

T-937-04
2006 FC 727

T-937-04
2006 CF 727

Abdurahman Khadr (*Applicant*)

Abdurahman Khadr (*demandeur*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: KHADR v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : KHADR c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)

Federal Court, Phelan J.—Toronto, December 5 and 6, 2005; Ottawa, June 8, 2006.

Cour fédérale, juge Phelan—Toronto, 5 et 6 décembre 2005; Ottawa, 8 juin 2006.

Crown — Prerogatives — Judicial review of decision made under Crown prerogative by Minister of Foreign Affairs to deny issuance of passport — Applicant Canadian citizen, issued Canadian passport scheduled to expire in November 2004 — Application for replacement passport made in accordance with Canadian Passport Order — No known or stated grounds upon which to refuse to issue passport — Decision actually made by Minister, not Passport Office — Grant, refusal of passport matter within Crown prerogative — Source of power for issuance of passports royal prerogative — Prerogative can only be abolished, exhausted by clear words in statute, by necessary implication from words in statute — Canadian Passport Order not being statute, not raising necessary implication prerogative exhausted — Application allowed.

Couronne — Prerogatives — Contrôle judiciaire d'une décision, prise par le ministre des Affaires étrangères dans l'exercice de la prerogative de la Couronne, de refuser la délivrance d'un passeport — Le demandeur, un citoyen canadien, s'est vu délivrer un passeport venant à expiration en novembre 2004 — Il a présenté sa demande de passeport de remplacement en conformité avec le Décret sur les passeports canadiens — Il n'y avait aucun motif connu de refuser de lui délivrer un passeport — La décision avait en fait été prise par le ministre, et non par le Bureau des passeports — L'octroi ou le refus d'un passeport est une question qui relève de la prerogative de la Couronne — La source du pouvoir de délivrer des passeports est la prerogative royale — La prerogative ne peut être abolie ou épuisée que par les dispositions claires d'une loi ou par implication nécessaire découlant des dispositions d'une loi — Il ne peut ressortir par implication nécessaire du Décret sur les passeports canadiens, comme il ne s'agit pas d'une loi, que la prerogative a été épuisée — Demande accueillie.

Federal Court Jurisdiction — Judicial review of refusal to issue new passport to applicant — Source of power for issuance of passports royal prerogative — Federal Court previously taking jurisdiction in matters involving Crown prerogative — Matter justiciable, amenable to judicial review if subject-matter affects rights, legitimate expectations of individual — Refusal to issue passport for improper purpose, without affording procedural fairness, judicially reviewable — Federal Court having jurisdiction on grounds Minister's decision not to issue passport "order", pursuant to exercise of prerogative falling within Federal Courts Act, s. 2(1) definition and under purposive interpretation of Federal Courts Act, s. 18 — Order made pursuant to exercise of Crown prerogative squarely within exclusive jurisdiction of Federal Court.

Compétence de la Cour fédérale — Contrôle judiciaire du refus de délivrer un nouveau passeport au demandeur — La source du pouvoir de délivrer des passeports est la prerogative royale — Dans le passé, la Cour fédérale s'est reconnue compétente dans des affaires mettant en cause la prerogative de la Couronne — Une question est justiciable et susceptible de contrôle judiciaire si son objet porte atteinte aux droits ou aux attentes légitimes d'un individu — Le refus de délivrer un passeport dans un but irrégulier ou sans qu'il y ait équité procédurale pour l'intéressé est susceptible de contrôle judiciaire — La Cour fédérale a compétence au motif que la décision du ministre de ne pas délivrer un passeport, prise dans l'exercice de la prerogative de la Couronne, était une « ordonnance » et tombait sous le coup de l'art. 2(1) de la Loi sur les Cours fédérales et, suivant l'interprétation fondée sur l'objet, de l'art. 18 de la Loi sur les Cours fédérales — L'ordonnance prise dans l'exercice de la prerogative de la Couronne relève directement de la compétence exclusive de la Cour fédérale.

Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Applicant initially advised by Passport Office of decision to refuse to issue passport — Decision actually made by Minister of Foreign Affairs, not Passport Office — Whether applicant entitled, on grounds of procedural fairness, to have passport application dealt with by Passport Office, as stipulated in Canadian Passport Order — Content of duty of procedural fairness depending on number of factors — Principle of legitimate expectation requiring government to follow processes, procedures, regular practices held out to individual, public at large — Minister's decision contrary to fairness principle generally, to legitimate expectation Minister directly and through Department officials created — Applicant entitled to have legitimate expectation met.

Constitutional Law — Charter of Rights — Mobility Rights — Applicant arguing Minister's refusal to issue new passport contrary to Charter, s. 6 — Primary purpose of s. 6(1) to guarantee right to remain in Canada — Canadian government recognizing importance of passport even for entry into Canada — Access to passport manifestation of exercise of Charter right — Importance of passport meaning principle of fairness must be closely, rigorously adhered to.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Applicant submitting denial of passport violation of right to liberty, contrary to principles of fundamental justice — Liberty more than freedom from physical restraint, including personal autonomy — S. 7 right to liberty encompassing only matters properly characterized as fundamentally, inherently personal — Right to leave Canada not constituting s. 7 right to liberty.

Construction of Statutes — Provisions of Federal Courts Act should be read purposefully to give effect to objects, aims of legislation, subjecting exercise of federal decision-making powers to Court's supervisory jurisdiction — In face of two acknowledged reasonable interpretations, court must find which one better according with purpose of legislation, intent of section, avoiding inconsistency, problems — Interpretation of "may" in Canadian Passport Order, ss. 4, 9 — Under Interpretation Act, s. 11, "shall" to be construed as imperative, "may" as permissive — More consistent with purpose, intent of Canadian Passport Order to read "may" as granting permission to Canadian citizens to be issued passport.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Le demandeur a été initialement avisé par le Bureau des passeports du rejet de sa demande de passeport — La décision avait en fait été prise par le ministre des affaires étrangères, et non par le Bureau des passeports — Le demandeur était-il en droit, pour des motifs d'équité procédurale, de voir sa demande de passeport traitée par le Bureau des passeports de la manière prévue dans le Décret sur les passeports canadiens? — La nature de l'obligation d'équité procédurale dépend d'un certain nombre de facteurs — Le principe de l'attente légitime requiert que le gouvernement suive les processus, les procédures et les pratiques habituelles comme il a annoncé qu'il le ferait à l'endroit d'un individu ou du grand public — La décision du ministre était contraire au principe d'équité de manière générale et à l'attente légitime que le ministre avait suscitée, directement ou par l'intermédiaire de fonctionnaires du ministère — Le demandeur avait droit à ce qu'on réponde à cette attente.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Le demandeur a soutenu que le refus du ministre de lui délivrer un nouveau passeport était contraire à l'art. 6 de la Charte — L'objet premier de l'art. 6(1) est de garantir le droit de demeurer au Canada — Le gouvernement canadien reconnaît l'importance d'un passeport même aux fins de l'entrée au Canada — L'accès à un passeport est une manifestation de l'exercice d'un droit garanti par la Charte — Vu l'importance d'un passeport, il faut observer avec grande rigueur le principe d'équité.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Le demandeur a soutenu que lui refuser un passeport portait atteinte à son droit à la liberté et était contraire aux principes de justice fondamentale — La liberté, c'est davantage que d'échapper à la contrainte physique; cela comprend aussi l'autonomie personnelle — Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 vise uniquement les questions qui peuvent à juste titre être qualifiées de fondamentalement ou d'essentiellement personnelles — Le droit de sortir du Canada ne constitue pas un droit à la liberté garanti par l'art. 7.

Interprétation des lois — Il convient d'interpréter les dispositions de la Loi sur les Cours fédérales en se fondant sur le but visé de manière à ce que ses objets soient atteints, c'est-à-dire assujettir l'exercice des pouvoirs des décideurs fédéraux à la compétence de contrôle de la Cour — Face à deux interprétations reconnues comme étant raisonnables, la cour doit trouver celle qui s'accorde le mieux avec l'objet de la loi et le but des dispositions en cause, tout en évitant les incohérences et les problèmes — Interprétation du mot « peut » se trouvant aux art. 4 et 9 du Décret sur les passeports canadiens — Suivant l'art. 11 de la Loi d'interprétation, l'obligation s'exprime par l'indicatif présent du verbe porteur de sens principal, et l'octroi de pouvoirs,

This was an application for judicial review of a decision made by the Minister of Foreign Affairs pursuant to the Crown prerogative to deny the issuance of a new passport. The applicant, a Canadian citizen, was issued a Canadian passport in November 1999 with an expiry date of November 2004. Following the loss of his passport, the applicant applied to the Canadian Passport Office for a replacement passport in accordance with the *Canadian Passport Order*. There was no known basis upon which to refuse his application. However, by letter of April 16, 2004, from the Chief Executive Officer of the Passport Office, the applicant was informed that his application was denied. The letter did not state the grounds for the denial, the identity of the person who made the decision or the legal authority on which the decision was based. It took the applicant some time to determine that the decision had actually been made by the Minister and not the Passport Office. The principal reason for denying the passport—in the interests of national security—was based on concern about Canada-U.S. relations and public disapproval for issuing a passport to a member of an infamous family, many members of which are openly supporters of Al-Qaida. National security was not a ground for denial of a passport listed in the *Canadian Passport Order* at the time.

The applicant sought a declaration, pursuant to paragraph 18(1)(a) of the *Federal Courts Act*, that the Minister's decision was unlawful, unconstitutional, in violation of sections 6 and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore invalid. The respondent admitted that the Minister's decision was procedurally unfair and requested that it be quashed and the matter remitted to the Minister for re-determination in accordance with the amended *Canadian Passport Order*. It was agreed that the grant or refusal of a passport is a matter within the prerogative of the Crown, and that refusal of a passport application on the grounds of national security is not within the authority vested in the Passport Office by the *Canadian Passport Order* as it stood at the time of the applicant's application.

Held, the application should be allowed.

droits, d'autorisations ou de facultés s'exprime par le verbe « pouvoir » — Il est plus conforme à l'objet et à l'esprit du Décret sur les passeports canadiens d'interpréter le mot « peut » comme accordant aux citoyens canadiens la permission de se voir délivrer un passeport.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision, prise par le ministre des Affaires étrangères dans l'exercice de la prérogative de la Couronne, de refuser la délivrance d'un nouveau passeport. Le demandeur, un citoyen canadien, s'est vu délivrer en novembre 1999 un passeport venant à expiration en novembre 2004. Après avoir perdu son passeport, le demandeur a présenté au Bureau canadien des passeports une demande de passeport de remplacement, conformément au *Décret sur les passeports canadiens*. Il n'y avait aucun motif à l'appui du refus de lui délivrer un passeport. Toutefois, dans une lettre datée du 16 avril 2004, le président-directeur général du Bureau des passeports a informé le demandeur du rejet de sa demande de passeport. Les motifs du refus, l'identité du décideur et le fondement légal de la décision n'étaient pas précisés dans la lettre. Il a fallu un certain temps au demandeur pour apprendre que la décision avait en fait été prise par le ministre, et non par le Bureau des passeports. Le principal motif du refus de délivrance du passeport—l'intérêt de la sécurité nationale—était motivé par des soucis quant aux relations entre le Canada et les États-Unis et quant à la désapprobation du public relativement à la délivrance d'un passeport à un membre, d'une famille mal famée, dont plusieurs membres sont ouvertement des sympathisants d'Al-Qaida. Or, la sécurité nationale ne constituait pas à l'époque un motif de refus de délivrance de passeport énuméré dans le *Décret sur les passeports canadiens*.

Le demandeur demandait qu'il soit déclaré, en application de l'alinéa 18(1)a) de la *Loi sur les Cours fédérales*, que la décision du ministre était illégale, inconstitutionnelle et contraire aux articles 6 et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne*, et qu'elle était par conséquent invalide. Le défendeur a admis que la décision du ministre était inéquitable au plan de la procédure et a demandé qu'elle soit annulée et que l'affaire soit renvoyée au ministre pour que celui-ci rende une nouvelle décision, en conformité avec le *Décret sur les passeports canadiens* en sa version modifiée. Les parties ont convenu que l'octroi ou le refus d'un passeport est une question qui relève de la prérogative de la Couronne et que le rejet d'une demande de passeport pour des motifs de sécurité nationale ne faisait pas partie des pouvoirs conférés au Bureau des passeports par le *Décret sur les passeports canadiens*, en sa version en vigueur au moment de la demande du demandeur.

