words “for the national security of

*pour cause de sécurité nationale ou internationale* — Les mots « est d’avis » à l’art. 10.1 ne sont pas imprécis au sens constitutionnel du terme et font partie du langage usuel du droit administratif canadien — Le décideur doit exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière raisonnable.

Il s’agissait d’un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a statué que l’article 10.1 du *Décret sur les passeports canadiens*, qui autorise le ministre des Affaires étrangères à refuser la délivrance d’un passeport « s’il est d’avis que cela est nécessaire pour la sécurité nationale du Canada ou d’un autre pays », était invalide. La Cour en est arrivée à cette conclusion après avoir établi que l’article 10.1 porte atteinte à la liberté de circulation de l’intimé garantie par le paragraphe 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que le procureur général ne pouvait chercher à justifier cette atteinte en vertu de l’article premier de la Charte puisque le Décret n’est pas une « règle de droit » au sens de l’article premier.

L’intimé, un canadien d’origine algérienne, a demandé un nouveau passeport aux autorités canadiennes. Cependant, la demande a été rejetée parce que l’intimé avait été reconnu coupable en France d’une infraction de nature terroriste et de falsification de passeports, pour lesquelles il a été emprisonné.

Les points litigieux étaient ceux de savoir si l’article 10.1 du Décret enfreint l’article 6 de la Charte et, si oui, si cette violation peut se justifier en vertu de l’article premier de la Charte.

*Arrêt* : l’appel doit être accueilli.

La Cour fédérale a statué à juste titre que l’article 10.1 du Décret porte atteinte au paragraphe 6(1) de la Charte. Elle a toutefois commis une erreur lorsqu’elle a conclu que l’article 10.1 du Décret ne constituait pas une « règle de droit » permettant à l’État d’invoquer le bénéfice de l’article premier de la Charte au motif que la disposition est imprécise et a une portée excessive. L’article 10.1 précise que le ministre des Affaires étrangères a le pouvoir de refuser la délivrance d’un passeport pour cause de sécurité nationale ou internationale. Il ressort de ce nouvel article qu’en matière de sécurité nationale ou internationale, c’est le ministre, plutôt que Passeport Canada, qui exerce ce pouvoir. L’expression « s’il est d’avis que cela est nécessaire pour la sécurité nationale du Canada » à l’article 10.1 n’est pas imprécise. Les mots « s’il est d’avis » font partie du langage usuel du droit administratif canadien et confèrent à un décideur un pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé de manière raisonnable et en tenant compte de facteurs pertinents. Il n’y a pas d’imprécision au sens constitutionnel du terme. Les mots « cela est nécessaire » sont aussi des mots qu’on retrouve dans moult dispositions législatives et réglementaires. Ils donnent

Canada or another country” must be interpreted in light of the Supreme Court of Canada’s finding in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* that the concept of “security of Canada”, as it relates to the expression “danger to the security of Canada”, is sufficiently precise. This applies all the more so in this case since the adjective “necessary” clarifies section 10.1 by requiring a causal connection between national security and the refusal to issue a passport and the provision specifies that the threat to the security of another country is envisaged. Therefore, section 10.1 of the Order satisfies the test of precision that is required to constitute a “law” within the meaning of section 1 of the Charter. The Federal Court erred in law by confusing the constitutional validity of a provision with the validity of the decision made under that provision.

The restriction of a Charter right will be justified under section 1 if it is designed to achieve a sufficiently important objective and if the means chosen are proportional to the objective. Section 10.1 of the Order has both a broad and particular objective (international fight against terrorism and maintaining the Canadian passport’s good reputation). Since the 2001 terrorist attacks in the U.S., many countries, including Canada, have adopted policies, programs, statutes and regulations to strengthen their national and international security. There was evidence establishing a causal connection between the violation—refusal to issue a passport—and the benefit (objectives) sought. In terms of minimal impairment of the Charter right, national security and the fight against terrorism are areas in which “a certain measure of deference” is appropriate. There was minimal impairment in this case since the refusal to issue a general passport does not necessarily result in completely depriving a Canadian citizen of his or her right to leave the country. Furthermore, this method of addressing security concerns was reasonable.

The possible collective harm in this case outweighed the real individual harm. The evidence was clear that the Minister would fail in his duty to protect Canadians and Canada and to comply with Canada’s international commitments if the requested passport were issued. Therefore, while section 10.1 of the *Canadian Passport Order* infringed the respondent’s section 6 Charter right to enter or leave Canada, the infringement was justified under section 1 of the Charter.

ouverture à « un débat judiciaire » et restreignent la discrétion dont est investi le décideur. Les mots « pour la sécurité nationale du Canada ou d’un autre pays » doivent s’interpréter à la lumière de la conclusion de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’immigration)* portant que la notion de « la sécurité du Canada », telle qu’elle se rattache à l’expression « danger pour la sécurité du Canada », est suffisamment précise. Cela s’applique à plus forte raison en l’espèce parce que l’adjectif « nécessaire » précise l’article 10.1 en ce qu’il exige un lien causal entre la sécurité nationale et le refus de délivrance d’un passeport, et la disposition précise que la menace pour la sécurité d’un autre pays est envisagée. En conséquence, l’article 10.1 du Décret répond au critère de précision requis pour constituer une « règle de droit » au sens de l’article premier de la Charte. La Cour fédérale a commis une erreur de droit en confondant la validité constitutionnelle d’une disposition avec la validité de la décision prise selon cette disposition.

La restriction à un droit énoncé dans la Charte sera justifiée en vertu de l’article premier si elle vise un objectif suffisamment important et si les moyens choisis sont proportionnels à l’objectif visé. L’article 10.1 du Décret vise à la fois un objectif général et un objectif particulier (la lutte internationale contre le terrorisme et le maintien de la bonne réputation du passeport canadien). Depuis les attentats de 2001 aux É.-U., de nombreux pays, dont le Canada, se sont munis de politiques, de programmes, de lois et de règlements destinés à renforcer leur sécurité nationale ainsi que la sécurité internationale. Une preuve permettait d’établir un lien causal entre la violation — le refus de délivrer un passeport — et les avantages (objectifs) recherchés. S’agissant de l’atteinte minimale au droit protégé par la Charte, la sécurité nationale et la lutte contre le terrorisme sont des domaines où « une certaine déférence » s’impose. Il y avait atteinte minimale en l’espèce parce que le refus de délivrer un passeport général n’a pas nécessairement pour effet de priver de façon absolue le citoyen canadien de son droit de sortir du pays. Qui plus est, ce moyen de traiter des inquiétudes du point de vue de la sécurité était raisonnable.

Le préjudice collectif possible en l’espèce l’emportait sur le préjudice individuel réel. La preuve démontrait clairement que le ministre aurait manqué à son devoir de protéger les Canadiens et le Canada et de respecter les engagements internationaux du Canada s’il avait délivré le passeport demandé. Par conséquent, bien que l’article 10.1 du *Décret sur les passeports canadiens* porte atteinte au droit de l’intimé garanti par l’article 6 de la Charte d’entrer au Canada ou d’en sortir, cette atteinte était justifiée en vertu de l’article premier de la Charte.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 6, 7, 15.

*Canadian Passport Order*, SI/81-86, ss. 4 (as am. by SI/2004-113, s. 3), 9 (as am. by SI/2001-121, s. 5; 2006-95, s. 8), 10 (as am. by SI/2001-121, s. 6; 2006-95, s. 9), 10.1 (as enacted by SI/2004-113, s. 5).

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 53(1)(b) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43).

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

United Nations Security Council. Resolution. "Threats to International Peace and Security (Security Council Summit 2005)", S/RES/1624 (2005).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, 281 D.L.R. (4th) 589, 158 C.R.R. (2d) 127; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 152; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200, 24 C.C.C. (3d) 321.

## CONSIDERED:

*Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827, 348 A.R. 201, 239 D.L.R. (4th) 193; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, (1992), 77 C.C.C. (3d) 91, 17 C.R. (4th) 74; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835, 226 D.L.R. (4th) 1, [2003] 7 W.W.R. 391; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527, 276 D.L.R. (4th) 513, [2007] 5 W.W.R. 1.

## REFERRED TO:

*R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 114 N.S.R. (2d) 91, 93 D.L.R. (4th) 36; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, 234 D.L.R. (4th) 257, 180 C.C.C. (3d) 353; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, (1995), 125 D.L.R. (4th) 385, 99 C.C.C. (3d) 97; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, (1997), 38 O.R. (3d) 735, 159 D.L.R. (4th) 385; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*,

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 6, 7, 15.

*Décret sur les passeports canadiens*, TR/81-86, art. 4 (mod. par TR/2004-113, art. 3), 9 (mod. par TR/2001-121, art. 5; 2006-95, art. 8), 10 (mod. par TR/2001-121, art. 6; 2006-95, art. 9), 10.1 (édicte par TR/2004-113, art. 5).

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 53(1)(b) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43).

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Conseil de sécurité des Nations Unies. Résolution. « Menaces contre la paix et la sécurité internationales (Sommet du Conseil de sécurité 2005) », S/RES/1624 (2005).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835; *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527.

## DÉCISIONS CITÉES :

*R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

[1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1, 100 C.C.C. (3d) 449.

## AUTHORS CITED

Canada. Privacy Council Office. *Securing an Open Society: Canada's National Security Policy*, April 2004, online: <<http://www.pco-bcp.gc.ca>>. Explanatory Note, SI/2004-113, *C. Gaz.* 2004.II.1311.

APPEAL from a Federal Court decision (2008 FC 338, [2009] 1 F.C.R. 59, 294 D.L.R. (4th) 708, 86 Admin. L.R. (4th) 1) allowing in part an application for judicial review of the Minister of Foreign Affairs' refusal to issue the respondent a passport. Appeal allowed.

## APPEARANCES

*Nathalie Benoit* for appellant.  
*Johanne Doyon* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Doyon & Associés*, Montréal, for respondent.

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

[1] DÉCARY J.A.: This appeal essentially deals with the constitutional validity of section 10.1 of the *Canadian Passport Order* (Order), which authorizes the Minister of Foreign Affairs (the Minister) to refuse to issue a passport "if the Minister is of the opinion that such action is necessary for the national security of Canada or another country" (SI/81-86, as enacted by SI/2004-113 [section 5]).

[2] The circumstances that form the backdrop to this dispute are relatively simple and clearly uncontroversial. I will relate only those that are the most relevant.

[3] The respondent, Mr. Kamel, was born in Algeria in 1960. He immigrated to Canada in 1988 and became a Canadian citizen on January 27, 1993.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Bureau du Conseil privé. *Protéger une société ouverte : la politique canadienne de sécurité nationale*, avril 2004, en ligne : <<http://www.pco-bcp.gc.ca>>. Note explicative, TR/2004-113, *Gaz. C.* 2004.II.1311.

APPEL de la décision (2008 CF 338, [2009] 1 R.C.F. 59) par laquelle la Cour fédérale a accueilli en partie une demande de contrôle judiciaire du refus du ministre des Affaires étrangères de délivrer un passeport à l'intimé. Appel accueilli.

## ONT COMPARU

*Nathalie Benoit* pour l'appellant.  
*Johanne Doyon* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*Doyon & Associés*, Montréal, pour l'intimé.

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Cet appel porte essentiellement sur la validité constitutionnelle de l'article 10.1 du *Décret sur les passeports canadiens* (Décret), qui autorise le ministre des Affaires étrangères du Canada (le ministre) à refuser la délivrance d'un passeport « s'il est d'avis que cela est nécessaire pour la sécurité nationale du Canada ou d'un autre pays » (TR/81-86 tel qu'édicte par TR/2004-113 [article 5]).

[2] Les circonstances qui constituent la toile de fond de ce litige sont relativement simples et à l'abri de toute contestation. Je n'en relate que les plus pertinentes.