Jugement : la demande doit être accueillie.

(1) The first question was whether the exercise of the Crown prerogative was subject to judicial review and, if so, whether the Federal Court has jurisdiction to conduct that review. The Supreme Court of Canada has held that where the Crown prerogative violates an individual's rights provided under the Charter, the exercise of the prerogative can be reviewed by the Court. In *Black v. Canada (Prime Minister)*, the Ontario Court of Appeal ruled that a matter is justiciable and amenable to judicial review if its subject-matter affects the rights or legitimate expectations of an individual. The subject-matter herein, the granting of a single passport to an individual, was readily justiciable. The law is now that the refusal to issue a passport is justiciable, particularly where there are issues of Charter rights and questions of fairness and legitimate expectations. The Federal Court had jurisdiction over the exercise of Crown prerogative on both the grounds that the Minister's decision not to issue a passport was an "order" within the *Federal Courts Act*, subsection 2(1) definition and that a purposive interpretation of the *Federal Courts Act* indicates that Parliament intended the Federal Court to have exclusive jurisdiction over the exercise of the justiciable aspects of the federal exercise of the Crown prerogative. The Minister's decision was carried out by an order to officials to deny the passport application; as such, it was an order made pursuant to the exercise of the Crown prerogative and it fell squarely within the exclusive jurisdiction of the Federal Court. In *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, the Supreme Court of Canada underlined the intent of Parliament to grant to the Federal Courts general administrative jurisdiction over federal decision makers. The Federal Court has previously, either expressly or by action, taken jurisdiction in matters involving the Crown prerogative. The provisions of the *Federal Courts Act* should be read purposefully to give effect to its objects and aims, subjecting the exercise of federal decision-making powers to the Federal Court's supervisory jurisdiction. By including a reference to the Crown prerogative, Parliament intended the Federal Court to have jurisdiction over justiciable matter of that prerogative. Subsection 2(1) of the *Federal Courts Act* is aimed at control of the exercise of a federal power; it focusses on the source of the power, be it Parliament or the executive. In the face of two acknowledged reasonable interpretations, a court must find the one which better accords with the purpose of the legislation, the intent of the section, and avoids inconsistency and problems. Therefore, even where there is no order, the exercise of the federal Crown prerogative as the source of the power in the area of justiciable matters is within the jurisdiction of the Federal Courts under subsection 2(1) and specifically assigned to the Federal Court under section 18.

1) La première question était de savoir si l'exercice en cause de la prérogative de la Couronne était susceptible de contrôle judiciaire et, dans l'affirmative, si la Cour fédérale a compétence pour procéder à ce contrôle. La Cour suprême du Canada a statué que, lorsque l'exercice de la prérogative de la Couronne enfreint les droits garantis par la Charte à une personne, cet exercice est assujéti au contrôle de la Cour. Dans *Black v. Canada (Prime Minister)*, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé qu'une question est justiciable et susceptible de contrôle judiciaire si son objet porte atteinte aux droits ou aux attentes légitimes d'un individu. L'objet concerné, soit la délivrance d'un passeport à un seul individu, était d'emblée justiciable. Dans l'état du droit actuel, le refus de délivrer un passeport est justiciable, particulièrement lorsque sont soulevées des questions de droits garantis par la Charte ainsi que d'équité et d'attentes légitimes. Relativement à l'exercice de la prérogative de la Couronne, la Cour fédérale avait compétence tant parce que la décision du ministre de ne pas délivrer de passeport était une « ordonnance » au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, que parce qu'une interprétation de cette Loi qui est fondée sur l'objet révèle que le législateur voulait que la Cour fédérale ait compétence exclusive quant aux éléments justiciables de l'exercice de la prérogative de la Couronne fédérale. La décision du ministre a été mise à exécution au moyen d'une ordonnance enjoignant à des fonctionnaires de rejeter la demande de passeport; à ce titre, il s'agissait d'une ordonnance prise dans l'exercice de la prérogative de la Couronne et, partant, qui relevait directement de la compétence exclusive de la Cour fédérale. Dans l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, la Cour suprême du Canada a souligné l'intention du législateur d'accorder aux Cours fédérales une compétence administrative générale sur les décideurs fédéraux. Déjà dans le passé, la Cour fédérale, que ce soit expressément ou en agissant en ce sens, s'est reconnue compétente dans des affaires mettant en cause la prérogative de la Couronne. Il convient d'interpréter les dispositions de la *Loi sur les Cours fédérales* en se fondant sur le but visé de manière à ce que soit atteint son objet, soit assujettir l'exercice de pouvoirs de décideurs fédéraux au contrôle de la Cour. Vu la mention de la prérogative de la Couronne, il est manifeste que le législateur voulait que la Cour fédérale ait compétence sur les questions justiciables liées à l'exercice de cette prérogative. L'objet du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* est d'assurer le contrôle sur l'exercice d'un pouvoir fédéral; l'élément principal de la disposition, c'est son pouvoir, qu'il s'agisse du législateur ou de l'exécutif. Face à deux interprétations reconnues comme étant raisonnables, une cour doit trouver celle qui s'accorde le mieux avec l'objet de la loi et le but des dispositions en cause, tout en évitant les incohérences et les problèmes. Par conséquent, même en l'absence d'une ordonnance, l'exercice de la prérogative de la

(2) The applicant submitted that the Minister's decision to refuse the renewal of his passport was contrary to sections 6 and 7 of the Charter. While not determinative, the Charter arguments were addressed. Section 6 gives to citizens a right to enter, remain in and leave Canada. The Supreme Court of Canada has ruled that the primary purpose of subsection 6(1) of the Charter was to guarantee the right to remain in Canada. The Canadian government in its own published materials recognized the importance of a passport even for entry into Canada. Access to a passport is a manifestation of the exercise of a Charter right. The importance of a passport means that the principle of fairness must be closely and rigorously adhered to. As to section 7 of the Charter, the applicant argued that the denial of a passport violates the right to liberty and is contrary to the principles of fundamental justice. Liberty is more than freedom from physical restraint and includes personal autonomy. The section 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence. As such, the right to leave Canada does not constitute a section 7 right to liberty. The matter of choice to leave Canada is enshrined in section 6. If one provision of the Charter covers a specific freedom, other section should not be presumed to cover the same freedom.

(3) The applicant submitted that the *Canadian Passport Order* exhausts the Crown prerogative over passports. The source of power for the issuance of passports is the royal prerogative, both in the United Kingdom and Canada. The prerogative is the residue of discretionary or arbitrary authority left in the hands of the Crown; it is the Crown's power left over from that which was taken away by Parliament. The prerogative can only be abolished or exhausted by clear words in a statute or by necessary implication from words in a statute. There was no such statute at play in this case. The *Canadian Passport Order*, not being a statute, could not raise the necessary implication that the prerogative has been exhausted. While the prerogative may not have been exhausted and therefore remained in place, the executive could not exercise that prerogative in any manner it chooses. The power is still subject to other legal norms including the Charter and the duty of fairness. The issue remained whether the Minister could exercise the prerogative

Couronne fédérale en tant que source d'un pouvoir à l'égard de questions justiciables relève de la compétence des Cours fédérales prévue au paragraphe 2(1), et plus particulièrement conférée à la Cour fédérale par l'article 18.

2) Le demandeur a soutenu que la décision du ministre de lui refuser le renouvellement de son passeport était contraire aux articles 6 et 7 de la Charte. Même si elles n'étaient pas déterminantes, les questions relatives à la Charte ont été examinées. L'article 6 confère à tout citoyen le droit de demeurer au Canada, d'y entrer et d'en sortir. La Cour suprême a conclu que l'objet premier du paragraphe 6(1) était de garantir le droit de demeurer au Canada. Dans ses propres documents publiés, le gouvernement canadien reconnaît l'importance d'un passeport, même aux fins de l'entrée au Canada. L'accès à un passeport est une manifestation de l'exercice d'un droit garanti par la Charte. Il faut donc, vu l'importance d'un passeport, observer avec grande rigueur le principe d'équité. Quant à l'article 7 de la Charte, le demandeur a soutenu que lui refuser un passeport porte atteinte à son droit à la liberté, ce qui est contraire aux principes de justice fondamentale. La liberté, c'est davantage que d'échapper à la contrainte physique; cela comprend aussi l'autonomie personnelle. Le droit à la liberté garanti par l'article 7 vise uniquement les questions qui peuvent à juste titre être qualifiées de fondamentalement personnelles et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles. À ce titre, le droit de sortir du Canada ne constitue pas un droit à la liberté garanti par l'article 7. Le droit au choix de sortir du Canada a été consacré à l'article 6. Si une disposition de la Charte porte sur une liberté particulière, il y a lieu de présumer que les autres dispositions de la Charte ne visent pas cette même liberté.

3) Le demandeur a soutenu que le *Décret sur les passeports canadiens* épuise l'exercice de la prerogative de la Couronne relativement aux passeports. La source du pouvoir de délivrer des passeports est la prerogative royale, tant au Royaume-Uni qu'au Canada. La prerogative est constituée des pouvoirs discrétionnaires ou arbitraires qui restent aux mains de la Couronne; ce sont les pouvoirs laissés à la Couronne après ceux que le Parlement lui a pris. La prerogative ne peut être abolie ou épuisée que par les dispositions claires d'une loi ou par implication nécessaire découlant des dispositions d'une loi. Aucune pareille loi n'était en jeu en l'espèce. Il ne peut ressortir par implication nécessaire du *Décret sur les passeports canadiens*, comme il ne s'agit pas d'une loi, que la prerogative a été épuisée. Même si la prerogative peut ne pas avoir été épuisée et reste donc toujours en application, cela ne veut toutefois pas dire que l'exécutif peut l'exercer comme bon lui semble. Ce pouvoir est toujours assujéti à d'autres normes juridiques, y compris la Charte et l'obligation d'agir

given that an order in council governed the administration of passports. There is nothing in the *Canadian Passport Order*, other than that it emanated from Cabinet, to suggest that the power to deal with passports had been transferred to the Governor in Council. Where the prerogative can be exercised by other than the Governor in Council, the only issue was which minister or other authority may do so. In this case, the Minister of Foreign Affairs was the appropriate Crown minister to exercise that authority.

(4) The respondent acknowledged that the Minister had breached the duty of fairness by failing to give notice and an opportunity to be heard. The applicant would have expected, on grounds of procedural fairness, to have his passport application dealt with by the Passport Office as stipulated in the *Canadian Passport Order*. The content of the duty of procedural fairness depends on a number of factors, including the importance of the decision to the individual or individuals affected and the legitimate expectations of the person challenging the decision. The word “may” appears three times in the *Canadian Passport Order* as it stood at the time of the applicant’s passport application. For example, subsection 4(1) states that “Subject to this Order, any person who is a Canadian citizen under the Act may be issued a passport”; and section 9 provides that “The Passport Office may refuse to issue a passport to an applicant [on seven different grounds]”. Section 11 of the *Interpretation Act* states that “‘shall’ is to be construed as imperative” and “‘may’ as permissive”. It is more consistent with the purpose and intent of the *Canadian Passport Order* to read the verb “may” as granting permission to Canadian citizens to be issued a passport. The authority granted by the verb “may” is exhausted by the grounds listed in section 9 for the refusal of a passport. Although “may” implies discretion, it can, in certain circumstances, carry with it an obligation. The obligation imported by “may” in section 9 of the Order is one of refusal. The Order gives to the Passport Office the power, coupled with the duty, to refuse a passport to a person who falls into one of the conditions enumerated.

In respect of the applicant’s legitimate expectations, the Supreme Court of Canada has confirmed that this principle is part of the doctrine of fairness or natural justice. It does not create substantive rights. The principle of legitimate expectation requires that government, at a minimum, follow

équitablement. Il restait la question de savoir si le ministre pouvait exercer la prérogative, étant donné qu’un décret régissait l’administration des passeports. Rien dans le *Décret sur les passeports canadiens* ne donne à entendre, si ce n’est qu’il émane du Cabinet, que ce pouvoir a été transféré au gouverneur en conseil. Lorsque la prérogative peut être exercée par une personne autre que le gouverneur en conseil, la seule question qui se pose est de savoir quel ministre ou quelle autre autorité peut le faire. En l’espèce, le ministre des Affaires étrangères était le ministre de la Couronne à qui il revenait d’exercer ce pouvoir.

4) Le défendeur a reconnu que le ministre avait manqué à son obligation d’agir équitablement en refusant de donner avis au demandeur et de lui fournir l’occasion d’être entendu. Le demandeur se serait attendu, pour des motifs d’équité procédurale, à ce que ce soit le Bureau canadien des passeports qui traite sa demande de passeport de la manière prévue dans le *Décret sur les passeports canadiens*. La nature de l’obligation d’équité procédurale dépend d’un certain nombre de facteurs, notamment l’importance de la décision pour les personnes visées et les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision. On a recouru au mot « peut » à trois reprises dans le *Décret sur les passeports canadiens* en sa teneur au moment de la présentation de la demande de passeport du demandeur. Par exemple, selon le paragraphe 4(1), « [s]ous réserve du présent décret, un passeport peut être délivré à toute personne qui est un citoyen canadien en vertu de la Loi » et l’article 9 dispose que « [L]e bureau des passeports peut refuser de délivrer un passeport à un requérant qui [suit une liste de sept motifs de refus] ». Selon l’article 11 de la *Loi d’interprétation*, l’obligation s’exprime essentiellement par l’indicatif présent du verbe porteur de sens principal, et l’octroi de pouvoirs, de droits, d’autorisations ou de facultés s’exprime essentiellement par le verbe « pouvoir ». Il est plus conforme à l’objet et à l’esprit du *Décret sur les passeports canadiens* d’interpréter le mot « peut » comme accordant aux citoyens canadiens la permission de se voir délivrer un passeport. Les motifs énumérés à l’article 9 pour le refus de délivrance d’un passeport épuisent le pouvoir découlant du verbe « peut ». Bien que le mot « peut » laisse entendre un pouvoir discrétionnaire, il peut créer une obligation dans certaines circonstances. L’obligation indiquée par le mot « peut » à l’article 9 en est une de refus. Le Décret confère au Bureau des passeports le pouvoir, assorti du devoir, de refuser la délivrance d’un passeport à une personne qui est visée par l’une des conditions énumérées.

Pour ce qui est des attentes légitimes du demandeur, la Cour suprême du Canada a confirmé que ce principe est un élément de la doctrine de l’équité ou de la justice naturelle. Il n’en découle pas des droits matériels. Le principe de l’attente légitime requiert que le gouvernement, à tout le moins, suive

the processes, procedures and regular practices which it has held out to either an individual or the public at large. The applicant was informed by the Chief Executive Officer of the Canadian Passport Office, without any indication of ministerial direction, that his passport application was denied leading to the inference that officials at Passport Office made the decision. The clandestine decision making was never explained either as to its necessity or how it accords with the principle of procedural fairness. Knowing who the decision maker is or may be is an important aspect of the rules of natural justice and procedural fairness. It is an aspect of the principles of natural justice and fairness that one know the case one must meet. As one is entitled to notice of a proceeding, one is entitled to know who will decide and the basis on which the decision can be made. The Minister's decision was contrary to the fairness principle generally and to that legitimate expectation that the Minister directly and through officials of the Department created. The applicant was entitled to have that legitimate expectation met. That the applicant would not necessarily qualify as a model citizen did not disentitle him to the application of fairness and natural justice to his passport application.

(5) The respondent asked that the Court send the matter back to the Minister and that it be dealt with under the 2004 *Canadian Passport Order*. The respondent's proposed remedy would authorize the Minister to decide the passport application on the basis of new criteria not in place at the time the applicant made his filing. This would in fact give retrospective effect to the 2004 CPO, something not specifically authorized in that Order. To remit the matter to the Minister on that basis would be to violate the presumption against retroactivity of laws. Nothing in the 2004 CPO would suggest that retroactive effect. The doctrine of legitimate expectation is a significant procedural protection to the public at large from arbitrary government action. Its goal is to put the person, at least procedurally, in the same position as if the impugned decision or action had not occurred. The only way in which that can occur is to remit the matter back to the Passport Office to be dealt with by it in accordance with the *Canadian Passport Order* as it was when the passport application was submitted.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act*

les processus, les procédures et les pratiques habituelles comme il a annoncé qu'il le ferait à l'endroit d'un individu ou du grand public. Le président-directeur général du Bureau des passeports a informé le demandeur, sans lui faire mention d'une directive ministérielle, que sa demande de passeport était rejetée, amenant ce dernier à conclure que la décision avait été prise par des fonctionnaires du Bureau des passeports. On ne lui a jamais donné d'explications quant à la nécessité du processus clandestin de prise de décision ni quant à sa conformité avec les principes d'équité procédurale. Savoir qui est ou pourrait être le décideur est un aspect important des règles de justice naturelle et d'équité procédurale. L'un des principes de justice naturelle et d'équité procédurale, c'est que l'intéressé doit savoir ce qu'il lui faudra démontrer. Au même titre que l'intéressé a le droit d'être avisé de l'existence d'une procédure, il a le droit de savoir qui sera le décideur et sur quels fondements ce dernier pourra prendre sa décision. La décision du ministre était contraire au principe d'équité de manière générale et à l'attente légitime que le ministre avait suscitée, directement ou par l'intermédiaire de fonctionnaires du ministère. Le demandeur avait droit à ce qu'on réponde à cette attente. Le fait que le demandeur ne soit pas nécessairement qualifié de citoyen modèle ne devait pas le priver du droit de voir les principes d'équité et de justice naturelle s'appliquer à sa demande de passeport.

5) Le défendeur a demandé à la Cour de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'elle soit traitée en conformité avec le *Décret sur les passeports canadiens* de 2004. Si la mesure de réparation proposée par le défendeur était retenue, le ministre serait autorisé à statuer sur la demande de passeport en se fondant sur les nouveaux critères, qui n'étaient pas en vigueur au moment où le demandeur a présenté sa demande. Dans les faits, cela donnerait un effet rétroactif au Décret 2004, ce qui n'est pas expressément autorisé par les dispositions de ce Décret. Renvoyer l'affaire au ministre selon cette modalité enfreindrait la présomption de non-rétroactivité des lois. Aucune disposition du Décret 2004 ne laisse entendre que celui-ci doit avoir un effet rétroactif. La doctrine de l'attente légitime constitue une importante protection procédurale pour le public en général à l'encontre des mesures gouvernementales arbitraires. Le but est de placer l'intéressé, du moins au plan de la procédure, dans la même position où il se serait trouvé si la décision ou l'acte contesté n'avait pas eu lieu. Le seul moyen d'y parvenir est de renvoyer l'affaire au Bureau des passeports pour qu'il la traite conformément au *Décret sur les passeports canadiens* en sa teneur au moment de la présentation de la demande de passeport.

LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B,

1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 6, 7.
Canadian Passport Order, SI/81-86, ss. 2 “Passport Office”, 4 (as am. by SI/2004-113, s. 3), 9, 10, 10.1 (as enacted *idem*, s. 5).
Canadian Passport Regulations, C.R.C., c. 641.
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2(1) “federal board, commission or other tribunal” (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 2(1) “federal board, commission or other tribunal” (as am. *idem*, s. 15), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 2, 11, 17.
Order Amending the Canadian Passport Order, SI/2004-113, ss. 3, 5.

Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 6, 7.
Décret modifiant le Décret sur les passeports canadiens, TR/2004-113, art. 3, 5.
Décret sur les passeports canadiens, TR/81-86, art. 2 « Bureau des passeports », 4 (mod. par TR/2004-113, art. 3), 9, 10, 10.1 (édicte, *idem*, art. 5).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 2, 11, 17.
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) « office fédéral » (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod., *idem*, art. 4).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 2(1) « office fédéral » (mod., *idem*, art. 15), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26).
Règlement sur les passeports canadiens, C.R.C., ch. 641.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Black v. Canada (Prime Minister) (2001), 54 O.R. (3d) 215; 199 D.L.R. (4th) 228; 147 O.A.C. 141 (C.A.) (as to the justiciability of the Crown prerogative); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; (1977), 52 D.L.R. (4th) 577; 47 C.R.R. (2d) 1; 43 M.P.L.R. (2d) 1; 219 N.R. 1; *Ross River Dena Council Band v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 816; (2002), 213 D.L.R. (4th) 193; [2002] 9 W.W.R. 391; 168 B.C.A.C. 1; 3 B.C.L.R. (4th) 201; [2002] 3 C.N.L.R. 229; 289 N.R. 233; 2002 SCC 54; *Brink's Canada Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 2 F.C. 113; (1996), 39 Admin. L.R. (2d) 203; 96 CLLC 230-010; 105 F.T.R. 215 (T.D.).

NOT FOLLOWED:

Black v. Canada (Prime Minister) (2001), 54 O.R. (3d) 215; 199 D.L.R. (4th) 228; 147 O.A.C. 141 (C.A.) (on the issue of jurisdiction).

CONSIDERED:

Khadr v. Canada (Attorney General) (2004), 49 Imm. L.R. (3d) 292; 2004 FC 1719; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.); *Mount Sinai*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Black v. Canada (Prime Minister) (2001), 54 O.R. (3d) 215; 199 D.L.R. (4th) 228; 147 O.A.C. 141 (C.A.) (quant au caractère justiciable de la prérogative de la Couronne); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 816; 2002 CSC 54; *Brink's Canada Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 2 C.F. 113 (1^{re} inst.).

DÉCISION NON SUIVIE :

Black v. Canada (Prime Minister) (2001), 54 O.R. (3d) 215; 199 D.L.R. (4th) 228; 147 O.A.C. 141 (C.A.) (quant à la question de compétence).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Khadr c. Canada (Procureur général), 2004 CF 1719; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.); *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281; 2001

Hospital Centre v. Quebec (Minister of Health and Social Services), [2001] 2 S.C.R. 281; 200 D.L.R. (4th) 193; 36 Admin. L.R. (3d) 71; 271 N.R. 104; 2001 SCC 41; *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465; (1990), 73 D.L.R. (4th) 289; 1 C.R.R. (2d) 193; 114 N.R. 255 (C.A.); *Canada v. Tremblay*, [2004] 4 F.C.R. 165; (2004), 244 D.L.R. (4th) 422; 327 N.R. 160; 2004 FCA 172; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241; *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469; (1989), 23 Q.A.C. 182; 96 N.R. 321; 48 C.C.C. (3d) 193; *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1994] 1 F.C. 102; (1993), 19 Admin. L.R. (2d) 91; 11 C.E.L.R. (N.S.) 1; 64 F.T.R. 127 (T.D.); *Canadian Pacific Railway Co. v. Vancouver (City)*, [2006] 1 S.C.R. 227; (2006), 262 D.L.R. (4th) 454; 221 B.C.A.C. 1; 88 L.C.R. 161; 18 M.P.L.R. (4th) 1; 35 N.R. 140; 40 R.P.R. (4th) 159; 2006 SCC 5; *R. v. S.(S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; 77 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 79; 110 N.R. 321; 41 O.A.C. 81; *Julius v. Lord Bishop of Oxford and another*, [1874-80] All E.R. Rep. 43 (H.L.); *Brown v. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43 (C.A.).

REFERRED TO:

Schreiber v. Canada (Attorney General), [2000] 1 F.C. 427; (1999), 174 F.T.R. 221 (T.D.); *Copello v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, [2002] 3 F.C. 24; (2001), 39 Admin. L.R. (3d) 89; 213 F.T.R. 272; 2001 FCT 1350; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, [2002] 1 S.C.R. 405; (2002), 245 N.B.R. (2d) 299; 209 D.L.R. (4th) 564; 31 C.C.P.B. 55; 17 C.P.C. (5th) 1; 91 C.R.R. (2d) 1; 282 N.R. 201; 2002 SCC 13; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Minister of Foreign Affairs denying the issuance of a passport pursuant to an exercise of the Crown prerogative. Application allowed.

APPEARANCES:

Clayton C. Ruby and *Jai Dhar* for applicant.
Peter M. Southey and *Michael H. Morris* for respondent.