[3] L'intimé, M. Kamel, est né en Algérie en 1960. Il immigré au Canada en 1988. Il obtient la citoyenneté canadienne le 27 janvier 1993.

[4] On January 29, 1993, Mr. Kamel was issued a Canadian passport. In October 1995, Mr. Kamel informed the Canadian authorities that his passport had been stolen. A new passport was issued, valid until November 10, 2001. In July 1997, he found the stolen passport and filed a new passport application. A new passport was then issued, valid until July 2002.

[5] In May 1999, Mr. Kamel was arrested in Jordan and then extradited to France. On April 6, 2001, after a trial lasting several days, the tribunal de grande instance de Paris [tribunal] convicted him of membership in a criminal organization for the purpose of preparing a terrorist act and complicity in the forgery of three passports he had brought from Canada. The act of terrorism in question was the attack in Roubaix, France, in 1998. Mr. Kamel had legal representation. The tribunal described Mr. Kamel as the [TRANSLATION] “principal organizer of international networks determined to prepare attacks and procure weapons and passports for terrorists acting throughout the world”. Some 20 accused were tried at the same time as Mr. Kamel. He received the harshest sentence: imprisonment for eight years and permanent exclusion from France.

[6] Mr. Kamel was imprisoned in France. He was released after serving half of his sentence. He returned to Montréal, his place of residence in Canada, on January 29, 2005, with a [TRANSLATION] “temporary passport valid for one trip only” issued as an exceptional case to allow him to return to Canada (A.B., Vol. 7, page 1441).

[7] On June 13, 2005, Mr. Kamel applied to the Canadian authorities for a new passport. He was planning a business trip to Thailand. According to the evidence on record, “there is intense passport trafficking activity in Thailand” (Rudner affidavit, reasons for judgment, at paragraph 40).

[8] Eventually, after numerous exchanges that are not relevant for the purposes of this appeal, Passport Canada recommended that the Minister refuse Mr. Kamel’s passport application. On December 1, 2005, the Minister refused to issue the passport.

[4] Le 29 janvier 1993, un passeport canadien est délivré à M. Kamel. En octobre 1995, M. Kamel informe les autorités canadiennes que son passeport a été volé. Un nouveau passeport est délivré, valide jusqu’au 10 novembre 2001. En juillet 1997, il retrouve le passeport volé et fait une nouvelle demande de passeport. Un nouveau passeport est alors délivré, valide jusqu’en juillet 2002.

[5] En mai 1999, M. Kamel est arrêté en Jordanie, puis extradé en France. Après un procès de plusieurs jours, il est déclaré coupable par le tribunal de grande instance de Paris, le 6 avril 2001, d’avoir participé à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d’un acte de terrorisme et de complicité dans la falsification de trois passeports qu’il avait apportés du Canada. L’acte de terrorisme en question était l’attentat perpétré à Roubaix, en France, en 1998. M. Kamel était représenté par avocat. Le tribunal a décrit M. Kamel comme le « principal animateur des réseaux internationaux déterminé à préparer des attentats et à procurer des armes et des passeports à des terroristes agissant partout dans le monde ». Une vingtaine d’accusés ont subi leur procès en même temps que M. Kamel. Il se vit imposer la peine la plus lourde, soit huit ans d’emprisonnement et l’interdiction définitive du territoire français.

[6] M. Kamel est emprisonné en France. Il est libéré après avoir purgé la moitié de sa peine. Il revient à Montréal, lieu de sa résidence au Canada, le 29 janvier 2005, avec un « passeport provisoire valable pour un seul voyage » délivré exceptionnellement pour lui permettre de revenir au Canada (d.a., vol. 7, page 1441).

[7] Le 13 juin 2005, M. Kamel demande un nouveau passeport aux autorités canadiennes. Il projetait un voyage d’affaires en Thaïlande. La preuve au dossier indique que « la Thaïlande est un pays où le trafic des passeports est intense » (affidavit Rudner, motifs du jugement, au paragraphe 40).

[8] Éventuellement, après de nombreux échanges qui ne sont pas pertinents aux fins de cet appel, Passport Canada recommande au ministre de refuser la demande de passeport de M. Kamel. Le 1<sup>er</sup> décembre 2005, le ministre refuse de délivrer le passeport.

[9] Mr. Kamel then applied to the Federal Court for judicial review of the Minister's decision. He argued, first of all, that the rules of procedural fairness had been violated. He also submitted that sections 4 [as am. by SI/2004-113, s. 3] and 10.1 of the Order infringed his rights as guaranteed by sections 6, 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter).

[10] Mr. Justice Simon Noël allowed Mr. Kamel's application in part (2008 FC 338, [2009] 1 F.C.R. 59). He determined that : (1) the Federal Court has jurisdiction to review the legality of a Minister's decision in the exercise of a royal prerogative; (2) the requirements of procedural fairness were breached in this case; (3) section 10.1 of the Order infringes the mobility rights guaranteed by subsection 6(1) of the Charter; and (4) the Attorney General of Canada cannot seek to justify this infringement under section 1 of the Charter since section 10.1 of the Order, owing to its vagueness, is not a "law" within the meaning of section 1. As a result of that determination, Justice Noël did not address the issue of whether section 10.1 of the Order infringes the rights guaranteed by sections 7 and 15 of the Charter. Since it was unnecessary, the Judge also did not conduct the justification analysis under section 1 of the Charter. However, he refused to compel the Minister to issue a passport to Mr. Kamel. He set aside the Minister's decision and remitted the file to the Minister for a re-determination that meets the requirements of procedural fairness. He declared section 10.1 of the Order invalid and gave the Attorney General of Canada a period of six months to draft wording that would comply with the Charter.

[11] The Attorney General of Canada is appealing. The suspension of the declaration of invalidity was extended until this Court disposes of the appeal. The Attorney General is limiting the appeal to the following points: the violation of section 6 of the Charter and the justification under section 1 of the Charter. Accordingly, I will not comment on the other aspects of this case, and

[9] M. Kamel s'adresse alors à la Cour fédérale et demande le contrôle judiciaire de la décision du ministre. Il prétend dans un premier temps qu'il y a eu manquement aux principes d'équité procédurale. Il prétend dans un deuxième temps que les articles 4 [mod. par TR/2004-113, art. 3] et 10.1 du Décret portent atteinte aux droits que lui reconnaissent les articles 6, 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte).

[10] Le juge Simon Noël accueille dans sa quasi-totalité la demande de M. Kamel (2008 CF 338, [2009] 1 R.C.F. 59). Il conclut : 1) que la Cour fédérale a compétence pour contrôler la légalité d'une décision prise par le ministre dans le cadre de l'exercice d'une prérogative royale; 2) qu'il y a eu manquement, en l'espèce, aux exigences de l'équité procédurale; 3) que l'article 10.1 du Décret porte atteinte à la liberté de circulation protégée par le paragraphe 6(1) de la Charte; et 4) que le procureur général du Canada ne peut chercher à justifier cette atteinte aux termes de l'article premier de la Charte puisque l'article 10.1 du Décret, vu son imprécision, n'est pas une « règle de droit » au sens de l'article 1. En raison de cette conclusion, le juge Noël ne se penche pas sur la question de savoir si l'article 10.1 du Décret porte atteinte aux droits garantis par les articles 7 et 15 de la Charte. Le juge ne fait pas, non plus, parce qu'elle n'est alors pas nécessaire, l'analyse de la justification permise par l'article premier de la Charte. Il refuse par ailleurs d'obliger le ministre à délivrer un passeport à M. Kamel. Il annule la décision du ministre et renvoie le dossier à ce dernier pour un nouvel examen qui respecte les exigences de l'équité procédurale. Il prononce l'invalidité de l'article 10.1 du Décret et donne au procureur général du Canada une période de six mois pour rédiger un texte qui respectera la Charte.

[11] Le procureur général du Canada interjette appel. La suspension de la déclaration d'invalidité est prolongée jusqu'à ce que cette Cour dispose de l'appel. Le procureur général limite l'appel aux seuls points suivants : la violation de l'article 6 de la Charte et la justification en vertu de l'article premier de la Charte. Je ne passerai en conséquence aucun commentaire

nothing in my reasons shall be interpreted as having an impact on the decision that the Minister will eventually make after reconsidering Mr. Kamel's passport application. In addition, since the respondent did not refer in his memorandum to the allegations regarding section 15 of the Charter, I will not deal with them any further. As regards section 7, the respondent merely indicated in a footnote that he was relying on his memorandum from the Federal Court. This is inappropriate and unacceptable. I will not deal with section 7 either.

[12] From the outset, I point out that the real issue is section 10.1 of the Order and that even if the respondent also takes issue with section 4, specifically subsections 4(3) and (4), this incidental attack has no basis whatsoever and does not merit our attention.

[13] I also note that, although this case involves an order and not a statutory provision, I will be using the word "Parliament" to facilitate reading the reasons.

#### Relevant provisions

*Canadian Passport Order* [ss. 9 (as am. by SI/2001-121, s. 5; 2006-95, s. 8), 10 (as am. by SI/2001-121, s. 6; 2006-95, s. 9)]

4. (1) Subject to this Order, any person who is a Canadian citizen under the Act may be issued a passport.

(2) No passport shall be issued to a person who is not a Canadian citizen under the Act.

(3) Nothing in this Order in any manner limits or affects Her Majesty in right of Canada's royal prerogative over passports.

(4) The royal prerogative over passports can be exercised by the Governor in Council or the Minister on behalf of Her Majesty in right of Canada.

...

relativement aux autres aspects de ce dossier et rien dans mes motifs ne doit être interprété comme ayant un impact sur la décision qui sera éventuellement rendue par le ministre après réexamen de la demande de passeport de M. Kamel. Par ailleurs, l'intimé n'ayant pas invoqué dans son mémoire les allégations relatives à l'article 15 de la Charte, je n'en traiterai pas davantage. En ce qui a trait à l'article 7, l'intimé s'est contenté d'indiquer dans une note en bas de page qu'il s'en remettait à son mémoire en Cour fédérale. C'est là une façon de faire inappropriée et inacceptable. Je ne traiterai pas non plus de l'article 7.

[12] Je précise, d'entrée de jeu, que le débat porte véritablement sur l'article 10.1 du Décret et que même si l'intimé s'en prend également à l'article 4, notamment à ses paragraphes 4(3) et (4), cette attaque accessoire est dénuée de tout fondement et ne mérite pas qu'on s'y arrête.

[13] Je précise, aussi, que bien qu'il s'agisse ici d'un décret et non d'une disposition législative, il m'arrivera d'employer le mot « législateur » pour faciliter la lecture des motifs.

#### Dispositions pertinentes

*Décret sur les passeports canadiens* [art. 9 (mod. par TR/2001-121, art. 5; 2006-95, art. 8), 10 (mod. par TR/2001-121, art. 6; 2006-95, art. 9)]

4. (1) Sous réserve du présent décret, un passeport peut être délivré à toute personne qui est citoyen canadien en vertu de la Loi.

(2) Aucun passeport n'est délivré à une personne qui n'est pas citoyen canadien en vertu de la Loi.

(3) Le présent décret n'a pas pour effet de limiter, de quelque manière, la prérogative royale que possède Sa Majesté du chef du Canada en matière de passeport.

(4) La prérogative royale en matière de passeport peut être exercée par le gouverneur en conseil ou le ministre au nom de Sa Majesté du chef du Canada.

[...]