CSC 41; *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.); *Canada c. Tremblay*, [2004] 4 R.C.F. 165; 2004 CAF 172; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*; *États-Unis d'Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1994] 1 C.F. 102 (1^{re} inst.); *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*, [2006] 1 R.C.S. 227; 2006 CSC 5; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Julius v. Lord Bishop of Oxford and another*, [1874-80] All E.R. Rep. 43 (H.L.); *Brown v. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Schreiber c. Canada (Procureur général), [2000] 1 C.F. 427 (1^{re} inst.); *Copello c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, [2002] 3 C.F. 24; 2001 CFPI 1350; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 405; (2002), 245 R.N.-B. (2^e) 299; 2002 CSC 13; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision, prise par le ministre des Affaires étrangères dans l'exercice de la prérogative de la Couronne, de refuser la délivrance d'un passeport. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Clayton C. Ruby et *Jai Dhar* pour le demandeur.
Peter M. Southey et *Michael H. Morris* pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Ruby & Edwardh, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

PHELAN J. :

I. OVERVIEW

[1] This judicial review concerns a Canadian citizen, who is neither convicted nor charged with any offence nor said to be a threat to Canada, who applied for his passport renewal for which he qualified in all respects under the existing provisions. The government, recognizing that the applicant was entitled to his passport, changed the qualifications, without notice to anyone, to deprive the applicant of his passport. This is the judicial review of the decision to deny the issuance of the passport, a decision made pursuant to an exercise of the prerogative of the Crown.

[2] The above neutral description is the legally relevant synopsis of what occurred. However, the description lacks the colour of the surrounding facts, that the applicant is a member of a family, many of whom are openly supporters of Al-Qaida. The principal reason for denying the passport—in the interests of national security—was based on concern about Canada-U.S. relations and public disapproval for issuing a passport to a member of such an infamous family. National security was not a ground for denial of a passport listed in the *Canadian Passport Order* [SI/81-86] at the time.

[3] The principal issues raised by this case can be summarized as follows:

- the jurisdiction of the Federal Court over the exercise of the Crown prerogative;

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Ruby & Edwardh, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE PHELAN :

I. APERÇU

[1] Le présent contrôle judiciaire concerne un citoyen canadien, qui n'a été ni inculpé ni déclaré coupable d'une infraction, ni n'a été déclaré constituer une menace pour le Canada, et qui a demandé le renouvellement de son passeport, pour lequel il était admissible à tous égards en vertu des dispositions législatives existantes. Reconnaissant que le demandeur avait ainsi droit à son passeport, le gouvernement a modifié les conditions d'admissibilité, sans en aviser quiconque, de manière à priver le demandeur de son passeport. Il s'agit du contrôle judiciaire de la décision de refuser la délivrance du passeport, une décision prise dans l'exercice de la prérogative de la Couronne.

[2] La description à caractère neutre ci-dessus est un résumé d'ordre juridique de ce qui s'est produit. Il manque toutefois à cette description l'éclairage du contexte factuel, soit que le demandeur fait partie d'une famille dont bien des membres sont ouvertement des sympathisants d'Al-Qaida. Le principal motif du refus de délivrance du passeport—l'intérêt de la sécurité nationale—était motivé par des soucis quant aux relations entre le Canada et les États-Unis et quant à la désapprobation par le public d'une telle délivrance à un membre d'une famille si mal famée. Or, la sécurité nationale ne constituait pas à l'époque un motif de refus de délivrance de passeport énuméré dans le *Décret sur les passeports canadiens* [TR/81-86].

[3] On peut résumer comme suit les principales questions soulevées par la présente affaire :

- la compétence de la Cour fédérale relativement à l'exercice de la prérogative de la Couronne;

- who can exercise the prerogative in respect of the *Canadian Passport Order*;
 - whether the prerogative was exhausted by the *Canadian Passport Order*;
 - the role of the Charter [*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]], in particular section 6 (mobility rights), section 7 (liberty and security of the person), and section 1 (reasonable limitation), in the exercise of the prerogative;
 - the applicability of the doctrine of legitimate expectation; and
 - the appropriate remedy, if any.
- la question de savoir qui peut exercer la prérogative à l'égard du *Décret sur les passeports canadiens*;
 - la question de savoir si le *Décret sur les passeports canadiens* épuise la portée de la prérogative;
 - le rôle de la Charte [*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]], en particulier l'article 6 (la liberté de circulation), l'article 7 (la liberté et la sécurité de la personne) et l'article premier (les limites raisonnables), dans l'exercice de la prorogative;
 - l'applicabilité de la doctrine de l'attente légitime;
 - la mesure de redressement appropriée, s'il en est.

[4] For the reasons which follow, I have concluded that, in this case, every citizen is entitled to be treated, procedurally at least, in the manner in which the government says his or her rights or interests will be dealt with. It is part of our law of procedural fairness that in order to know the case one must meet, one is entitled to know who will decide and on what criteria the decision may be based. As a result, the applicant will be entitled to have his passport renewal dealt with by the Passport Office in accordance with the *Canadian Passport Order* as it stood at the time he applied for renewal of that passport. However, nothing in these reasons should be held to conclude that the respondent is prevented from immediately taking steps to revoke the passport on the grounds now enumerated in the amended *Canadian Passport Order*, if such grounds exist.

II. BACKGROUND

[5] This is an application for judicial review in respect of the April 16, 2004 denial of Abdurahman Khadr's (Khadr) passport application purportedly made by the Passport Office, Department of Foreign Affairs and International Trade. The actual decision was made by the Minister of Foreign Affairs (Minister) on March 3,

[4] Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu qu'en l'espèce, tout citoyen a le droit d'être traité, du moins au plan de la procédure, de la manière dont le gouvernement dit que seront traités ses droits et ses intérêts. Selon les règles de notre droit en matière d'équité procédurale, l'intéressé a le droit de savoir qui rendra la décision, et sur le fondement de quels critères afin de savoir ce qu'il lui faudra démontrer. Ainsi, le demandeur a droit à ce que le Bureau des passeports traite sa demande de renouvellement de passeport en conformité avec le *Décret sur les passeports canadiens*, tel qu'il était libellé au moment de la présentation de la demande. Toutefois, les présents motifs ne permettent aucunement de conclure que le défendeur ne peut immédiatement prendre les mesures requises pour révoquer le passeport pour l'un des motifs, s'il en est, maintenant énumérés dans le *Décret sur les passeports canadiens*, en sa version modifiée.

II. LE CONTEXTE

[5] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire relative à la décision censément prise par le Bureau des passeports, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, le 16 avril 2004, de rejeter la demande de passeport présentée par Abdurahman Khadr (M. Khadr). La véritable décision a toutefois été prise

2004. The judicial review includes a review of a decision of the Minister to refuse the applicant access to passport services pursuant to the exercise of the Crown prerogative. However, the central issue is the refusal to issue a new passport.

[6] The applicant seeks a declaration, pursuant to paragraph 18(1)(a) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] that the Minister's decision is unlawful, unconstitutional, is a violation of sections 6 and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore invalid. As a remedy, the applicant seeks an order of *mandamus* directing the Minister to issue or cause to be issued a passport to him.

[7] The respondent, in the course of the litigation, admitted that the Minister's decision was procedurally unfair, largely through failure to disclose certain information. The respondent requested that the decision be quashed and the matter remitted to the Minister for re-determination in accordance with the amended *Canadian Passport Order*.

[8] Given the Minister's concession, the respondent had argued, in a motion to amend the application for judicial review, that the whole matter was moot because of the Minister's concession. Justice MacKay (sitting as a Deputy Judge) [(2004), 49 Imm. L.R. (3d) 292 (F.C.)] concluded that the matter was not moot because the applicant contests the Minister's decision "in light of the principles of the Rule of Law and of the Charter" [at paragraph 12]. In summary, Justice MacKay concluded [at paragraph 18]:

The submissions invite this Court to ignore any questions concerning the jurisdiction of the Minister to make the decision of March 3. In my opinion, the proper exercise of the prerogative, by anyone purporting to be authorized, is a matter of concern to the Court when it is raised by an individual affected by the exercise.

par le ministre des Affaires étrangères (le ministre), le 3 mars 2004. Le contrôle judiciaire comprend l'examen d'une décision du ministre de refuser au demandeur, dans l'exercice de la prérogative de la Couronne, l'accès aux services des passeports. La question fondamentale en litige a toutefois trait au refus de délivrer un nouveau passeport.

[6] Le demandeur demande qu'il soit déclaré, en application de l'alinéa 18(1)a [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], que la décision du ministre est illégale, inconstitutionnelle et contraire aux articles 6 et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elle est par conséquent invalide. Comme mesure de redressement, le demandeur conclut à une ordonnance de *mandamus* enjoignant au ministre de lui délivrer ou de lui faire délivrer un passeport.

[7] Le défendeur a admis pendant l'instance que la décision du ministre était inéquitable au plan de la procédure, en raison pour bonne part du défaut de divulguer certains renseignements. Le défendeur a demandé que la décision soit annulée et l'affaire renvoyée au ministre pour que celui-ci rende une nouvelle décision, en conformité avec le *Décret sur les passeports canadiens* en sa version modifiée.

[8] Étant donné cette admission faite par le ministre, le défendeur a soutenu, dans une requête en modification de la demande de contrôle judiciaire, que toute l'affaire était sans objet. Le juge MacKay (siégeant comme juge suppléant) [2004 CF 1719] a conclu que l'affaire n'était pas sans objet puisque le demandeur conteste la décision du ministre « compte tenu du principe de la légalité et de la Charte » [au paragraphe 12]. Le juge MacKay a ainsi conclu, en résumé [au paragraphe 18]:

Ces arguments invitent la Cour à ne pas aborder la question de savoir si le ministre avait le pouvoir de prendre la décision du 3 mars. À mon avis, la régularité de l'exercice de la prérogative par une autorité possédant ce pouvoir est une question qui intéresse la Cour lorsqu'elle est soulevée par la personne qui est directement touchée par l'exercice de cette prérogative.

[9] It is common ground between the parties that the grant or refusal of a passport is a matter within the prerogative of the Crown. They also agree that refusal of a passport application on the grounds of national security is not within the authority vested in the Passport Office by the *Canadian Passport Order* as it stood at the time of the applicant's application. There was no statute or order vesting that specific authority in the Minister or anyone else until the *Canadian Passport Order* was subsequently amended to add national security as grounds for refusal and giving the authority to deny a passport to the Minister.

III. FACTS

[10] The applicant is a Canadian citizen, in his early 20s. In November 1999 he was issued a Canadian passport. That passport was scheduled to expire in November 2004.

[11] Sometime in November 2001, the applicant's father (now deceased) took the passport from the applicant, allegedly for safekeeping. The passport then fell into the hands of his mother in Pakistan. As a result of unusual circumstances, by November 2003 he ended up in Bosnia and reported his passport inaccessible.

[12] According to the applicant, in November 2001 he was detained in Afghanistan. He was subsequently liberated by U.S. authorities and in March 2003 he was flown to Guantanamo Bay, Cuba to act as a "mole" for the U.S. Central Intelligence Agency (CIA). He was released from Guantanamo Bay in November 2003 and flown to Sarajevo, Bosnia by the CIA. It was there in November 2003 that he went to the Canadian Embassy to obtain help returning to Canada and where he received an emergency passport.

[13] Members of the Khadr family have admitted involvement as associates of Usama bin Laden and the parents and four of their children, including the applicant, have been on the passport control list since 2000 as "persons of interest".

[9] Les parties s'accordent pour reconnaître que l'octroi ou le refus d'un passeport est une question qui relève de la prérogative de la Couronne. Elles conviennent également que la faculté de rejeter une demande de passeport pour des motifs de sécurité nationale ne faisait pas partie des pouvoirs conférés au Bureau des passeport par le *Décret sur les passeports canadiens*, en sa version en vigueur au moment de la demande du demandeur. Aucune disposition d'une loi ou d'un décret n'a conféré ce pouvoir exprès au ministre ou à qui que ce soit d'autre jusqu'à ce que le *Décret sur les passeports canadiens* soit modifié par la suite de manière à y inclure la sécurité nationale comme motif de refus et à accorder au ministre le pouvoir de refuser la délivrance d'un passeport.

III. LES FAITS

[10] Le demandeur est un citoyen canadien au début de la vingtaine. Il s'est vu délivrer un passeport en novembre 1999, celui-ci devant venir à expiration en novembre 2004.

[11] Le père du demandeur (maintenant décédé) aurait pris le passeport de ce dernier en novembre 2001 pour le placer en lieu sûr. Le passeport s'est ensuite retrouvé entre les mains de la mère du demandeur, au Pakistan. Puis, à la suite de circonstances inhabituelles, le demandeur a abouti en Bosnie en novembre 2003 et il a alors déclaré ne plus pouvoir retracer son passeport.