*Refusal of Passports and Revocation*

9. Passport Canada may refuse to issue a passport to an applicant who

(a) fails to provide the Passport Office with a duly completed application for a passport or with the information and material that is required or requested

(i) in the application for a passport, or

(ii) pursuant to section 8;

(b) stands charged in Canada with the commission of an indictable offence;

(c) stands charged outside Canada with the commission of any offence that would, if committed in Canada, constitute an indictable offence;

(d) is subject to a term of imprisonment in Canada or is forbidden to leave Canada or the territorial jurisdiction of a Canadian court by conditions imposed with respect to

(i) any temporary absence, work release, parole, statutory release or other similar regime of absence or release from a penitentiary or prison or any other place of confinement granted under the *Corrections and Conditional Release Act*, the *Prisons and Reformatories Act* or any law made in Canada that contains similar release provisions,

(ii) any alternative measures, judicial interim release, release from custody, conditional sentence order or probation order granted under the *Criminal Code* or any law made in Canada that contains similar release provisions, or

(iii) any absence without escort from a penitentiary or prison granted under any law made in Canada;

(d.1) is subject to a term of imprisonment outside Canada or is forbidden to leave a foreign state or the territorial jurisdiction of a foreign court by conditions imposed with respect to any custodial release provisions that are comparable to those set out in subparagraphs (d)(i) to (iii);

*Refus de délivrance et révocation*

9. Passeport Canada peut refuser de délivrer un passeport au requérant qui :

a) ne lui présente pas une demande de passeport dûment remplie ou ne lui fournit pas les renseignements et les documents exigés ou demandés

(i) dans la demande de passeport, ou

(ii) selon l'article 8;

b) est accusé au Canada d'un acte criminel;

c) est accusé dans un pays étranger d'avoir commis une infraction qui constituerait un acte criminel si elle était commise au Canada;

d) est assujéti à une peine d'emprisonnement au Canada ou est frappé d'une interdiction de quitter le Canada ou le ressort d'un tribunal canadien selon les conditions imposées :

(i) à l'égard d'une permission de sortir, d'un placement à l'extérieur, d'une libération conditionnelle ou d'office, ou à l'égard de tout régime similaire d'absences ou de permissions, d'un pénitencier, d'une prison ou de tout autre lieu de détention, accordés sous le régime de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction* ou de toute loi édictée au Canada prévoyant des mesures semblables de mise en liberté,

(ii) à l'égard de toutes mesures de rechange, d'une mise en liberté provisoire par voie judiciaire, d'une mise en liberté ou à l'égard d'une ordonnance de sursis ou de probation établie sous le régime du *Code criminel* ou de toute loi édictée au Canada prévoyant des mesures semblables de mise en liberté,

(iii) dans le cadre d'une permission de sortir sans escorte d'une prison ou d'un pénitencier accordée en vertu de toute loi édictée au Canada;

d.1) est assujéti à une peine d'emprisonnement à l'étranger ou est frappé d'une interdiction de quitter un pays étranger ou le ressort d'un tribunal étranger selon les conditions imposées dans le cadre de dispositions privatives de liberté comparables à celles énumérées aux sous-alinéas d)(i) à (iii);

(e) has been convicted of an offence under section 57 of the *Criminal Code* or has been convicted in a foreign state of an offence that would, if committed in Canada, constitute an offence under section 57 of the *Criminal Code*;

(f) is indebted to the Crown for expenses related to repatriation to Canada or for other consular financial assistance provided abroad at his request by the Government of Canada; or

(g) has been issued a passport that has not expired and has not been revoked.

**10.** (1) Passport Canada may revoke a passport on the same grounds on which it may refuse to issue a passport.

(2) In addition, Passport Canada may revoke the passport of a person who

(a) being outside Canada, stands charged in a foreign country or state with the commission of any offence that would constitute an indictable offence if committed in Canada;

(b) uses the passport to assist him in committing an indictable offence in Canada or any offence in a foreign country or state that would constitute an indictable offence if committed in Canada;

(c) permits another person to use the passport;

(d) has obtained the passport by means of false or misleading information; or

(e) has ceased to be a Canadian citizen.

**10.1** Without limiting the generality of subsections 4(3) and (4) and for greater certainty, the Minister may refuse or revoke a passport if the Minister is of the opinion that such action is necessary for the national security of Canada or another country.

### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

...

e) a été déclaré coupable d'une infraction prévue à l'article 57 du *Code criminel* ou, à l'étranger, d'une infraction qui constituerait une telle infraction si elle avait été commise au Canada;

f) est redevable envers la Couronne par suite des dépenses engagées en vue de son rapatriement au Canada ou d'une autre assistance financière consulaire qu'il a demandée et que le gouvernement du Canada lui a fournie à l'étranger; ou

g) détient un passeport qui n'est pas expiré et n'a pas été révoqué.

**10.** (1) Passeport Canada peut révoquer un passeport pour les mêmes motifs que le refus d'en délivrer un.

(2) Il peut en outre révoquer le passeport de la personne qui :

a) étant en dehors du Canada, est accusée dans un pays ou un État étranger d'avoir commis une infraction qui constituerait un acte criminel si elle était commise au Canada;

b) utilise le passeport pour commettre un acte criminel au Canada, ou pour commettre, dans un pays ou État étranger, une infraction qui constituerait un acte criminel si elle était commise au Canada;

c) permet à une autre personne de se servir du passeport;

d) a obtenu le passeport au moyen de renseignements faux ou trompeurs;

e) n'est plus citoyen canadien.

**10.1** Sans que soit limitée la généralité des paragraphes 4(3) et (4), il est entendu que le ministre peut refuser de délivrer un passeport ou en révoquer un s'il est d'avis que cela est nécessaire pour la sécurité nationale du Canada ou d'un autre pays.

### *Charte canadienne des droits et libertés*

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

[...]

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

(2) Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right

(a) to move to and take up residence in any province; and

(b) to pursue the gaining of a livelihood in any province.

### I. Section 6 of the Charter

[14] The appellant submits that subsection 6(1) of the Charter, which gives every Canadian citizen “the right to enter, remain in and leave Canada”, does not impose a duty on the State to facilitate the international travel of Canadian citizens. The appellant also maintains that the respondent has not demonstrated that a passport is required to enter or leave Canada.

[15] At the hearing, we did not consider it useful to hear the respondent on this issue. In fact, we agree substantially with Justice Noël’s remarks on this point. To determine that the refusal to issue a passport to a Canadian citizen does not infringe that citizen’s right to enter or leave Canada would be to interpret the Charter in an unreal world. It is theoretically possible that a Canadian citizen can enter or leave Canada without a passport. In reality, however, there are very few countries that a Canadian citizen wishing to leave Canada may enter without a passport and very few countries that allow a Canadian citizen to return to Canada without a passport (A.B., Vol. 7, page 1406, Thomas affidavit). The fact that there is almost nowhere a Canadian citizen can go without a passport and that there is almost nowhere from which he or she can re-enter Canada without a passport are, on their face, restrictions on a Canadian citizen’s right to enter or leave Canada, which is, of course, sufficient to engage Charter protection. Subsection 6(1) establishes a concrete right that must be assessed in the light of present-day political reality. What is the meaning of a right that, in practice, cannot be exercised?

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d’y entrer ou d’en sortir.

(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit :

a) de se déplacer dans tout le pays et d’établir leur résidence dans toute province;

b) de gagner leur vie dans toute province.

### I. L’article 6 de la Charte

[14] L’appelant soutient que le paragraphe 6(1) de la Charte, qui confère à tout citoyen canadien « le droit de demeurer au Canada, d’y entrer ou d’en sortir », n’impose pas à l’État l’obligation de faciliter les déplacements internationaux des citoyens canadiens et que l’intimé n’a pas fait la preuve qu’un passeport soit nécessaire pour entrer au Canada ou en sortir.

[15] Nous n’avons pas jugé utile, à l’audience, d’entendre l’intimé sur cette question. Nous sommes en effet substantiellement d’accord sur ce point avec les propos du juge Noël. Ce serait interpréter la Charte dans un monde irréel que de conclure que le refus de délivrer un passeport à un citoyen canadien ne porte pas atteinte à son droit d’entrer au Canada ou d’en sortir. Il se peut qu’en théorie un citoyen canadien n’ait pas à être muni d’un passeport pour entrer au Canada ou en sortir. En réalité, toutefois, il est bien peu de pays dans lesquels le citoyen canadien qui veut sortir du Canada puisse entrer s’il n’a pas de passeport et il est bien peu de pays qui permettent à un canadien non muni d’un passeport de rentrer au Canada (d.a., vol. 7, page 1406, affidavit Thomas). Le fait de ne pouvoir aller à peu près nulle part sans passeport et le fait de ne pouvoir rentrer au Canada d’à peu près nulle part sans passeport constituent à leur face même une restriction au droit d’un citoyen canadien d’entrer au Canada ou d’en sortir, ce qui suffit, bien sûr, pour qu’entre en jeu la protection de la Charte. Le paragraphe 6(1) établit un droit concret qui doit être apprécié en fonction de la réalité politique contemporaine. Que signifie un droit qu’on n’a pas en pratique la possibilité d’exercer?

[16] Moreover, it is ironic, as Justice Noël observed, that the same State that seeks to minimize the consequences of not holding a passport felt the need to issue Mr. Kamel a temporary passport valid only for his return to Canada.

[17] It must be noted that subsection 6(1) does not grant the right to enter another country or the right to leave another country. It is the authorities of that other country who determine their own entry and exit conditions. Subsection 6(1) does not impose any obligation on the Canadian government to guarantee entry to or exit from another country.

[18] I add, however, that my determination, which is favourable to the respondent, is a double-edged sword. For although the courts can, and even must, consider present-day political realities in interpreting the nature of the protection granted by subsection 6(1) of the Charter, they can, and even must, consider those same realities, with the appropriate burden of proof, when the time comes to determine whether the restriction is justified “in a free and democratic society” (section 1 of the Charter).

## II. Justification under section 1 of the Charter

(a) Is there a “law” (*règle de droit*)?

[19] In my opinion, Justice Noël erred in finding that section 10.1 of the Order was not a “law” allowing the State to claim the benefit of section 1 of the Charter, on the ground that the provision was vague and overbroad.

[20] I adopt the following principles from the teachings of the Supreme Court of Canada regarding the constitutional invalidity of statutory or regulatory provisions for vagueness:

(1) The threshold for finding a law vague is relatively high. State conduct is guided by approximation. The process of approximation sometimes results in quite a

[16] Il est d’ailleurs ironique, ainsi que le constate le juge Noël, que ce même État qui cherche à minimiser les conséquences d’une absence de possession de passeport, ait senti le besoin de délivrer à M. Kamel un passeport provisoire valide pour les seules fins de son retour au Canada.

[17] Le paragraphe 6(1) ne confère pas, faut-il le préciser, le droit d’entrer dans un autre pays non plus que le droit de sortir d’un autre pays. Ce sont les autorités de cet autre pays qui déterminent leurs propres conditions d’entrée et de sortie. Le gouvernement canadien ne se voit imposer, par le paragraphe 6(1), aucune obligation de garantir l’entrée dans un autre pays ou la sortie d’un autre pays.

[18] J’ajoute, toutefois, que ma conclusion, favorable à l’intimé, est une arme à double tranchant. Car si les cours peuvent, et même doivent tenir compte des réalités politiques contemporaines pour interpréter la nature de la protection accordée par le paragraphe 6(1) de la Charte, elles pourront, et même devront tenir compte de ces mêmes réalités, avec le fardeau de preuve approprié, quand viendra le temps de déterminer si la restriction est justifiée « dans le cadre d’une société libre et démocratique » (article premier de la Charte).

## II. La justification en vertu de l’article premier de la Charte

a) Y a-t-il « règle de droit » (*law*)?

[19] Je suis d’avis que le juge Noël a erré en concluant que l’article 10.1 du Décret ne constituait pas une « règle de droit » permettant à l’État d’invoquer le bénéfice de l’article premier de la Charte pour le motif que la disposition était imprécise et avait une portée excessive.