[12] Le demandeur affirme qu'en novembre 2001, il était détenu en Afghanistan. Il aurait ensuite été libéré par les autorités américaines et, en mars 2003, transporté en avion vers Guantanamo Bay, à Cuba, pour y être une « taupe » au service de la Central Intelligence Agency des États-Unis (la CIA). La CIA l'a fait sortir de Guantanamo Bay en novembre 2003, pour qu'il se rende par avion à Sarajevo, en Bosnie. C'est là qu'en novembre 2003, il s'est rendu à l'ambassade canadienne pour obtenir de l'aide en vue de son retour au Canada, et qu'on lui a délivré un passeport d'urgence.

[13] Les membres de la famille Khadr ont admis avoir eu des liens avec Oussama ben Laden, et quatre des enfants de la famille, dont le demandeur, figurent depuis 2000 comme « personnes d'intérêt » sur la liste de contrôle des passeports.

[14] Based on the information in its file showing the connection between members of the Khadr family and Al-Qaida, the Passport Office became concerned that the issuance of passports to members of the family might be contrary to the national security interests of Canada.

[15] In this regard and in respect of the applicant, there is no evidence that the Canadian authorities took any steps to revoke the passports previously issued. Revocation of a passport can occur on the same grounds as a refusal to issue a passport under the then *Canadian Passport Order*.

[16] The respondent states that there were meetings between officials of the Department of Foreign Affairs and the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) concerning the issuance of passports and that CSIS provided a report expressing national security concerns. No effort was made to put this evidence before the Court. However, on March 3, 2004, the Passport Office prepared an action memorandum, more fully described in paragraph 22.

[17] On April 5, 2004, the applicant applied to the Canadian Passport Office for a replacement passport. He submitted all the required documents to the Passport Office in support of his application. In all respects, his application was in accordance with the *Canadian Passport Order* and there was no known basis upon which to refuse his application.

[18] The issuance and revocation of Canadian passports has been governed since 1981 by the *Canadian Passport Order* issued by the Governor in Council to replace the *Canadian Passport Regulations* [C.R.C., c. 641]. At the time, a passport could be refused on the following grounds:

9. The Passport Office 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

[14] Des renseignements figurant aux dossiers et montrant l'existence de liens entre les membres de la famille Khadr et Al-Qaida ont fait craindre au Bureau des passeports que la délivrance de passeports à des membres de cette famille pourrait constituer un danger pour la sécurité nationale du Canada.

[15] Pour ce qui est du demandeur à cet égard, il n'y a aucune preuve du fait que les autorités canadiennes ont pris la moindre mesure pour révoquer des passeports déjà délivrés. Un passeport pouvait être révoqué pour les mêmes motifs qu'il pouvait être refusé en vertu du *Décret sur les passeports canadiens* en sa version d'alors.

[16] Le défendeur déclare que des représentants du ministère des Affaires étrangères et du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) se sont réunis pour discuter de la délivrance de passeports, et que le SCRS a fourni un rapport faisant état de sources d'inquiétude pour la sécurité nationale. On n'a pas tenté de présenter à la Cour une preuve à cet égard. Le Bureau des passeports a toutefois préparé un mémoire à des fins d'intervention, en date du 3 mars 2004, décrit de manière plus détaillée au paragraphe 22.

[17] Le 5 avril 2004, le demandeur a demandé au Bureau canadien des passeports de lui délivrer un passeport de remplacement. Il a remis au Bureau tous les documents requis au soutien de sa demande. La demande était conforme à tous égards au *Décret sur les passeports canadiens* et il n'existait aucun motif connu pour la rejeter.

[18] La délivrance et la révocation des passeports est régie depuis 1981 par le *Décret sur les passeports canadiens*, pris par le gouverneur en conseil en remplacement du *Règlement sur les passeports canadiens* [C.R.C., ch. 641]. À l'époque, les motifs de refus de délivrance étaient les suivants :

9. Le Bureau des passeports peut refuser de délivrer un passeport à un 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

- | | |
|--|--|
| <p>(i) in the application for a passport, or</p> <p>(ii) pursuant to section 8;</p> <p>(b) stands charged in Canada with the commission of an indictable offence;</p> <p>(c) stands charged outside Canada with the commission of any offence that would, if committed in Canada, constitute an indictable offence;</p> <p>(d) is serving a term of imprisonment or is forbidden to leave Canada by</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) the terms and conditions of any parole or mandatory supervision imposed under or by virtue of the <i>Parole Act</i>,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) the conditions of a probation order made under the <i>Criminal Code</i>, or</p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) the conditions of the grant of a temporary absence without escort from a prison or penitentiary;</p> <p>(e) has been convicted of an offence under section 58 of the <i>Criminal Code</i>;</p> <p>(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</p> <p>(g) has been issued a passport that has not expired and has not been revoked or whose name is included in such a passport.</p> | <p>(i) dans la demande de passeport, ou</p> <p>(ii) selon l'article 8;</p> <p>b) est accusé au Canada d'un acte criminel;</p> <p>c) est accusé dans un pays étranger d'avoir commis une infraction qui constituerait un acte criminel si elle était commise au Canada;</p> <p>d) purge une peine d'emprisonnement ou est frappé de l'interdiction de quitter le Canada</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) selon les modalités découlant d'une libération conditionnelle ou d'une libération sous surveillance obligatoire imposée en vertu de la <i>Loi sur la libération conditionnelle de détenus</i>,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) selon les dispositions d'une ordonnance de probation établie en vertu du <i>Code criminel</i>, ou</p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) selon les conditions régissant une absence temporaire sans escorte d'une prison ou d'un pénitencier;</p> <p>e) a été déclaré coupable d'un acte criminel selon l'article 58 du <i>Code criminel</i>;</p> <p>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</p> <p>g) détient un passeport ou dont le nom est inscrit dans un passeport qui n'est pas expiré et n'a pas été révoqué.</p> |
|--|--|

[19] The applicant has not been charged with any offence in Canada or any other nation, has never been convicted of any crime or served any term of imprisonment and is not indebted to the Crown for expenses related to repatriation to Canada. There were no stated grounds upon which to refuse to issue the passport.

[19] Le demandeur n'a été inculpé d'aucune infraction, au Canada ou ailleurs, non plus qu'il n'a été reconnu coupable d'un crime quelconque ni n'a purgé la moindre peine, et il n'a aucune dette envers la Couronne par suite des dépenses engagées en vue de son rapatriement au Canada. Il n'y avait aucun motif à l'appui du refus de lui délivrer un passeport.

[20] In the face of what officials obviously saw as a forthcoming undesirable public reaction, the Passport Office issued an action memorandum dated March 3, 2004 (one month before the applicant's passport application filing) signed by the Deputy Minister and two Assistant Deputy Ministers. The version before the Court of this memorandum and related subsequent documents are severely redacted.

[20] Face à la réaction non souhaitable à laquelle il s'attendait manifestement de la part du public, le Bureau des passeports a produit un mémoire à des fins d'intervention daté du 3 mars 2004 (soit un mois avant le dépôt de la demande de passeport par le demandeur) signé par le sous-ministre et deux sous-ministres adjoints. La Cour est saisie d'une version du mémoire et des documents connexes ultérieurs rédigée sévèrement.

[21] This action memorandum, which recommended that the Minister refuse further passport issuance to the applicant in the interests of the national security of Canada, was signed by the Minister, indicating his decision to refuse passport issuance to the applicant. However, the applicant was initially advised by the Passport Office that it had been decided to deny Khadr's application, the clear implication being that the decision was made by the Passport Office in accordance with the *Canadian Passport Order*. It took the applicant some period of time to force out disclosure that the decision had actually been made by the Minister and not the Passport Office.

[22] The action memorandum sets out the rationale for the decision and contains the gravamen of the decision. The pertinent parts of the action memorandum state:

- “The Passport Office requires your approval or that of Cabinet, to formally refuse further passport issuance to . . . Abdurahman Khadr (they hold passports valid until November 2004) in the interests of the national security of Canada and the protection of Canadian troops in Afghanistan.”
- “National interests and national security are not listed in the *Canadian Passport Order* as grounds for the refusal of passport services. This limitation constrains passport officials but does not constrain the Crown.”
- “The Passport Office believes that denial of passport services to several members of the Khadr family (a family tree is attached) is warranted.”
- “Section 9 of the *Canadian Passport Order* (CPO) limits the right to refuse passport issuance to specific circumstances. Threats to national security are not within the scope of the CPO and as such the Passport Office has no legal justification to refuse to issue full validity passports to the Khadr family. A Canadian citizen must stand charged with an indictable offence

[21] Ce mémoire, dans lequel on recommandait au ministre de refuser de délivrer de nouveau un passeport au demandeur dans l'intérêt de la sécurité nationale du Canada, était signé par le ministre et faisait état de sa décision de refuser une telle délivrance. M. Khadr avait toutefois été initialement avisé par le Bureau des passeports qu'on avait décidé de rejeter sa demande, ce qui laissait clairement entendre que cette décision avait été prise par le Bureau des passeports lui-même, en conformité avec le *Décret sur les passeports canadiens*. Il a fallu un certain temps au demandeur pour qu'on lui révèle que la décision avait en fait été prise par le ministre, et non par le Bureau.

[22] Le mémoire énonce une justification de la décision, tout en exposant le fondement. Voici les extraits pertinents du mémoire :

[TRADUCTION]

- « Le Bureau des passeports requiert votre autorisation, ou celle du Cabinet, en vue de refuser en bonne et due forme de délivrer un nouveau passeport à [. . .] Abdurahman Khadr (ils disposent de passeports valides jusqu'en novembre 2004) dans l'intérêt de la sécurité nationale du Canada et pour protéger les troupes canadiennes en Afghanistan. »
- « Les intérêts nationaux et la sécurité nationale ne figurent pas dans le *Décret sur les passeports canadiens* comme motifs de refus d'accorder les services de passeport. Cela vient restreindre les pouvoirs des fonctionnaires des passeports mais non de la Couronne. »
- « Le Bureau des passeports estime justifié de ne pas accorder de services de passeport à plusieurs des membres de la famille Khadr (on trouvera ci-joint un arbre généalogique). »
- « L'article 9 du *Décret sur les passeports canadiens* (DPC) restreint, dans les circonstances qui y sont précisées, le droit de refuser de délivrer un passeport. Les menaces à la sécurité nationale ne sont pas visées par le DPC et, à ce titre, le Bureau des passeports ne peut s'appuyer sur aucune justification légale pour refuser de délivrer à la famille Khadr des passeports à

(such as terrorist activity or affiliation) in order to refuse or revoke a passport under the CPO.”

• “However, in the interim, the Passport Office is unable to support Canadian government interests in cases where a subject is a threat to national security or is a person of interest to other agencies.”

• “Further, if the refusal of passports were subjected to judicial review before the Federal Court, it is doubtful that a court would be satisfied with a bald assertion by the Passport Office alone that the members of the Khadr family are the subject of a national security investigation. The Passport Office must have documentation from source agencies on file, including any sensitive intelligence prior to the Minister taking the decision to refuse passport issuance. The Passport Office now holds that documentation from CSIS on file.”

• “The *Canada Evidence Act* provides a mechanism by which a prohibition order can be obtained from the court to prevent disclosure of information, that, if made public, would encroach on the public interest, in this case national security.” (As it stands, none of this evidence has been presented, and no such prohibition order sought. The Court is largely left with the “bald assertions”. There is evidence of a general concern about misuse of Canadian passports and the activities of members of the Khadr family. However, there is nothing that singularly addresses the applicant as distinct from other members of his family.)

• Lastly—“We believe the implications of providing passports to the high risk members of the Khadr family are significant in terms of ‘Canada-U.S. relations’. Given the circumstances described, it seems likely that the Canadian public and the American government would be highly critical of full passport services being

durée de validité maximale. Un citoyen canadien doit être accusé d’un acte criminel (comme des activités terroristes ou l’appartenance à un groupe terroriste) pour qu’il y ait refus ou révocation de passeport en vertu du DPC. »

• « Dans l’intervalle, toutefois, le Bureau des passeports n’est pas en mesure de soutenir les intérêts du gouvernement canadien lorsqu’un individu constitue une menace pour la sécurité nationale ou est une personne d’intérêt pour d’autres organismes. »

• « En outre, si le refus d’un passeport faisait l’objet d’un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, il est douteux qu’un juge puisse être convaincu par la simple affirmation émanant du seul Bureau des passeports que les membres de la famille Khadr sont visés par une enquête en matière de sécurité nationale. Le Bureau des passeports doit disposer dans ses dossiers de documents de l’organisme d’où provient l’information, notamment tout renseignement délicat antérieur à la prise par le ministre de la décision de refuser la délivrance du passeport. Le Bureau des passeports dispose actuellement dans ses dossiers de tels documents du SCRS. »

• « La *Loi sur la preuve au Canada* établit un mécanisme permettant d’obtenir du tribunal une ordonnance qui interdise de divulguer des renseignements lorsque cela serait contraire à l’intérêt public, en l’occurrence la sécurité nationale. » (À ce jour, aucune pareille preuve n’a été présentée et aucune pareille ordonnance d’interdiction n’a été demandée. La Cour se retrouve essentiellement devant de « simples affirmations ». Il y a une preuve quant à des préoccupations générales relativement au mauvais usage de passeports canadiens et aux activités de membres de la famille Khadr. Rien ne porte toutefois expressément sur le demandeur en tant qu’individu distinct de cette famille.)

• Finalement—« Nous estimons que la délivrance de passeports aux membres à haut risque de la famille Khadr aurait des répercussions importantes sur les “relations canado-américaines”. Étant donné la situation décrite ci-dessus, il semble vraisemblable que le public canadien et le gouvernement américain verraient d’un

provided to this family.”

[23] In summary, the unestablished national security concern, coupled with the concerns for the approbation of an ally and the Canadian public, was the shoal upon which the interests of a Canadian citizen in obtaining his passport foundered.

[24] By letter of April 16, 2004 from the Chief Executive Officer of the Passport Office, the applicant was informed that his application was denied. The letter did not state the grounds for the denial, the identity of the person who made the decision or the legal authority on which the decision was based.

[25] On September 1, 2004, the Governor General in Council enacted an *Order Amending the Canadian Passport Order* [SI/2004-113], including the following amendments:

3. . . .

(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.

. . .

5. . . .

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.

IV. ISSUES

[26] The issues arising in this case have been described earlier in paragraph 3.

V. ANALYSIS

A. Court Jurisdiction

(1) Justiciability

[27] In the current case, this is an exercise of the Crown prerogative outside any statutorily based

très mauvais œil qu’on fournisse aux membres de la famille Khadr de pleins services de passeport. »

[23] En résumé, la préoccupation non démontrée quant à la sécurité nationale, en plus des préoccupations ayant trait à l’approbation d’un allié et du public canadien, ont été l’écueil sur lequel a échoué l’intérêt d’un citoyen canadien de se voir délivrer son passeport.

[24] On a informé le demandeur, par lettre datée du 16 avril 2004 du président-directeur général du Bureau des passeports, que sa demande de passeport était rejetée. Les motifs du refus, l’identité du décisionnaire et le fondement légal de la décision n’étaient pas précisés dans la lettre.

[25] Le 1^{er} septembre 2004, le gouverneur général en conseil a promulgué le *Décret modifiant le Décret sur les passeports canadiens* [TR/2004-113], lequel prévoit notamment les modifications suivantes :

3. [. . .]

(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.

[. . .]

5. [. . .]

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.

IV. LES QUESTIONS EN LITIGE

[26] Les questions soulevées dans la présente affaire ont déjà été décrites au paragraphe 3 ci-dessus.

V. ANALYSE

A. Compétence de la Cour

1) Question justiciable

[27] Il s’agit en l’espèce d’une prérogative de la Couronne exercée en l’absence d’un pouvoir

discretion. The first question then is whether this particular exercise of the Crown prerogative is subject to judicial review. If so, the second question is whether the Federal Court has jurisdiction to conduct that review.

[28] In *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, the Supreme Court of Canada held that where the Crown prerogative violates an individual's rights provided under the Charter, then that exercise of the prerogative can be reviewed by the Court.

[29] At about the same time, the House of Lords in the case of *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.) [at paragraph 42] expanded the areas of the Crown prerogative which may be subject to judicial review to include situations where the prerogative power affected rights either by altering an individual's legal rights and obligations or by affecting the individual's legitimate expectations:

To qualify as a subject for judicial review the decision must have consequences which affect some person (or body of persons) other than the decision-maker, although it may affect him too. It must affect such other person either:

(a) by altering rights or obligations of that person which are enforceable by or against him in private law; or

(b) by depriving him of some benefit or advantage which either (i) he has in the past been permitted by the decision-maker to enjoy and which he can legitimately expect to be permitted to continue to do until there has been communicated to him some rational ground for withdrawing it on which he has been given an opportunity to comment; or (ii) he has received assurance from the decision-maker [that the benefit or advantage] will not be withdrawn without giving him first an opportunity of advancing reasons for contending that they should not be withdrawn.

[30] It is well to bear in mind that in the U.K., the doctrine of legitimate expectations creates substantive and procedural rights whereas in Canada the Supreme Court has limited the principle to the protection of

discrétionnaire quelconque conféré par la loi. La première question à trancher est, par conséquent, celle de savoir si l'exercice en cause de la prérogative de la Couronne est ou non susceptible de contrôle judiciaire. Dans l'affirmative, la seconde question a alors trait à la compétence de la Cour fédérale pour procéder à ce contrôle.

[28] Dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, la Cour suprême du Canada a statué que, lorsque l'exercice de la prérogative de la Couronne enfreint les droits garantis par la Charte à une personne, cet exercice est assujéti au contrôle de la Cour.

[29] À peu près à la même époque, la Chambre des lords, dans l'affaire *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.) [au paragraphe 42], a élargi les champs où la prérogative de la Couronne pouvait être assujéti au contrôle judiciaire, pour que puissent être visées les situations où la prérogative porte atteinte aux droits d'un individu, soit en modifiant ses droits et obligations juridiques, soit en portant atteinte à ses attentes légitimes :

[TRADUCTION] Pour être susceptible de contrôle judiciaire, la décision doit avoir des conséquences qui touchent une personne (ou un groupe de personnes) mis à part le décisionnaire, quoique celui-ci puisse également être touché. La décision doit toucher cette personne soit :

a) en modifiant des droits ou des obligations de cette personne, que cette dernière peut opposer ou qu'on peut lui opposer en droit privé, soit

b) en la privant d'un avantage alors que, soit (i) le décisionnaire lui a permis dans le passé de jouir de cet avantage et la personne peut s'attendre légitimement à continuer de pouvoir en jouir jusqu'à ce qu'on lui fasse part d'un motif rationnel pour lui retirer cet avantage, motif à l'égard duquel on lui donne l'occasion de formuler des commentaires, soit (ii) le décisionnaire a assuré à la personne qu'on ne lui retirerait pas [cet avantage] sans d'abord lui fournir l'occasion de faire valoir des motifs à l'encontre d'un retrait.

[30] Il y a lieu de se rappeler à cet égard qu'au Royaume-Uni, la doctrine des attentes légitimes crée des droits matériels aussi bien que procéduraux alors qu'au Canada, la Cour suprême a restreint l'application du

procedural rights (*Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281). This Court is therefore constrained by the more limited application in this country of the principle of legitimate expectation.

[31] In the context of the Crown prerogative, Laskin J.A. in *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215 (C.A.), a case involving the award (or non-award) of honours by the Crown, held that a matter is justiciable and amenable to judicial review if its subject-matter affects the rights or legitimate expectations of an individual [at paragraph 51]:

Under the test set out by the House of Lords, the exercise of the prerogative will be justiciable, or amenable to the judicial process, if its subject matter affects the rights or legitimate expectations of an individual. Where the rights or legitimate expectations of an individual are affected, the court is both competent and qualified to judicially review the exercise of the prerogative.

[32] I adopt Justice Laskin's rationale in respect of justiciability. In the instant case the applicant raises both Charter and legitimate expectation arguments. Most importantly, the subject-matter, the granting of a single passport to an individual (in contrast to a matter of great state policy such as war or treaty making), is readily justiciable. The issue then becomes under what grounds can the matter be reviewed. I do not understand Justice Laskin's comments to extend to creating protection of substantive rights under the principle of legitimate expectation.

[33] In *Black*, above, the Court of Appeal, in what is clearly *obiter*, proceeded to expound on the very issue of passports. It made the point that common sense dictates that a refusal to issue a passport for an improper purpose or without affording a person procedural fairness should be judicially reviewable.

principe à la protection des seuls droits procéduraux (*Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281). La Cour doit par conséquent se conformer à l'application plus restreinte dans notre pays du principe des attentes légitimes.

[31] En ce qui concerne la prérogative de la Couronne, le juge Laskin a statué, dans *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215 (C.A.), une affaire concernant l'octroi (ou le non-octroi) de distinctions par la Couronne, qu'une question est justiciable et susceptible de contrôle judiciaire si son objet porte atteinte aux droits ou aux attentes légitimes d'un individu [au paragraphe 51] :

[TRADUCTION] Selon le critère établi par la Chambre des lords, l'exercice de la prérogative sera justiciable, ou susceptible de contrôle judiciaire, si ce qui est visé porte atteinte aux droits ou aux attentes légitimes d'un individu. Dans un tel cas, la cour est à la fois compétente pour soumettre l'exercice de la prérogative au contrôle judiciaire et qualifiée pour le faire.

[32] Je souscris au raisonnement du juge Laskin relatif à la question justiciable. Dans l'affaire qui nous occupe, le demandeur avance des arguments fondés tant sur la Charte que sur le principe des attentes légitimes. Plus important encore, l'objet concerné, soit la délivrance d'un passeport à un seul individu (plutôt qu'une question mettant en jeu une politique majeure de l'État, comme une guerre ou la conclusion de traités) est d'emblée justiciable. Et ce qu'il faut dès lors se demander, c'est pour quels motifs il pourrait y avoir lieu de soumettre la question au contrôle judiciaire. Or, selon ce que je comprends de ses commentaires, le juge Laskin n'a pas voulu élargir la portée du principe des attentes légitimes jusqu'à protéger les droits substantifs.

[33] Dans *Black*, précité, la Cour d'appel s'est ensuite exprimée, sous la forme manifestement d'un *obiter*, sur la question même des passeports. Elle a fait ressortir que, comme le veut le bon sens, le refus de délivrer un passeport dans un but irrégulier ou sans qu'il y ait équité procédurale pour l'intéressé devrait être susceptible de contrôle judiciaire.

[34] That Court then went on to discuss the basis upon which the refusal to issue a passport may be reviewed [at paragraph 54]:

In today's world, the granting of a passport is not a favour bestowed on a citizen by the state. It is not a privilege or a luxury but a necessity. Possession of a passport offers citizens the freedom to travel and to earn a livelihood in the global economy. In Canada, the refusal to issue a passport brings into play Charter considerations; the guarantee of mobility under s. 6 and perhaps even the right to liberty under s. 7. In my view, the improper refusal of a passport should, as the English courts have held, be judicially reviewable.

[35] While the Ontario Court of Appeal's comments must be considered *obiter* in *Black*, both because passports were not the subject of that case and because such a refusal is a matter for the Federal Court, it is not *obiter* in this case and I adopt it. The law is now that the refusal to issue a passport is justiciable—particularly where there are issues of Charter rights and questions of fairness and legitimate expectations—as are the issues in this case.

(2) Federal Court

[36] In *Black*, the Ontario Court of Appeal held that despite (or because of) section 2 of the *Federal Court Act*, there was a gap in jurisdiction in respect of the federal Crown prerogative. As a result, it concluded that a provincial superior court had jurisdiction over the exercise of federal Crown prerogative in certain limited circumstances. The pertinent part of subsection 2(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1] is as follows:

2. (1) In this Act,

...

“federal board, commission or other tribunal” means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers

[34] La Cour d'appel a traité ensuite du fondement éventuel du contrôle d'un refus de délivrance [au paragraphe 54] :

[TRADUCTION] De nos jours, la délivrance d'un passeport n'est pas une faveur faite par l'État à un citoyen. Il ne s'agit pas d'un privilège ou d'un luxe, mais plutôt d'une nécessité. Posséder un passeport rend un citoyen libre de voyager et de pouvoir gagner sa vie au sein d'une économie planétaire. Au Canada, le refus de délivrance fait entrer en jeu des éléments de la Charte, plus particulièrement la liberté de circulation garantie par l'article 6 et, peut-être même, le droit à la liberté prévu à l'article 7. Selon moi, le refus irrégulier de délivrer un passeport devrait être, comme l'ont statué les tribunaux anglais, susceptible de contrôle judiciaire.