[20] Des enseignements de la Cour suprême du Canada relativement à l’invalidité constitutionnelle de dispositions législatives ou réglementaires pour cause d’imprécision, je retiens les principes suivants :

1) Le critère selon lequel une loi sera jugée imprécise est assez exigeant. La conduite de l’État est guidée par l’approximation. Le processus de l’approximation

narrow set of options, sometimes in a broader one (*R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pages 626, 638–639);

(2) A law is unconstitutionally vague if it does not provide an adequate basis for legal debate and analysis, does not sufficiently delineate any area of risk or is not intelligible. The law must offer a grasp to the judiciary. Certainty is not required (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at paragraph 15; *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827, at paragraph 90);

(3) The courts may use a number of sources to determine whether the words used may guide a legal debate, always bearing in mind the intention of Parliament. The courts must first consider the words used in their legal and social context. They may also refer, *inter alia*, to authorities and expert opinions, whether they were expressed before or after the provision in question was adopted (*Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at paragraph 80);

(4) Even if, in a given case, the drafters could have adopted a more detailed definition, the provision is not constitutionally vague for that reason;

(5) Some fields, such as international relations and security, do not lend themselves to precise codification in so far as the situations envisaged are variable and unpredictable. In that sense, a certain level of generality and flexibility is necessary to preserve the effectiveness of the law for the future (*Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at paragraph 48; *Nova Scotia Pharmaceutical*, at pages 641–642; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 85);

(6) More specifically, with regard to the security of Canada or national security (in a Canadian context,

aboutit parfois à un ensemble assez restreint d'options, parfois à un ensemble plus large (*R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, aux pages 626, 638 et 639);

2) Une règle de droit est constitutionnellement imprécise si elle ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire et une analyse, si elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque ou si elle n'est pas intelligible. La règle de droit doit donner prise au pouvoir judiciaire. La certitude n'est pas requise (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, au paragraphe 15; *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827, au paragraphe 90);

3) Les cours peuvent faire usage de plusieurs sources afin de déterminer si les termes utilisés peuvent guider un débat judiciaire, tenant toujours compte de l'intention du législateur. Les cours doivent premièrement examiner les termes employés dans leur contexte juridique et social. Elles peuvent également faire usage, notamment, de la doctrine et d'opinions données par des experts, que celles-ci soient exprimées avant ou après l'adoption de la disposition en cause (*Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610, au paragraphe 80);

4) Même si, dans un cas donné, le constituant aurait pu adopter une définition plus détaillée, la disposition n'est pas constitutionnellement imprécise pour autant;

5) Certains domaines, tels les relations internationales et la sécurité, se prêtent difficilement à une codification précise, dans la mesure où les situations visées sont variables et imprévisibles. En ce sens, un niveau de généralité et de flexibilité est nécessaire afin de préserver l'efficacité de la loi pour le futur (*Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, au paragraphe 48; *Nova Scotia Pharmaceutical*, aux pages 641 et 642; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 85);

6) En matière, plus précisément, de sécurité du Canada ou de sécurité nationale (dans un contexte canadien ces

these terms seem to me to be interchangeable and I consider the expression “national security of Canada” to be redundant; in a global context, the expression “national security” appears to me to be the most widely used), the term “national security of Canada” serves to guide a legal debate. In *Suresh*, where the expression “danger to the security of Canada” was not defined at paragraph 53(1)(b) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43] of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2], the Supreme Court of Canada recognized, at paragraph 85, that the expression was difficult to define and accepted that the determination of what constitutes such a danger is highly fact-based and political in a general sense. The Court nevertheless determined, at paragraphs 82 and 85–90, that the expression was sufficiently intelligible to be subject to judicial interpretation, and therefore, to satisfy the constitutional test for precision.

[21] Section 10.1 must be read in the context of the nature of the royal prerogative at issue and in the context of the Order itself, particularly the September 2004 additions of subsections 4(3) and (4) and section 10.1.

[22] For the purposes of the debate and assuming, without deciding, that the *Canadian Passport Order* adopted in 1981 (SI/81-86), which made no reference to national security, nonetheless preserved the royal prerogative over passports in cases of national security, there can be no doubt that the amendments made to the Order in 2004 (SI/2004-113), namely, the addition of subsections 4(3) and (4) and section 10.1, confirm that this prerogative is maintained.

[23] Subsection 4(3) confirms the existence of a royal prerogative over passports, which is broader than the prerogative to which the Order applies.

[24] Subsection 4(4) indicates that the royal prerogative over passports can be exercised by the Governor in Council or the Minister of Foreign Affairs.

[25] Section 10.1 states that the Minister has the power to refuse to issue a passport for reasons of national

expressions me paraissent interchangeables et l’expression sécurité nationale du Canada m’apparaît redondante; dans un contexte mondial, l’expression « sécurité nationale » me paraît être celle le plus largement utilisée), les termes « sécurité nationale du Canada » permettent de guider un débat judiciaire. Dans l’affaire *Suresh*, où l’expression « danger pour la sécurité du Canada » n’était pas définie dans l’alinéa 53(1)(b) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43] de la *Loi sur l’immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], la Cour suprême du Canada, au paragraphe 85, a reconnu que l’expression était difficile à définir et a convenu que la conclusion qu’il existe ou non un tel danger repose en grande partie sur les faits et ressortit à la politique, au sens large. La Cour n’en a pas moins conclu, aux paragraphes 82 et 85 à 90, que l’expression était suffisamment intelligible pour faire l’objet d’une interprétation judiciaire et, ainsi, satisfaire au critère de la précision constitutionnelle.

[21] L’article 10.1 doit être lu dans le contexte de la nature de la prérogative royale en cause et dans le contexte du Décret lui-même, particulièrement de l’ajout, en septembre 2004, des paragraphes 4(3) et (4) et de l’article 10.1.

[22] Tenant pour acquis, pour les fins du débat et sans en décider, que le *Décret sur les passeports canadiens* adopté en 1981 (TR/81-86), qui ne faisait pas référence à la sécurité nationale, n’en préservait pas moins la prérogative royale en matière de passeport dans les cas de sécurité nationale, il ne saurait faire de doute que les modifications apportées au Décret en 2004 (TR/2004-113), soit l’ajout des paragraphes 4(3) et (4) et de l’article 10.1, confirment le maintien de cette prérogative royale.

[23] Le paragraphe 4(3) affirme l’existence d’une prérogative royale en matière de passeport qui est plus vaste que celle visée par le Décret.

[24] Le paragraphe 4(4) indique que la prérogative royale en matière de passeport peut être exercée par le gouverneur en conseil ou le ministre des Affaires extérieures.

[25] L’article 10.1 précise que le ministre a le pouvoir de refuser la délivrance d’un passeport pour cause de

or international security. This new section establishes that in cases of national or international security, the Minister, rather than Passport Canada, exercises that power. We know that under section 9 of the Order, Passport Canada has the power to refuse to issue a passport on the grounds set out in that section. This clearly shows the Governor in Council's intention to place the refusal to issue passports for reasons of national security in a particular category.

[26] It is curious that the provisions clarifying the Order's effect and expressly identifying a previously unmentioned ground for refusing to issue a passport are now alleged to be vague. Read in the context of sections 9 and 10, subsections 4(3), 4(4) and section 10.1 provide an important clarification, which was perhaps unnecessary (which, I repeat, I am not deciding), but which is now unavoidable.

[27] If I understand his argument, the respondent contends that the expression "if the Minister is of the opinion that such action is necessary for the national security of Canada or another country" at section 10.1, or one of its components, is vague. I do not agree.

[28] The words "is of the opinion" (*s'il est d'avis*) are part of the usual language of Canadian administrative law. They vest a decision maker with discretion. It is not disputed in the jurisprudence that the decision maker must exercise this discretion in a reasonable manner, taking relevant factors into account. There is no vagueness within the constitutional meaning of the term.

[29] The words "is necessary" are also words found in many statutory and regulatory provisions. They afford a basis for "a legal debate". They even provide a framework for, and therefore limit, the discretion conferred upon the decision maker. As Chief Justice Lamer noted in *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, at page 737, the word "necessary" means that the decision maker cannot simply be satisfied that his or her decision would "merely be convenient or

sécurité nationale ou internationale. Il ressort de ce nouvel article qu'en matière de sécurité nationale ou internationale, c'est le ministre, plutôt que Passeport Canada, qui exerce le pouvoir. On sait, en effet, qu'en vertu de l'article 9 du Décret et relativement aux motifs de refus de délivrance qui y sont identifiés, c'est Passeport Canada qui exerce le pouvoir. Il y a là manifestation évidente, par le gouverneur en conseil, de son intention de placer le refus de délivrance d'un passeport pour cause de sécurité nationale dans une catégorie particulière.

[26] Il est curieux qu'on prétende aujourd'hui que sont imprécises des dispositions qui sont venues préciser l'effet du Décret et identifier expressément une cause de refus de passeport qui n'était pas mentionnée précédemment. Lus dans le contexte des articles 9 et 10, les paragraphes 4(3) et 4(4) et l'article 10.1 apportent une clarification importante, qui n'était peut-être pas nécessaire (ce que, je le rappelle, je ne décide pas) mais qui est désormais incon

[27] L'intimé, si je comprends bien son argument, prétend que c'est l'expression « s'il est d'avis que cela est nécessaire pour la sécurité nationale du Canada ou d'un autre pays », à l'article 10.1, ou l'une de ses composantes qui sont imprécises. Je ne suis pas d'accord.

[28] Les mots « s'il est d'avis » (*is of the opinion*) font partie du langage usuel du droit administratif canadien. Ils confèrent à un décideur le pouvoir d'exercer un pouvoir discrétionnaire. Il est acquis, en jurisprudence, que le décideur doit exercer ce pouvoir de manière raisonnable et en tenant compte de facteurs pertinents. Il n'y a pas là imprécision au sens constitutionnel du terme.

[29] Les mots « cela est nécessaire » sont aussi des mots qu'on retrouve dans moult dispositions législatives et réglementaires. Ils donnent ouverture à « un débat judiciaire ». Ils viennent même encadrer, donc restreindre, la discrétion dont est investi le décideur. Ainsi que le notait le juge en chef Lamer dans *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, à la page 737, le mot « nécessaire » fait en sorte que le décideur ne peut se satisfaire simplement que sa décision est « seulement

advantageous.” These words impose an additional burden on the State.

[30] The words “for the national security of Canada or another country” must be interpreted in light of the Supreme Court of Canada’s finding in *Suresh* concerning the expression “danger to the security of Canada”. If the concept of “security of Canada” was held to be sufficiently precise in *Suresh*, it must be all the more so in this case, where: (1) the adjective “necessary” clarifies the provision in that it introduces the requirement of a causal connection between national security and the refusal to issue a passport; and/or (2) the provision at issue specifies that the threat to the security of another country is envisaged, thus responding to the concerns expressed by the Supreme Court of Canada, at paragraphs 87–88 of its reasons in *Suresh*.

[31] I conclude that section 10.1 of the Order satisfies the test of precision that is required to constitute a “law” (*règle de droit*) within the meaning of section 1 of the Charter. Justice Noël erred in law by confusing the constitutional validity of a provision with the validity of the decision made under that provision. If the court believes that, in a given case, the link between the refusal to issue a passport and the national security of Canada or another country was not established or that the Minister’s decision does not meet the other requirements of Canadian administrative law, the remedy is not to strike down the enabling provision but to set aside the decision.

(b) The justification itself

[32] The analysis to determine whether a restriction of a Charter right is justified under section 1 requires that the following two questions be answered in the affirmative:

(1) is the restriction designed to achieve a sufficiently important objective?

(2) are the means chosen proportional to the objective?

commode ou avantageuse ». Ces mots viennent imposer à l’État un fardeau additionnel.