[35] Bien qu'il faille considérer les commentaires de la Cour d'appel de l'Ontario comme étant un *obiter* dans *Black*, à la fois parce que l'affaire ne portait pas sur les passeports et parce qu'un refus de délivrance est une question relevant de la compétence de la Cour fédérale, ils n'ont pas un tel caractère d'*obiter* en l'espèce et je les fais miens. L'état du droit actuel, c'est que le refus de délivrer un passeport est justiciable, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, sont soulevées des questions de droits garantis par la Charte ainsi que d'équité et d'attentes légitimes.

2) La Cour fédérale

[36] Dans *Black*, la Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'en dépit (ou à cause) de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, il existait une lacune quant à la compétence de la Couronne fédérale en matière de prérogative. La Cour d'appel de l'Ontario a par conséquent conclu que les cours supérieures provinciales avaient compétence, dans certaines situations restreintes, relativement à l'exercice de la prérogative de la Couronne fédérale. La disposition pertinente du paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1] est la suivante :

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[. . .]

« office fédéral » Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou

conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*; [Emphasis added.]

des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. [Non souligné dans l'original.]

[37] The issue of jurisdiction turned on whether the Federal Court had exclusive jurisdiction under section 18 of the *Federal Court Act* where the exercise of the federal Crown prerogative is not exercised by means of an order.

[37] La question soulevée quant à la compétence était celle de savoir si la Cour fédérale avait ou non compétence exclusive aux termes de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* lorsque la prérogative de la Couronne fédérale n'est pas exercée au moyen d'une ordonnance.

[38] The Ontario Court of Appeal expressed concern that sections 2 and 18 of the *Federal Court Act* were efforts to oust the inherent jurisdiction of a provincial superior court. It therefore held that in subsection 2(1) of the *Federal Court Act*, the phrase "an order made pursuant to" modifies "by" and "under" and concluded that absent an order, the exercise of the federal Crown prerogative power may be reviewed by a provincial superior court. In other words, the exercise of the prerogative itself, absent an antecedent order, would not fall within the jurisdiction of the Federal Court.

[38] La Cour d'appel de l'Ontario a dit s'inquiéter qu'on ait tenté avec les articles 2 et 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* de priver les cours supérieures provinciales de leur compétence inhérente. Elle a par conséquent statué qu'à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, l'expression « *an order made pursuant to* » dans la version anglaise (« une ordonnance prise en vertu ») qualifie les mots « *by* » et « *under* » dans la version anglaise (tous deux rendus par le même mot « *par* » dans la version française) et conclu que, faute d'une ordonnance, l'exercice de la prérogative de la Couronne fédérale est susceptible de contrôle par une cour supérieure provinciale. Autrement dit, l'exercice même de la prérogative, en l'absence d'une ordonnance antérieure, échapperait à la compétence de la Cour fédérale.

[39] The counterargument, rejected by the Ontario Court of Appeal, was that "an order" related to "under" but not "by". This interpretation was said to be more consistent with the purpose of the *Federal Court Act* and avoided the "gap" in jurisdictional consistency created by the alternate interpretation.

[39] L'argument contraire, rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario, était que l'expression « *an order* » (« une ordonnance ») se rapportait à « *under* » mais non pas à « *by* ». On soutenait que cette interprétation était plus conforme à l'objet de la *Loi sur la Cour fédérale* et permettait d'éviter la « lacune » quant à la compétence découlant de l'autre l'interprétation.

[40] As a result of this jurisdictional issue, the Court asked the parties to address the issue of this Court's jurisdiction, although both parties had accepted that the Federal Court was the appropriate forum.

[40] En raison de cette question de compétence, la Cour a demandé aux parties de se prononcer sur la question de sa propre compétence, même si toutes deux avaient reconnu que la Cour fédérale était bien la juridiction compétente.

[41] The applicant submitted that the Minister's decision not to issue a passport was an "order" and therefore fell squarely within subsection 2(1). In the alternative, the applicant argued that, applying a purposive approach, the pure exercise of the prerogative would fall within subsection 2(1). The respondent takes a slightly different tack contending that the Minister's decision is a direct exercise of the prerogative power but that the Ontario Court of Appeal erred in *Black* and that under a purposive test, the Federal Court has the jurisdiction over the exercise of the federal Crown prerogative.

[42] It is my conclusion that the Federal Court has jurisdiction on both the grounds that there is an "order" and further that a purposive interpretation of the legislation indicates that Parliament intended the Federal Court to have exclusive jurisdiction over the exercise of the justiciable aspects of the federal exercise of the Crown prerogative. On the facts of this case, there is a decision which resulted in an order to deny the passport. The Minister's decision was carried out by an order to officials to deny the passport application. That order flows from the Minister's acceptance of the action memorandum. As such, it was an order made pursuant to the exercise of the Crown prerogative. It falls squarely within the exclusive jurisdiction of the Federal Court, as recognized in *Black*.

[43] However, even accepting the respondent's view that there was a direct exercise of the prerogative, this Court has jurisdiction. The Ontario Court of Appeal acknowledges that there were two reasonable interpretations of the relevant parts of subsection 2(1) of the *Federal Court Act*. When that situation occurs, a court must engage in a purposive approach to the legislation as mandated by the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21] and the Supreme Court of Canada.

[44] In interpreting the jurisdiction of the Federal Court set out in the *Federal Courts Act*, one must take

[41] Le demandeur a prétendu que la décision du ministre de ne pas délivrer de passeport était une « ordonnance » et tombait ainsi directement sous le coup du paragraphe 2(1). Le demandeur a avancé comme argument subsidiaire que, si on adopte une interprétation fondée sur l'objet visé, l'exercice pur et simple de la prerogative tomberait sous le coup du paragraphe 2(1). Le défendeur suit pour sa part une voie quelque peu différente, en soutenant que la décision du ministre constitue un exercice direct de la prerogative de la Couronne mais que, la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur dans *Black*, et qu'une interprétation fondée sur l'objet fait voir que la Cour fédérale a compétence relativement à l'exercice de la prerogative de la Couronne fédérale.

[42] J'en viens pour ma part à la conclusion que la Cour fédérale a compétence tant parce qu'il y a en l'espèce une « ordonnance », que parce qu'une interprétation fondée sur l'objet révèle que le législateur voulait que la Cour fédérale ait compétence exclusive quant aux éléments justiciables de l'exercice de la prerogative de la Couronne fédérale. En l'espèce, nous avons affaire à une décision qui a donné lieu à une ordonnance de refuser un passeport. La décision du ministre a été mise à exécution au moyen d'une ordonnance enjoignant à des fonctionnaires de rejeter la demande de passeport. Et cette ordonnance découle de l'aval donné par le ministre au mémoire à des fins d'intervention. À ce titre, il s'agissait d'une ordonnance prise dans l'exercice de la prerogative de la Couronne. Or, cela relève directement de la compétence exclusive de la Cour fédérale, comme on l'a reconnu dans *Black*.

[43] Toutefois, même si l'on admettait la prétention du défendeur selon laquelle il y a eu exercice direct de la prerogative, notre Cour aurait compétence. La Cour d'appel de l'Ontario reconnaît qu'il existe deux interprétations raisonnables possibles des dispositions pertinentes du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Lorsqu'elle fait face à une telle situation, une cour doit recourir à une interprétation fondée sur l'objet des dispositions législatives concernées, tel que le prescrivent la *Loi d'interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21] et la Cour suprême du Canada.

[44] Lorsqu'on interprète la compétence de la Cour fédérale en vertu des dispositions de *Loi sur les Cours*

a fair and liberal approach to the words as best achieves the objectives of the legislation. Section 12 of the *Interpretation Act* reads:

12. Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

[45] In *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465 (C.A.), Chief Justice Iacobucci (as he then was) described the purpose of the then *Federal Court Act* as [at page 481]:

The major purpose of this aspect of the *Federal Court Act* was to transfer the supervisory jurisdiction of federal boards and tribunals from provincial superior courts to the newly created Federal Court . . .

[46] The concern which was to be addressed by the expanded powers of the Federal Court (as it moved from the Exchequer Court) was to ensure consistency with respect to the exercise of justiciable federal powers. This was articulated by Desjardins J.A. in *Canada v. Tremblay*, [2004] 4 F.C.R. 165 (C.A.), [at paragraph 10]:

The Parliament of Canada thus ensured that federal boards, commissions or other tribunals, whose activities are spread across Canada, would not be subjected to potentially contradictory decisions from one province to the next. Henceforth, they would come under the superintending and reforming power of the Federal Court of Canada.

[47] In *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, Justice Bastarache addressed some of the jurisdictional issues raised in this judicial review. In *Black*, the Ontario Court of Appeal was concerned with what it saw as the ousting of superior court jurisdiction and therefore gave a narrow interpretation to the *Federal Court Act*. However, in *Canadian Liberty Net*, the Supreme Court cautioned against such approach—the inherent jurisdiction of a provincial superior court is to ensure that, absent some other court’s jurisdiction, there is always a court available to vindicate a right [at paragraph 32]:

fédérales, il convient de le faire de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de leur objet. L’article 12 de la *Loi d’interprétation* prévoit ainsi ce qui suit :

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

[45] Dans *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.), le juge en chef Iacobucci (tel était alors son titre) a décrit comme suit l’objet de la *Loi sur la Cour fédérale*, tel qu’elle était alors désignée [à la page 481] :

Cet aspect de la *Loi sur la Cour fédérale* avait principalement pour but de transférer à la Cour fédérale nouvellement créée le pouvoir de contrôle qu’exerçaient les cours supérieures des provinces sur les offices fédéraux [. . .]

[46] Ce qu’on visait en élargissant ainsi les pouvoirs de la Cour fédérale (auparavant la Cour de l’Échiquier), c’était d’assurer l’uniformité relativement à l’exercice des pouvoirs fédéraux justiciables. La juge Desjardins a ainsi exprimé ce principe dans *Canada c. Tremblay*, [2004] 4 R.C.F. 165 (C.A.) [au paragraphe 10] :

Le Parlement du Canada s’assurait ainsi que les offices fédéraux, dont les activités s’étendent à travers le Canada, ne soient pas soumis à des décisions, possiblement contradictoires, d’une province à l’autre. Ils relevaient dès lors du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour fédérale du Canada.

[47] Dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, le juge Bastarache s’est penché sur certaines des questions de compétence soulevées dans le cadre du présent contrôle judiciaire. Dans *Black*, la Cour d’appel de l’Ontario se souciait de ce qu’elle considérait être la perte de compétence des cours supérieures et elle a par conséquent donné une interprétation étroite à la *Loi sur la Cour fédérale*. Dans *Canadian Liberty Net*, toutefois, la Cour suprême a mis en garde contre une telle approche—la compétence inhérente dont disposent les cours supérieures provinciales a pour but d’assurer que, en l’absence de compétence d’une quelconque autre cour, il y ait toujours un tribunal disponible pour faire valoir un droit [au paragraphe 32] :

The notion of “inherent jurisdiction” arises from the presumption that if there is a justiciable right, then there must be a court competent to indicate the right. The issue addressed in *Board v. Board* was whether a failure to grant jurisdiction should be read as implicitly excluding jurisdiction. In that context, the doctrine of inherent jurisdiction requires that only an explicit ouster of jurisdiction should be allowed to deny jurisdiction to the superior court. In my view, the case does not stand for the fundamentally different proposition that statutes which purport to grant jurisdiction to another court should be read narrowly so as to protect the jurisdiction of the superior court. That is not the purpose of the doctrine of inherent jurisdiction, which is simply to ensure that a right will not be without a superior court forum in which it can be recognized.

[48] In the same vein, the Supreme Court adopted the fair and liberal interpretation of the *Federal Court Act* and cautioned against finding gaps unless the words clearly created them [at paragraph 34]:

But in my view, there is nothing in this articulation of the essentially remedial concept of inherent jurisdiction which in any way can be used to justify a narrow, rather than a fair and liberal, interpretation of federal statutes granting jurisdiction to the Federal Court. The legitimate proposition that the institutional and constitutional position of provincial superior courts warrants the grant to them of a residual jurisdiction over all federal matters where there is a “gap” in statutory grants of jurisdiction, is entirely different from the proposition that federal statutes should be read to find “gaps” unless the words of the statute explicitly close them. The doctrine of inherent jurisdiction raises no valid reasons, constitutional or otherwise, for jealously protecting the jurisdiction of provincial superior courts as against the Federal Court of Canada.