[30] Les mots « pour la sécurité nationale du Canada ou d’un autre pays » doivent s’interpréter à la lumière de la conclusion de la Cour suprême du Canada dans *Suresh* eu égard à l’expression « danger pour la sécurité du Canada ». Si la notion de « sécurité du Canada » a été jugée suffisamment précise dans *Suresh*, à plus forte raison doit-elle l’être dans le cas présent où : 1) l’adjectif « nécessaire » précise la disposition en ce qu’il introduit l’exigence d’un lien causal entre la sécurité nationale et le refus de délivrance d’un passeport; et/ou 2) la disposition en cause précise que la menace pour la sécurité d’un autre pays est envisagée, répondant ainsi aux inquiétudes exprimées par la Cour suprême du Canada, aux paragraphes 87 et 88 de ses motifs dans *Suresh*.

[31] J’en arrive à la conclusion que l’article 10.1 du Décret répond au critère de précision requis pour constituer une « règle de droit » (*law*) au sens de l’article premier de la Charte. Le juge Noël a commis une erreur de droit en confondant la validité constitutionnelle d’une disposition avec la validité de la décision prise en vertu de cette disposition. Si la cour estime que le lien entre le refus de délivrer un passeport dans un cas donné et la sécurité nationale du Canada ou d’un autre pays n’a pas été établi ou que la décision du ministre ne rencontre pas les autres exigences du droit administratif canadien, le remède n’est pas d’invalider la disposition habilitante, mais d’invalider la décision.

b) la justification proprement dite

[32] L’analyse visant à déterminer si une restriction à un droit énoncé dans la Charte est justifiée en vertu de l’article premier requiert que l’on réponde par l’affirmative aux deux questions suivantes :

1) la restriction vise-t-elle un objectif suffisamment important?

2) les moyens choisis sont-ils proportionnels à l’objectif visé?



(*The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pages 138–139; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835, at paragraph 33.)

[33] In turn, the second part—proportionality—has what Chief Justice Dickson describes in *Oakes*, at page 139, as “three important components”:

- the measure must be rationally connected to the objective: it must be carefully designed to achieve this objective and be neither arbitrary nor unfair;
- the means chosen to reach the objective should impair as little as possible the right or freedom in question; and
- there must be a proportionality between the effects of the measure and the objective sought.

[34] The analysis calls for “canvassing the nature of the social problem which [the impugned provision] addresses” (*Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at paragraph 87). Only a contextual analysis will serve to establish the objective of the impugned provision, measure the proportionality of the means used and determine the type of proof which a court can demand of the legislator to justify its measures.

[35] The analysis must be conducted with flexibility. The standard of proof that the Attorney General must meet is that of the balance of probabilities, which is established by the application of common sense to what is known, even though what is known may be deficient from a scientific point of view (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paragraphs 63 and 137).

[36] Justice Bastarache stated in *Harper*, at paragraphs 77–78, “[w]here the court is faced with inconclusive or competing social science evidence relating the harm to the legislature’s measures, the court may rely on a reasoned apprehension of that harm.” He added: “[t]his Court has, in the absence of determinative scientific

(*La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pages 138 et 139; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835, au paragraphe 33.)

[33] Le deuxième volet — la proportionnalité — comporte à son tour ce que le juge en chef Dickson, dans *Oakes*, à la page 139, décrit comme « trois éléments importants » :

- la mesure doit avoir un lien rationnel avec l’objectif poursuivi : elle doit être soigneusement conçue pour atteindre cet objectif et n’être ni arbitraire, ni inéquitable;
- le moyen choisi pour atteindre l’objectif doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question; et
- il doit y avoir proportionnalité entre les effets de la mesure et l’objectif recherché.

[34] L’analyse suppose « un examen approfondi de la nature du problème social en cause » (*Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, au paragraphe 87). Seule une analyse contextuelle permettra de dégager l’objectif de la disposition contestée, de mesurer la proportionnalité des moyens utilisés et de déterminer le type de preuve que le tribunal peut demander au législateur d’apporter pour justifier ses mesures.

[35] L’analyse doit être menée avec souplesse. La norme de preuve que doit satisfaire le procureur général est celle de la balance des probabilités, laquelle s’établit par application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, aux paragraphes 63 et 137).

[36] Les tribunaux, dira le juge Bastarache dans *Harper*, aux paragraphes 77 et 78, « peuvent se fonder sur une crainte raisonnée du préjudice lorsqu’ils sont en présence de preuves relevant des sciences sociales qui sont contradictoires ou non concluantes quant au lien entre le préjudice et les mesures prises ». Il ajoutera :

evidence, relied on logic, reason and some social science evidence in the course of the justification analysis in several cases”. In *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527, at paragraph 29, he accepted evidence consisting of approximations and extrapolations.

[37] This leads me to examine the context of the impugned measure.

[38] The measure in question is the discretion vested in the Minister of Foreign Affairs to refuse to issue a passport to a Canadian citizen where the refusal is necessary for the national security of Canada or another country.

[39] It is clear from the Explanatory Note accompanying the publication of the amendments to the Order in 2004 [*C. Gaz.* 2004.II.1311] that these amendments are part of the Government of Canada’s “strategic framework and action plan” tabled in the House of Commons on April 27, 2004, entitled *Securing an Open Society: Canada’s National Security Policy*:

The national security policy is an integrated, comprehensive approach for ensuring the safety of Canadians and for responding to emerging threats to national and international security. Canada is facing an increasingly complex and changing security environment, both domestically and internationally, underscored by growing threats of terrorism and organized criminal activity. One of the six major strategic areas requiring action to address those threats is border security, including using facial recognition biometric technology to enhance it. The passport program, which is part of Canada’s national security framework, must be adjusted to meet this evolving threat environment.

[40] The Attorney General of Canada filed two affidavits in evidence.

[41] One affidavit, that of Jody Thomas, Acting Director General of the Security Bureau at Passport Canada, relates the circumstances surrounding Mr. Kamel’s passport application and sets out the practices followed at Passport Canada for issuing, refusing and revoking passports (A.B., Vol. 7, pages

« En l’absence de preuves scientifiques déterminantes, notre Cour a maintes fois fait appel à la logique, à la raison et à certaines preuves relevant des sciences sociales dans le cours de l’analyse de la justification ». Dans *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527, au paragraphe 29, il acceptera une preuve consistant en des approximations et des extrapolations.

[37] Ce qui m’amène à examiner le contexte de la mesure contestée.

[38] La mesure en cause est la discrétion conférée au ministre des Affaires extérieures de refuser de délivrer un passeport à un citoyen canadien lorsque cela est nécessaire pour la sécurité du Canada ou d’un autre pays.

[39] Il ressort de la Note explicative qui accompagne la publication des modifications apportées au Décret en 2004 [*Gaz. C.* 2004.II.1311], que ces modifications s’inscrivent dans le « cadre stratégique et plan d’action » du gouvernement du Canada déposé à la Chambre des communes le 27 avril 2004 et intitulé *Protéger une société ouverte : la politique canadienne de sécurité nationale* :

La politique de sécurité nationale établit une démarche cohérente et globale, visant à garantir la sécurité des Canadiens et à contrer les nouvelles menaces à la sécurité nationale et internationale. Le Canada évolue dans un monde où le cadre de sécurité est de plus en plus complexe et changeant et où la menace terroriste et les activités criminelles organisées s’intensifient sans cesse, tant au plan national qu’international. Le renforcement de la sécurité des frontières, notamment à l’aide de la technologie biométrique de reconnaissance faciale, est l’un des six secteurs d’importance stratégique où des mesures doivent être prises. Le programme de passeports fait partie intégrante de la politique de sécurité nationale et doit être adapté pour faire face aux menaces grandissantes.

[40] Le procureur général du Canada a déposé en preuve deux affidavits.

[41] L’un, de Jody Thomas, directrice générale par intérim du Bureau de la sécurité à Passeport Canada, relate les circonstances entourant la demande de passeport de M. Kamel et établit les pratiques suivies à Passeport Canada relativement à la délivrance, au refus de délivrance et à la révocation de passeports

1398–1411). The exhibits to the affidavit run to some 700 pages (A.B., Vol. 7 to Vol. 10).

[42] Ms. Thomas describes the types of passports that are issued and provides an account of recent legislative and regulatory developments in the United Kingdom, Australia, New Zealand and the United States. She explains the role played by Passport Canada in the fight against terrorism. The misuse of Canadian passports is of particular concern to the Canadian government, which is participating in the international effort to better control the fraudulent use of passports. This effort is evidenced by the adoption of numerous resolutions by INTERPOL, the G8 Summit, the European Union and the International Civil Aviation Organization.

[43] Passport Canada is the government agency responsible for ensuring the security, integrity and value of Canadian passports. Its Security Bureau advises the Minister regarding the possible refusal of a passport for national security reasons. Passport Canada's Business Plan for 2005–2008 states that, in the current environment, "security requirements have become the primary drivers of our business, and the most important aspect of our product" (A.B., Vol. 9, page 1690).

[44] The other affidavit was filed by Professor [emeritus] Martin Rudner, who taught at Carleton University, Ottawa, where he was Director of the Canadian Centre of Intelligence and Securities Studies. His 34-page affidavit (A.B., Vol. 1, pages 92–125) is accompanied by 42 documents spanning 1200 pages (A.B., Vol. 1, page 162 to Vol. 7, page 1397). He concludes as follows, at paragraphs 2 and 54 (A.B., Vol. 1, pages 93 and 125):

2. I have been asked to examine international terrorism as it relates to the issue and misuse of passports. It is my opinion that passport misuse and travel identity fraud enable international terrorist networks to operate and threaten the security of nations and the safety of peoples. It is, therefore, important and necessary to maintain in place robust systems for protecting the passport entitlement and determination process, and for ensuring the proper

(d.a., vol. 7, pages 1398 à 1411). Les pièces à l'appui de l'affidavit s'étendent sur quelques 700 pages (d.a., vol. 7 à vol. 10).

[42] M<sup>me</sup> Thomas décrit les types de passeports qui sont délivrés et fait état de développements législatifs et réglementaires récents au Royaume-Uni, en Australie, en Nouvelle-Zélande et aux États-Unis. Elle explique le rôle que joue Passeport Canada dans la lutte contre le terrorisme. L'utilisation de passeports canadiens à mauvais escient préoccupe particulièrement le gouvernement canadien, qui participe à l'effort international visant à mieux contrôler l'utilisation frauduleuse de passeports. Cet effort se manifeste par l'adoption de nombreuses résolutions par INTERPOL, par le Sommet du G8, par l'Union européenne et par l'Organisation de l'aviation civile internationale.

[43] Passeport Canada est l'agence gouvernementale chargée d'assurer la sécurité, l'intégrité et la valeur du passeport canadien. Son bureau de sécurité conseille le ministre relativement à un refus possible de délivrance d'un passeport pour cause de sécurité nationale. Dans le contexte actuel, nous dit le Plan d'affaires de Passeport Canada pour les années 2005–2008, « les exigences en matière de sécurité sont devenues les principaux moteurs de notre activité et l'aspect le plus important de notre produit » (d.a., vol. 9, page 1690).

[44] L'autre affidavit est déposé par le professeur [émérite] Martin Rudner, qui enseignait à l'Université Carleton (Ottawa) où il dirigeait le Canadian Centre of Intelligence and Securities Studies. Son affidavit de 34 pages (d.a., vol. 1, pages 92 à 125) est accompagné de 42 documents qui couvrent plus de 1 200 pages (d.a., vol. 1, page 162 à vol. 7, page 1397). Il formule ses conclusions comme suit, aux paragraphes 2 et 54 (d.a., vol. 1, pages 93 et 125) :

[TRADUCTION]

2. On m'a demandé d'examiner le terrorisme international en ce qui concerne la question du passeport et de son utilisation malveillante. Je suis d'avis que l'utilisation malveillante d'un passeport et l'utilisation de documents de voyages frauduleux quant à l'identité de leurs détenteurs permettent aux réseaux internationaux de terroristes de fonctionner et de menacer la sécurité nationale des pays et leurs citoyens. Il est donc important, voire nécessaire, de

utilization of passports, in the interests of public safety, national security, and international cooperation in combating terrorism.

...

54. It is my opinion that the misuse of passports is a staple of international terrorism. Travel documents are as important for terrorists as are weapons. Terrorist groups depend on travel to meet, organize, train, plan, reconnoitre (sic) targets, and deploy for attacks. For their travels, terrorist activists and operatives make use of improperly obtained, altered or counterfeit passports and visas, and often tie in with people smuggling networks, and immigration and identity fraud. A seemingly genuine passport, however improperly acquired and fraudulently used, can provide near-impenetrable cover for terrorist activists and operatives on cross-border missions.

[45] At paragraphs 36–43 of his reasons, Justice Noël summarized the contents of Professor Rudner’s affidavit as follows:

Canada’s response to international terrorism is set out in the policy statement issued by the government in April 2004, entitled *Securing an Open Society: Canada’s National Security Policy* (the 2004 Canadian policy statement). The policy is a strategic framework and action plan designed to ensure that the government can respond to current and future threats. It focuses on addressing three core security interests:

1. Protecting Canada and Canadians at home and abroad;
2. Ensuring Canada is not a base for threats to our allies; and
3. Contributing to international security. (We will see Canada’s international commitments in this regard later.)

As a reflection of the Canadian government’s concern for border security, it will “deploy facial recognition biometric technology on the Canadian passport, in accordance with international standards” (again, we will see that Canada has signed an international agreement in this regard). Having

maintenir en place un système fort capable de protéger de protéger le droit au passeport et le processus de sa délivrance afin de s’assurer que les passeports sont utilisés de façon appropriée, et ce, dans l’intérêt de la sécurité du public, de la sécurité nationale et de la coopération internationale en matière de lutte contre le terrorisme.

[...]

54. Je suis d’avis que l’utilisation malveillante de passeports est un outil de première importance pour le terrorisme international. Les documents de voyage sont aussi importants pour les terroristes que leurs armes. Les groupes terroristes ont besoin de voyager pour se rencontrer, s’organiser, s’entraîner, planifier, agir comme éclaireurs, se déployer et attaquer. Pour leurs déplacements, les militants et les agents sur le terrain utilisent des passeports illégalement obtenus ou modifiés ou encore des passeports et des visas contrefaits et ils ont souvent des liens avec les réseaux de passeurs clandestins, de fraudeurs d’identité et de fraudeurs de l’immigration. Un passeport apparemment en règle, mais qui a été irrégulièrement acquis et qui est frauduleusement utilisé, peut fournir une couverture presque parfaite aux militants et aux agents terroristes lors de leurs missions internationales.

[45] Le juge Noël, aux paragraphes 36 à 43 de ses motifs, a résumé comme suit le contenu de l’affidavit de M. Rudner :

La réponse du Canada au terrorisme international se retrouve dans l’énoncé politique du gouvernement d’avril 2004 intitulé : *Protéger une société ouverte: la politique canadienne de sécurité nationale* (l’énoncé de politique canadienne de 2004). Il s’agit d’un cadre stratégique et un plan d’action mettant le gouvernement en mesure de faire face aux menaces présentes et futures. Elle est axée sur trois intérêts fondamentaux en matière de sécurité:

1. Protéger le Canada et les canadiens dans le pays et à l’étranger;
2. S’assurer que le Canada n’est pas une source de menace pour nos alliés; et
3. Contribuer à la sécurité internationale. (Nous verrons plus loin les engagements internationaux pris par le Canada à ce sujet.)

Dans le cadre de sa préoccupation pour la sécurité à la frontière, le gouvernement canadien déploie « la technologie de la biométrie de reconnaissance faciale sur les passeports canadiens, le tout conformément aux normes internationales » (à nouveau, nous verrons que le Canada est signataire d’une

stated the objective of protecting Canada and Canadians at home and abroad, the policy statement says: “The Government also has an obligation to offer assistance to Canadians working or travelling abroad.”

To provide for border security, the 2004 Canadian policy statement requires that Canadian passports use biometric facial recognition technology (digitized photograph). The international community is increasingly using this new technology to facilitate the flow of low-risk travellers and interrupt the flow of high-risk travellers. It was announced in May 2003 that under an agreement among participating ICAO countries, facial recognition would be the international biometric standard for travel documents. Since 2005, Canada has used this sophisticated technology for Canadian passports.

The April 2004 Canadian policy statement explains that four key types of terrorism affect Canada:

- religious extremism;
- violent secessionist movements;
- state-sponsored terrorism; and
- domestic extremism.

It also notes that terrorism is global and calls for international collaboration to control or prevent it.

Terrorist groups must be able to obtain passports in order to carry on their activities. They devote time and money to obtaining passports. They do this by stealing genuine passports and by borrowing, renting or purchasing passports. They also make forged passports. Those passports are as important to them as weapons are. They use them to travel abroad under false names, or otherwise, so as not to be detected at borders. Members of these groups must necessarily operate clandestinely. Passports enable them to travel without disclosing their real identities, so that they can organize, receive training, plan or identify objectives and put their plans into action. According to Professor Rudner, there is intense passport trafficking activity in Thailand.

For Canada, it is essential that Canadian passports be managed in such a way as not to give the international community the impression that Canadian passports are easy for anyone to obtain and so that a passport is not given to people with dubious reputations. This is in Canada’s interests.

entente internationale à ce sujet). Ayant comme objectif de protéger le Canada et la sécurité des canadiens sur le territoire canadien et à l’étranger, l’énoncé de politique canadienne de 2004 précise que « [l]e gouvernement a par ailleurs l’obligation d’offrir de l’aide aux Canadiens travaillant ou voyageant à l’étranger ».

Pour assurer la sécurité à la frontière, l’énoncé de politique canadienne de 2004 exige, pour les passeports canadiens, le recours à la technologie de la biométrie de reconnaissance faciale (photo numérique). La communauté internationale utilise de plus en plus cette nouvelle technologie pour faciliter la circulation des voyageurs à faible risque et entraver celle des voyageurs à risque élevé. Suite à une entente des pays participants avec l’OACI, en mai 2003, il fut annoncé que la norme applicable internationale, applicable aux documents de voyage à capacité biométrique serait la reconnaissance faciale. Depuis 2005, le Canada utilise cette technologie sophistiquée pour les passeports canadiens.

L’énoncé de politique canadienne d’avril 2004 explique que le Canada est touché par quatre formes de terrorisme:

- l’extrémisme religieux;
- les mouvements sécessionnistes violents;
- le terrorisme poussé par un état; et
- l’extrémisme à l’intérieur du pays.

De plus, il constate que le terrorisme est mondial et qu’il rend nécessaire la collaboration internationale pour le contrôler ou le neutraliser.

Les groupes terroristes doivent pouvoir se procurer des passeports pour leurs activités. Ils consacrent temps et argent pour les obtenir. Ils le font en volant des passeports authentiques, en les empruntant, louant ou encore en les achetant. En outre, ils en font des faux. Ces passeports ont pour eux une importance aussi grande que les armes. Ils les utilisent pour voyager à l’étranger sous de faux noms ou autrement, afin de ne pas être détecté aux frontières. La clandestinité est requise pour les membres de ces groupes. Les passeports leur permettent de circuler sans dévoiler leurs identités réelles dans le but de s’organiser, s’entraîner, planifier ou identifier des objectifs et concrétiser leurs projets. Selon M. Rudner, la Thaïlande est un pays où le trafic des passeports est intense.

Pour le Canada, il est essentiel que la gestion des passeports canadiens soit faite de façon à ne pas donner à la communauté internationale l’impression que le passeport canadien est facile à obtenir pour quiconque et qu’il n’est pas octroyé à des gens à la réputation douteuse. Il y va de l’intérêt du Canada. Sinon,

Otherwise, the international community will not have the necessary confidence in Canadian passports, and Canadian citizens will suffer the consequences when they travel outside the country. Canadians might be subject to questioning or preventive detention in other countries, or even to arrest until the authorities of the country where they are recognize that their travel documents are genuine. When dealing with passports, there are stringent standards approaching perfection that must be adhered to, in order to meet international requirements and thus ensure the unreserved confidence of the international community.

In April 2005, Prime Minister Paul Martin signed “Canada’s International Policy Statement. A Role of Pride and Influence in the World” (April 2005 international policy statement), which explained Canada’s international goals in the world and reiterated the government’s firm commitment to combating terrorism and protecting national and international security.

Canada has signed United Nations conventions providing for ways of combating terrorism, and adheres to numerous Security Council resolutions on this subject. Some of those resolutions (S/RES/1624 (2005) [Threats to International Peace and Security (Security Council Summit 2005)]) call on states to cooperate to strengthen international borders, combat fraudulent travel documents and enhance terrorist screening. The Security Council (Resolution S/RES/1617 (2005) [Threats to International Peace and Security Caused by Terrorist Acts]) welcomed the efforts of the ICAO to prevent travel documents being made available to terrorists, and has recognized its success in promoting biometric facial recognition capacity. Canada has also signed conventions and agreements among the countries of the Americas that are intended to strengthen border security and improve communications among those countries. In short, the 2004 Canadian policy statement and the April 2005 international policy statement meet Canada’s international commitments and reflect the measures that have been taken to honour those commitments.

[46] Mr. Kamel filed a five-page affidavit (A.B., Vol. 11, page 2115), together with documents that run to some 600 pages (A.B., Vol. 11, page 2120 to Vol. 12, page 2706). This affidavit and these documents deal primarily with the “administrative” component of this case, which is no longer in dispute before us. These documents are of little value to the constitutional component.

[47] It follows from this context that the changes to the passport program in 2004 must be analysed in the

la communauté internationale n’accordera pas la confiance voulue aux passeports canadiens, et les citoyens canadiens en subiront les conséquences lors de voyages à l’étranger. Ils pourraient s’exposer à l’étranger à des interrogatoires, à la détention préventive et même à l’arrestation jusqu’à ce que les autorités du pays visité reconnaissent l’authenticité du document de voyage. En matière de passeport, il faut suivre des normes strictes tendant à la perfection, répondant aux exigences internationales, et ainsi susciter la confiance sans réserve de la communauté internationale.

En avril 2005, le premier ministre, Paul Martin, signait un énoncé de politique internationale [« Énoncé de politique internationale du Canada. Fierté et influence : notre rôle dans le monde » (énoncé de politique internationale d’avril 2005)] dans lequel on expliquait la vocation internationale du Canada dans le monde et on réitérait l’engagement ferme du gouvernement de combattre le terrorisme, d’assurer la sécurité nationale et internationale.

Le Canada est signataire de conventions des Nations-Unies qui prévoient des moyens de lutte contre le terrorisme et il a pris acte des nombreuses résolutions du Conseil de sécurité à ce sujet. Certaines de ces résolutions (S/RES/1624 (2005) [Menaces contre la paix et la sécurité internationales (Sommet du Conseil de sécurité 2005)]) appellent les États à coopérer afin de renforcer les frontières internationales, à lutter contre la falsification des documents de voyage et améliorer la détection des terroristes. Le Conseil de sécurité (résolution S/RES/1617 (2005) [Menaces contre la paix et la sécurité internationales d’actes de terrorisme]) a salué l’OACI dont les efforts ont empêché les terroristes de mettre la main sur des documents de voyage, il a signalé qu’elle a réussi à promouvoir la capacité biométrique à reconnaissance faciale. Le Canada est aussi signataire de conventions et ententes impliquant les pays formant les Amériques qui ont pour but de renforcer la sécurité aux frontières, améliorer les communications entre les pays. Bref, les énoncés politiques canadiens de 2004 et 2005 répondent aux engagements pris internationalement et ils reflètent les mesures prises pour les respecter.

[46] M. Kamel a déposé un affidavit de cinq pages (d.a., vol. 11, page 2115), accompagné de documents qui s’étalent sur quelque 600 pages (d.a., vol. 11, page 2120 à vol. 12, page 2706). Cet affidavit et ces documents traitent principalement du volet « administratif » de ce dossier, lequel n’est plus en litige devant nous. Ils revêtent peu d’intérêt en ce qui a trait au volet constitutionnel.

[47] Il résulte de cette mise en contexte que les modifications apportées au programme des passeports

always fleeting, sometimes elusive light of national and international security and in conjunction with other measures in this regard taken by Canada, other countries and the international community. The constant efforts to improve the passport program are a link in a long chain that terrorist threats forced Canada and the rest of the world to forge during recent years.

[48] It follows that the courts that are called upon to evaluate the choices made by the Canadian government, whether these choices take the form of statutes, regulations, orders or programs, must show humility—since this is an area for the initiated; deference—since this is an area that involves efforts characterized by international solidarity; prudence—since this is an area that is constantly shifting; and also vigilance—since this is an area in which information is rare and secret and where there is a temptation to overreact, even in good faith.

[49] It follows, therefore, that in an analysis under section one of the Charter, the courts must be satisfied with documentary and oral evidence that is limited, incomplete, imperfect and inconclusive, and must weigh it with flexibility, good sense and pragmatism.

(i) sufficiently important objective

[50] I conclude from the evidence that section 10.1 of the Order has both a broad objective—to contribute to the international fight against terrorism and to comply with Canada's commitments in this area, and a particular objective—to maintain the good reputation of the Canadian passport.

[51] These objectives are, on their face, sufficiently important for a measure to be adopted that restricts the right of a Canadian citizen to enter or leave the country. Moreover, counsel for the respondent acknowledged at the hearing that if we conclude that section 10.1 of the Order is sufficiently precise to constitute a law, the intended objective was sufficiently important.

en 2004 doivent être analysées sous l'éclairage sans cesse fuyant, parfois insaisissable de la sécurité nationale et internationale et en complémentarité avec d'autres mesures prises à cet égard par le Canada, les autres pays et la communauté internationale. Les efforts constants de perfectionnement du programme des passeports sont un maillon d'une longue chaîne que les menaces terroristes ont forcé le Canada et le reste du monde à forger au cours des dernières années.

[48] Il s'ensuit que les tribunaux appelés à évaluer les choix faits par le gouvernement canadien, que ces choix prennent la forme de lois, de règlements, de décrets ou de programmes, doivent faire preuve d'humilité — car il s'agit d'un domaine d'initiés —, de retenue — car il s'agit d'un domaine qui implique des efforts marqués par la solidarité internationale —, de prudence — car il s'agit d'un domaine en constante mouvance —, mais aussi de vigilance — car il s'agit d'un domaine dans lequel l'information se fait rare et secrète et où la tentation de démesure, même de bonne foi, est présente.

[49] Il s'ensuit, dès lors, que les tribunaux devront se satisfaire, dans une analyse menée en vertu de l'article premier de la Charte, de preuves documentaires et orales, limitées, incomplètes, imparfaites et non-concluantes et les jauger avec souplesse, bon sens et pragmatisme.

i) un objectif suffisamment important

[50] Je retiens de la preuve que l'article 10.1 du Décret vise un objectif général, celui de contribuer à la lutte internationale contre le terrorisme et de respecter les engagements du Canada en ce domaine, et un objectif spécial, celui de maintenir la bonne réputation du passeport canadien.

[51] Ces objectifs sont, à leur face même, suffisamment importants pour qu'une mesure restreignant le droit d'un citoyen canadien d'entrer au pays ou d'en sortir soit adoptée. La procureure de l'intimé a d'ailleurs reconnu, à l'audience, que si nous en arrivions à la conclusion que l'article 10.1 du Décret était suffisamment précis pour constituer une règle de droit, l'objectif visé était suffisamment important.

(ii) proportionality test(a) rational connection

[52] Since the attacks of September 11, 2001, in the United States, terrorism and the means to counteract it have become a major concern and a top priority for the international community. Many countries, including Canada, have adopted policies, programs, statutes and regulations to strengthen their national security as well as international security.

[53] Professor Rudner's affidavit paints a picture of the context of the fight against terrorism, both nationally and internationally. His testimony demonstrates, in particular, that the passport is an essential work tool for terrorist groups. These groups will use valid, falsified, forged or stolen passports to travel surreptitiously, which facilitates recruiting members, transmitting information, obtaining funds and establishing cells, all with the ultimate aim of perpetrating attacks.

[54] It is, therefore, very important for Canada to implement a system for issuing passports that is secure and flawless. As Professor Rudner states (A.B., Vol. 1, pages 98, 101):

Anything that might jeopardize the integrity of Canada's system for issuing and assuring the proper use of passports could put these national security interests at risk. Governmental authorities the world over have become wary of the dangers of passport misuse and identity fraud as facilitators of terrorism.

...

If terrorists were found to be in possession of Canadian passports, this would be damaging to Canada, to Canadian interests, and to the integrity of the Canadian passport system.

Justice Noël made the following finding of fact, at paragraph 41 of his reasons, which I believe bears repeating:

ii) la proportionnalitéa) le lien rationnel

[52] Depuis les attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis, le terrorisme, et les moyens de le contrer, sont devenus une préoccupation majeure et une priorité première de la communauté internationale. De nombreux pays, dont le Canada, se sont munis de politiques, de programmes, de lois et de règlements destinés à renforcer leur sécurité nationale ainsi que la sécurité internationale.

[53] L'affidavit du professeur Rudner brosse un tableau du contexte dans lequel s'inscrit la lutte contre le terrorisme, tant sur le plan national que sur le plan international. Son témoignage démontre, particulièrement, que le passeport constitue un outil essentiel de travail pour les groupes terroristes. Ainsi, ces groupes vont utiliser les passeports valides, falsifiés, forgés ou volés afin de voyager clandestinement, ce qui facilite le recrutement de membres, la transmission de renseignements, l'obtention de fonds, la mise en place de cellules, et ce, dans le but éventuel de perpétrer des attaques.

[54] Il est dès lors très important pour le Canada de mettre en place un système de délivrance de passeport qui soit sécuritaire et sans faille. Comme le souligne le professeur Rudner (d.a., vol. 1, pages 98 et 101) :

[TRADUCTION] Tout ce qui peut mettre en danger l'intégrité du système canadien de délivrance des passeports et de leur utilisation régulière peut mettre ces intérêts de sécurité nationale en péril. Les autorités gouvernementales de partout dans le monde sont maintenant conscientes des dangers liés à l'utilisation irrégulière des passeports et à la fraude d'identité comme catalyseurs du terrorisme.

[...]

S'il s'avérait que des terroristes sont en possession de passeports canadiens, cela porterait un dur coup au Canada, à ses intérêts et à l'intégrité de son système de délivrance des passeports.

Le juge Noël en arrivait à la conclusion de fait suivante, au paragraphe 41 de ses motifs, que je crois utile de reproduire de nouveau :



For Canada, it is essential that Canadian passports be managed in such a way as not to give the international community the impression that Canadian passports are easy for anyone to obtain and so that a passport is not given to people with dubious reputations. This is in Canada's interests. Otherwise, the international community will not have the necessary confidence in Canadian passports, and Canadian citizens will suffer the consequences when they travel outside the country. Canadians might be subject to questioning or preventive detention in other countries, or even to arrest until the authorities of the country where they are recognize that their travel documents are genuine. When dealing with passports, there are stringent standards approaching perfection that must be adhered to, in order to meet international requirements and thus ensure the unreserved confidence of the international community.

[55] Canada has signed and ratified 12 of the 13 United Nations conventions on terrorism, which attest to the solidarity of the international community in the fight against terrorism. The United Nations Security Council has passed a number of resolutions, including Resolution 1624 in 2005 [Threats to International Peace and Security (Security Council Summit 2005)], which, at article 2,

2. *Calls upon* all States to cooperate, inter alia, to strengthen the security of their international borders, including by combating fraudulent travel documents and, to the extent attainable, by enhancing terrorist screening and passenger security procedures with a view to preventing those guilty of the conduct in paragraph 1 (a) from entering their territory.

[56] This evidence, combined with logic, reason and common sense readily establishes a causal connection between the violation—refusing to issue a passport—and the benefit sought—maintaining the good reputation of the Canadian passport and Canada's participation in the international fight against terrorism.

(b) minimal impairment

[57] Parliament has a duty to “minimally impair” the right protected by the Charter. Madam Justice Deschamps recently explained the step that the court must take in this regard as follows (*Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, at paragraph 36):

Pour le Canada, il est essentiel que la gestion des passeports canadiens soit faite de façon à ne pas donner à la communauté internationale l'impression que le passeport canadien est facile à obtenir pour quiconque et qu'il n'est pas octroyé à des gens à la réputation douteuse. Il y va de l'intérêt du Canada. Sinon, la communauté internationale n'accordera pas la confiance voulue aux passeports canadiens, et les citoyens canadiens en subiront les conséquences lors de voyages à l'étranger. Ils pourraient s'exposer à l'étranger à des interrogatoires, à la détention préventive et même à l'arrestation jusqu'à ce que les autorités du pays visité reconnaissent l'authenticité du document de voyage. En matière de passeport, il faut suivre des normes strictes tendant à la perfection, répondant aux exigences internationales, et ainsi susciter la confiance sans réserve de la communauté internationale.

[55] Le Canada a signé et ratifié 12 des 13 conventions des Nations-Unis sur le terrorisme, qui témoignent de la solidarité de la communauté internationale en matière de lutte contre le terrorisme. Le Conseil de sécurité des Nations-Unis y est allé de plusieurs résolutions, dont la Résolution 1624 en 2005 [Menaces contre la paix et la sécurité internationales (Sommet du Conseil de sécurité 2005)], qui, à l'article 2,

2. *Appelle* tous les États à coopérer, notamment en vue de renforcer la sécurité de leurs frontières internationales, en particulier en luttant contre la falsification des documents de voyage, et, dans la mesure du possible, en améliorant la détection des terroristes et les formalités visant à assurer la sécurité des passagers, en vue d'empêcher les auteurs des agissements mentionnés à l'alinéa a) du paragraphe 1 d'entrer sur leur territoire.

[56] Cette preuve, combinée à la logique, à la raison, au bon sens, permet aisément d'établir un lien causal entre la violation — le refus de délivrer un passeport — et l'avantage recherché — le maintien de la bonne réputation du passeport canadien et la participation du Canada à la lutte internationale contre le terrorisme.

b) l'atteinte minimale

[57] Le législateur a l'obligation de porter « le moins possible » atteinte au droit protégé par la Charte. La juge Deschamps a récemment expliqué comme suit la démarche que devait suivre le tribunal à cet égard (*Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, au paragraphe 36) :

Although the legislative means are rationally connected to the legislative objective, if it can be shown that they do not minimally impair the right at issue, they will still fail to satisfy the proportionality element of the *Oakes* test (*supra*, at p. 139). In applying the minimal impairment requirement, a court is required to afford the legislature a margin of appreciation (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 999). That a court can propose means that are less impairing than the impugned legislation is not sufficient to give rise to a finding that an impairment is not minimal (*Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, at p. 1138). However, if legislation does not impair an individual's rights "as little as is reasonably possible" (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 772), if in other words, legislation falls beyond "a range of reasonable alternatives" (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160), it will not satisfy the minimal impairment requirement.

[58] Furthermore, there are areas in which "a certain measure of deference" is appropriate. The area of national security and the fight against terrorism is most certainly one of them. These statements by Chief Justice McLachlin in *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, at paragraphs 43–44, where the issue was prohibiting commercial advertising, apply *a fortiori* to this case:

Again, a certain measure of deference may be appropriate, where the problem Parliament is tackling is a complex social problem. There may be many ways to approach a particular problem, and no certainty as to which will be the most effective. It may, in the calm of the courtroom, be possible to imagine a solution that impairs the right at stake less than the solution Parliament has adopted. But one must also ask whether the alternative would be reasonably effective when weighed against the means chosen by Parliament. To complicate matters, a particular legislative regime may have a number of goals, and impairing a right minimally in the furtherance of one particular goal may inhibit achieving another goal. Crafting legislative solutions to complex problems is necessarily a complex task. It is a task that requires weighing and balancing. For this reason, this Court has held that on complex social issues, the minimal impairment requirement is met if Parliament has chosen one of several reasonable alternatives: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy*.

The minimal impairment analysis in this case will also be coloured by the relationship between constitutional review and

Même si les moyens choisis par le législateur ont un lien rationnel avec l'objectif visé par la loi, ils ne satisferont pas au critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes* (précité, p. 139) s'il ressort qu'ils ne constituent pas une atteinte minimale au droit en cause. Dans l'étude du critère de l'atteinte minimale, le tribunal doit accorder au législateur une certaine latitude (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 999). Le fait qu'un tribunal puisse proposer des moyens moins attentatoires que la mesure législative contestée ne suffit pas pour conclure que l'exigence n'est pas remplie (*Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, p. 1138). Toutefois, si la loi contestée ne restreint pas les droits d'une personne « aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire » (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 772), autrement dit, si elle se situe à l'extérieur « d'une gamme de mesures raisonnables » (*RJR-Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160), elle ne satisfait pas à l'exigence de l'atteinte minimale.

[58] Par ailleurs, il est des domaines où une « certaine déférence » s'impose davantage. Le domaine de la sécurité nationale et de la lutte contre le terrorisme est très certainement de ceux-là. Ces propos prononcés par la juge en chef McLachlin dans *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, aux paragraphes 43 et 44, où il était question d'interdiction de publicité commerciale, s'appliquent à plus forte raison au cas présent :

Là encore, une certaine déférence peut être indiquée lorsque le problème auquel s'attaque le législateur est un problème social complexe. Il peut exister plusieurs façons d'aborder un problème, sans qu'on l'on sache avec certitude laquelle sera la plus efficace. Il peut être possible, dans le calme de la salle d'audience, d'imaginer une solution qui porte moins atteinte au droit en cause que celle adoptée par le législateur. Toutefois, il faut également se demander si, au regard des moyens choisis par le législateur, cette solution serait raisonnablement efficace. Pour compliquer les choses, il se peut qu'un régime législatif vise un certain nombre d'objectifs et que l'atteinte minimale portée à un droit dans la poursuite d'un objectif particulier empêche la réalisation d'un autre objectif. La formulation de solutions législatives à des problèmes complexes est forcément une tâche complexe, qui commande une évaluation et une mise en balance. C'est pourquoi notre Cour a conclu que, en ce qui touche les questions sociales complexes, l'exigence d'atteinte minimale est respectée si le législateur a choisi l'une des diverses solutions raisonnables qui s'offraient : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, et *Irwin Toy*.

L'analyse de l'atteinte minimale en l'espèce sera également influencée par le lien entre l'examen constitutionnel et

statutory interpretation. Before engaging in constitutional review, the law must be construed. This may have a critical effect at the stage of minimal impairment, where overbreadth is alleged. The process of interpretation may resolve ambiguity in favour of a more limited meaning. This may only be done in cases of real ambiguity in the statute. In cases of ambiguity, therefore, claims of overbreadth may be resolved by appropriate interpretation: *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, para. 32.

[59] Once it is established that the refusal to issue a passport on the ground of national or international security rationally serves a sufficiently important objective, it becomes difficult to imagine how the refusal to issue a passport could, substantially, take place other than in the manner prescribed by the Order.

[60] As I already noted, the Minister's refusal can only be exercised in accordance with the rules of Canadian administrative law. This case is a good illustration of this principle: Mr. Kamel's application will have to be reconsidered since the original review breached the rules of procedural fairness, according to Justice Noël. The justification of section 10.1 of the Order must be assessed on the basis of a ministerial decision that meets the requirements of the law and the jurisprudence.

[61] Moreover, this refusal can only be exercised if it is a "necessary" measure. As I indicated above, this requirement for a necessary connection makes it more difficult for the State to adopt a measure that impairs a right protected under the Charter.

[62] Finally, this refusal to issue a general passport does not necessarily result in completely depriving a Canadian citizen of his or her right to leave the country. There are other types of passports that can be issued, if necessary, including the limited validity passport for urgent or compassionate reasons.

[63] The Attorney General referred to statutory provisions adopted in Australia, Great Britain, New Zealand and the United States to point out their similarity with the Canadian Order. Counsel for the appellant, in turn, pointed out the differences in the provisions and

l'interprétation législative. Avant d'entreprendre l'examen constitutionnel, il faut interpréter la loi. Cela peut avoir un effet crucial à l'étape de l'analyse de l'atteinte minimale, lorsque la portée excessive est alléguée. Le processus d'interprétation peut permettre de résoudre une ambiguïté en faveur d'un sens plus limité. Cela n'est possible que si la loi comporte une véritable ambiguïté. Par conséquent, dans les cas où il existe une ambiguïté, les arguments de portée excessive peuvent être tranchés au moyen de l'interprétation correcte : *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 32.

[59] Dès lors qu'il est établi que le refus de délivrer un passeport pour cause de sécurité nationale ou internationale sert de manière rationnelle un objectif suffisamment important, il devient difficile de concevoir comment le refus de délivrer un passeport pourrait, substantiellement, s'effectuer autrement que de la manière prescrite par le Décret.

[60] Le refus ministériel, je l'ai déjà souligné, ne peut s'exercer qu'en conformité avec les règles du droit administratif canadien. Le cas présent constitue une belle illustration de ce principe puisque la demande de M. Kamel devra faire l'objet d'un nouvel examen, l'examen original n'ayant point, selon le juge Noël, rencontré les règles de l'équité procédurale. La justification de l'article 10.1 du Décret doit s'évaluer en fonction d'une décision ministérielle qui rencontre les exigences de la loi et de la jurisprudence.

[61] Par ailleurs, ce refus ne peut s'exercer que là où il constitue une mesure « nécessaire ». Comme je l'ai mentionné plus haut, cette exigence d'un lien nécessaire rend plus difficile pour l'État la prise d'une mesure qui porte atteinte à un droit protégé par la Charte.

[62] Enfin, ce refus d'un passeport général n'a pas nécessairement pour effet de priver de façon absolue le citoyen canadien de son droit de sortir du pays. Il est d'autres types de passeport qui, à la rigueur, pourraient être délivrés, dont le passeport à durée de validité limitée délivré pour des raisons urgentes et de compassion.

[63] Le procureur général a fait référence à des dispositions législatives adoptées en Australie, en Grande-Bretagne, en Nouvelle-Zélande et aux États-Unis pour souligner leur similitude avec le Décret canadien. La procureure de l'intimé a souligné, en

maintained that the Canadian provision does not contain the same requirements as some of the others.

[64] This comparison is useful in so far as the analogy shows the same concern and the same type of methods used. The fact that the method, or the way of expressing it, adopted in one or more countries is a little different does not in any way signify that the method adopted in Canada is not reasonable. It is not the Court's role to speculate on what, in its opinion, would be the perfect solution as long as the one chosen is within the range of reasonable solutions.

[65] I find that there is minimal impairment in this case.

(c) proportionality between the effects of the measure and the law's objective

[66] To echo the words of Chief Justice McLachlin in *JTI-Macdonald*, at paragraph 45, this is an inquiry that "focuses on the practical impact of the law":

What benefits will the measure yield in terms of the collective good sought to be achieved? How important is the limitation on the right? When one is weighed against the other, is the limitation justified?

[67] Once the Minister is of the opinion, in the lawful exercise of his or her discretion, that it is necessary to refuse to issue a passport to a Canadian citizen on the ground of national or international security, the denial of a passport does not weigh heavily in the balance when compared to the resultant strengthening of security. It is not for the Court to speculate on the harm that this person could cause to the security of Canadians, Canada and the international community. The evidence is clear: the Minister would fail in his or her duty to protect Canadians and Canada and to comply with Canada's international commitments if the Minister issued the requested passport. There is no reason to wait for the risk to materialize. The Court must be satisfied, here, with hypotheses and realistic speculations and must

retour, les différences de texte et soutenu que le texte canadien ne contenait pas les mêmes exigences que certains des autres textes.

[64] Cet exercice comparatif est utile dans la mesure où l'analogie témoigne d'une même préoccupation et d'un recours au même type de moyens. Que le moyen, ou la façon de l'exprimer, retenu dans l'un ou l'autre des pays soit quelque peu différent ne signifie d'aucune manière que le moyen retenu au Canada n'est pas raisonnable. Il n'appartient pas à la Cour de spéculer sur ce qui serait, pour elle, la solution parfaite, dès lors que celle retenue se situe parmi la gamme de solutions raisonnables.

[65] Je conclus qu'il y a, ici, atteinte minimale.

c) proportionnalité entre les effets de la mesure et l'objectif de la loi

[66] Il s'agit, pour reprendre les mots de la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *JTI-Macdonald*, au paragraphe 45, d'un examen « axé sur l'effet pratique de la loi » :

Quels effets bénéfiques la mesure aura-t-elle sur le plan du bien collectif recherché? Quelle est l'importance de la restriction du droit? La restriction est-elle justifiée lorsque les avantages qu'elle procure sont mis en balance avec la mesure dans laquelle elle limite le droit en question?

[67] Dès lors que le ministre est d'avis, dans l'exercice légal de sa discrétion, qu'il est nécessaire, pour cause de sécurité nationale ou internationale, de refuser de délivrer un passeport à un citoyen canadien, la privation d'un passeport ne pèse pas lourd dans la balance quand on la compare au renforcement de la sécurité qu'elle procure. La Cour n'a pas à spéculer sur le préjudice que pourrait causer cette personne à la sécurité des Canadiens, du Canada et de la communauté internationale. La preuve est claire : le ministre faillirait à son devoir de protéger les Canadiens et le Canada et de respecter les engagements internationaux du Canada s'il délivrait le passeport demandé. Il n'y a pas lieu d'attendre que le risque se concrétise. La Cour doit se satisfaire, ici, d'hypothèses et de spéculations réalistes

rely on, to quote Justice Bastarache [at paragraph 77] in *Harper*, “a reasoned apprehension of... harm”. Common sense dictates that the possible collective harm outweighs the real individual harm.

#### Disposition

[68] For these reasons, I conclude that section 10.1 of the *Canadian Passport Order* infringes the right of a Canadian citizen, under section 6 of the Charter, to enter or leave Canada, but that this infringement is justified under section 1 of the Charter.

[69] I would allow the appeal with costs, and I would set aside that part of Justice Noël’s decision that declares section 10.1 of the Order to be invalid.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

BLAIS J.A.: I agree.

et se fonder, pour reprendre les mots du juge Bastarache [au paragraphe 77] dans l’arrêt *Harper*, « sur une crainte raisonnée du préjudice ». Le bon sens veut, ici, que le préjudice collectif possible l’emporte sur le préjudice individuel réel.

#### Dispositif

[68] Pour ces motifs, j’en arrive à la conclusion que l’article 10.1 du *Décret sur les passeports canadiens* porte atteinte au droit d’un citoyen canadien, en vertu de l’article 6 de la Charte, d’entrer au Canada ou d’en sortir, mais que cette atteinte est justifiée aux termes de l’article premier de la Charte.

[69] J’accueillerais l’appel avec dépens et j’annulerais cette partie de la décision du juge Noël qui déclare invalide l’article 10.1 du Décret.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Je suis d’accord.

LE JUGE BLAIS, J.C.A. : Je suis d’accord.