[49] Finally, the Supreme Court [at paragraph 36] underlined the intent of Parliament to grant to the Federal Courts general administrative jurisdiction over federal decision makers. I take this to mean all persons exercising powers conferred by statute or prerogative.

As is clear from the face of the *Federal Court Act*, and confirmed by the additional role conferred on it in other federal Acts, in this case the *Human Rights Act*, Parliament

La notion de « compétence inhérente » découle de la présomption qui veut que, s’il existe un droit justiciable, il doit alors exister un tribunal compétent permettant de le faire valoir. La question examinée dans *Board c. Board* était celle de savoir si l’absence d’une attribution de compétence devait être interprétée comme une exclusion implicite de compétence. Dans ce contexte, suivant la théorie de la compétence inhérente, seule une exclusion explicite de la compétence peut priver la cour supérieure de la compétence sur une question. À mon avis, cet arrêt n’étaye pas la proposition fondamentalement différente voulant que les lois censées conférer compétence à un autre tribunal doivent être interprétées strictement de manière à protéger la compétence de la cour supérieure. Il ne s’agit pas là de l’objet de la théorie de la compétence inhérente, qui est tout simplement d’éviter qu’un droit ne puisse être exercé faute d’une cour supérieure où il peut être reconnu.

[48] Dans la même veine, la Cour suprême a donné une interprétation juste et libérale à la *Loi sur la Cour fédérale* et a déconseillé aux tribunaux de conclure en l’existence de lacunes, à moins que cela ne ressorte clairement du texte législatif [au paragraphe 34] :

Toutefois, je suis d’avis que rien dans cet exposé de la notion essentiellement réparatrice de compétence inhérente ne peut être invoqué pour justifier une interprétation étroite, plutôt qu’une interprétation juste et libérale, des lois fédérales qui confèrent compétence à la Cour fédérale. La proposition légitime—selon laquelle la situation institutionnelle et constitutionnelle des cours supérieures provinciales justifie de leur reconnaître une compétence résiduelle sur toute matière fédérale en cas de « lacune » dans l’attribution législative des compétences—est entièrement différente de l’argument selon lequel il faut conclure à l’existence d’une « lacune » dans une loi fédérale à moins que le texte de cette loi ne comble explicitement la lacune en question. La théorie de la compétence inhérente ne fait ressortir aucun motif valable, d’ordre constitutionnel ou autre, justifiant de protéger jalousement la compétence des cours supérieures des provinces contre la Cour fédérale du Canada.

[49] La Cour suprême [au paragraphe 36], finalement, a souligné l’intention du législateur d’accorder aux Cours fédérales une compétence administrative générale sur les décisionnaires fédéraux. Cela désigne, selon moi, toutes les personnes qui exercent des pouvoirs conférés par la loi ou la prérogative.

Comme l’indique clairement le texte de la *Loi sur la Cour fédérale* et le confirme le rôle additionnel qui est confié à cette cour par d’autres lois fédérales, dans le présent cas la *Loi sur*

intended to grant a general administrative jurisdiction over federal tribunals to the Federal Court. Within the sphere of control and exercise of powers over administrative decision-makers, the powers conferred on the Federal Court by statute should not be interpreted in a narrow fashion. This means that where an issue is clearly related to the control and exercise of powers of an administrative agency, which includes the interim measures to regulate disputes whose final disposition is left to an administrative decision-maker, the Federal Court can be considered to have a plenary jurisdiction.

[50] This Court has previously, either expressly or by action, taken jurisdiction in matters involving the Crown prerogative. (See: *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2000] 1 F.C. 427 (T.D.); and *Copello v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, [2002] 3 F.C. 24 (T.D.)) However, the issue raised in *Black* has not been considered explicitly by this Court.

[51] With the greatest respect to the Ontario Court of Appeal and while I adopt that Court's conclusions on the justiciability of the Crown prerogative, on this issue of jurisdiction, I cannot concur.

[52] The provisions of the *Federal Courts Act* should be read purposefully to give effect to its objects and aims of the legislation, in this instance, subjecting the exercise of federal decision-making powers to this Court's supervisory jurisdiction. It is evident by the inclusion of a reference to the Crown prerogative that Parliament intends the Federal Court to have jurisdiction over justiciable matters of the exercise of that prerogative.

[53] It would be inconsistent with that intent that some aspect of the justiciable area of federal Crown prerogative could be truncated off to the jurisdiction of another court. That could lead to the very inconsistency of judicial decisions which the *Federal Courts Act* was designed to avoid.

[54] The *Federal Courts Act*, in particular subsection 2(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 15], is aimed at

les droits de la personne, le Parlement a voulu conférer à la Cour fédérale une compétence administrative générale sur les tribunaux administratifs fédéraux. Pour ce qui concerne son rôle de surveillance des décideurs administratifs, les pouvoirs confiés par une loi à la Cour fédérale à cet égard ne doivent pas être interprétés de façon restrictive. Cela signifie que, lorsqu'il s'agit d'une question relevant clairement de son rôle de surveillance d'un organisme administratif, ce qui inclut la prise de mesures provisoires visant à régir des différends dont l'issue finale est laissée au décideur administratif concerné, la Cour fédérale peut être considérée comme ayant plénitude de compétence.

[50] Déjà dans le passé, la Cour, que ce soit expressément ou en agissant en ce sens, s'est reconnue compétente dans des affaires mettant en cause la prérogative de la Couronne (voir : *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2000] 1 C.F. 427 (1^{re} inst.); et *Copello c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, [2002] 3 C.F. 24 (1^{re} inst.)). Toutefois, la Cour, n'a jamais explicitement examiné la question qui était soulevée dans *Black*.

[51] Avec tout le respect que je dois à la Cour d'appel de l'Ontario, tout en me ralliant aux conclusions de celle-ci sur le caractère justiciable de la prérogative de la Couronne, je ne puis me ranger à son avis sur la question de compétence.

[52] Il convient d'interpréter les dispositions de la *Loi sur les Cours fédérales* en se fondant sur le but visé de manière à ce que soit atteint son objet, soit en l'occurrence assujettir l'exercice de pouvoirs de décideurs fédéraux au contrôle de la Cour. Vu la mention de la prérogative de la Couronne, il est manifeste que le législateur voulait que la Cour fédérale ait compétence sur les questions justiciables liées à l'exercice de cette prérogative.

[53] Il serait incompatible avec une telle intention qu'un volet du champ justiciable de la prérogative de la Couronne fédérale puisse être retranché pour relever de la compétence d'une autre cour. Il pourrait en découler le manque même d'uniformité dans les décisions judiciaires que la *Loi sur les Cours fédérales* avait pour objet d'empêcher.

[54] L'objet de la *Loi sur les Cours fédérales*, particulièrement son paragraphe 2(1) [mod. par L.C.

control of the exercise of a federal power—that is, its central purpose—the means of exercise are secondary. The focus of the provision is the source of the power, be it Parliament or the executive. The alternate interpretation adopted by the Ontario Court of Appeal focuses attention on the means of the exercise not the source of the power.

[55] Finally, on this point, in the face of two acknowledged reasonable interpretations, a court must find the one which better accords with the purpose of the legislation, the intent of the section, and avoids inconsistency and problems. A “gap” should not be accepted where a reasonable interpretation resolves the issue of the gap. Therefore, in my view, by interpreting subsection 2(1) in this manner, one must conclude that even where there is no order, the exercise of the federal Crown prerogative as the source of the power in the area of justiciable matters, is within the jurisdiction of the Federal Courts under subsection 2(1) and specifically assigned to the Federal Court under section 18.

B. Charter Issues

(1) Preliminary

[56] The applicant has, as indicated in paragraph 6, raised the issue of whether the Minister’s decision is contrary to sections 6 and 7 of the Charter. On the other hand, the respondent asks that the Court exercise its discretion not to decide the issue because of the inadequacy of the record before the Court upon which to make such a determination.

[57] The respondent’s concern for the record is two-fold. Firstly, the respondent acknowledges that the applicant was not treated fairly because he did not have a chance to address the new grounds for denial of a passport—national security. This assumes that the Minister had the right to create this new ground outside the bounds of the *Canadian Passport Order*. Secondly, the respondent says that it has not put forward sufficient section 1 Charter evidence to demonstrate that any breach of a Charter right is justified.

2002, ch. 8, art. 15], est d’assurer le contrôle sur l’exercice d’un pouvoir fédéral; c’est là son objet fondamental—les modes d’exercice sont de caractère secondaire. L’élément principal de la disposition, c’est la source du pouvoir, qu’il s’agisse du législateur ou de l’exécutif. L’autre interprétation, adoptée par la Cour d’appel de l’Ontario, est axée pour sa part sur le mode d’exercice et non la source du pouvoir.

[55] Pour en finir sur ce point, face à deux interprétations reconnues comme étant raisonnables, une cour doit trouver celle qui s’accorde le mieux avec l’objet de la loi et le but des dispositions en cause, tout en évitant les incohérences et les problèmes. Il ne faudrait pas accepter une « lacune » lorsqu’une interprétation raisonnable permet de régler la question. À mon avis, par conséquent, en interprétant le paragraphe 2(1) de cette manière, il y a lieu de conclure que même en l’absence d’une ordonnance, l’exercice de la prérogative de la Couronne fédérale en tant que source d’un pouvoir à l’égard de questions justiciables relève de la compétence des Cours fédérales prévue au paragraphe 2(1), et plus particulièrement conférée à la Cour fédérale par l’article 18.

B. Questions liées à la Charte

1) Remarques préliminaires

[56] Comme je l’ai mentionné au paragraphe 6, le demandeur a soulevé la question de savoir si la décision du ministre est contraire ou non aux articles 6 et 7 de la Charte. Le défendeur demande quant à lui à la Cour, d’exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas se prononcer sur cette question, parce que le dossier dont elle est saisie est trop peu étoffé pour pouvoir la trancher.

[57] Les préoccupations du défendeur au sujet du dossier sont de deux ordres. Il reconnaît, premièrement, que le demandeur n’a pas été traité équitablement puisqu’il n’a pas eu l’occasion de s’exprimer au sujet du nouveau motif de refus d’un passeport—la sécurité nationale. On présume de la sorte que le ministre avait le droit de créer ce nouveau motif, hors du cadre du *Décret sur les passeports canadiens*. Le défendeur déclare, deuxièmement, qu’il n’a pas présenté suffisamment d’éléments de preuve relativement à

[58] The simple response to that is that the respondent cannot deprive the applicant of his rights to a proper determination because of the respondent's failure to put forward proper evidence. The applicant must take the record as it is—not the record it would like. So too, the respondent has to take the record it created—it does not get a second chance to create a further and better record.

[59] With respect to section 1 evidence, the respondent gambled that the Charter arguments would be dismissed without the necessity of a section 1 analysis. Sometimes the gamble does not pay out.

[60] In this case, the section 1 analysis would be critical, particularly to the issue of whether the Crown prerogative, as interpreted by the respondent, is a matter “prescribed by law”. The respondent argues that the *Canadian Passport Order* does not limit the Crown in any way. It has argued that the Minister can add to or subtract from the grounds for refusal of a passport as it sees fit without notice or publication. In my view, if the argument is correct, it truly challenges the notion of “prescribed by law” because it takes an arbitrary and important power, the Crown prerogative, and allows it to operate secretly and arbitrarily.

[61] However, in this case, the applicant's rights can be addressed sufficiently under the doctrine of legitimate expectation. I therefore will not decide this case on Charter grounds raised in the application for judicial review because, as stated in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, “courts should refrain from dealing with Charter issues raised in an application for judicial review where it is unnecessary to do so”. I will, nevertheless, address the Charter arguments as they give context and importance to the legitimate expectations of this applicant and any other applicant for a passport.

l'article premier de la Charte en vue de démontrer que, s'il y a atteinte à tout droit garanti par la Charte, cette atteinte est justifiée.

[58] On peut répondre simplement à cela que le défendeur ne peut priver le demandeur de son droit à une décision équitable en raison de son propre défaut de présenter une preuve valable. Le demandeur doit se débrouiller avec le dossier tel qu'il est et non tel qu'il souhaiterait qu'il soit. Et il en est de même pour le défendeur, qui doit accepter le dossier tel qu'il l'a créé; il ne dispose pas d'une deuxième occasion de créer un dossier nouveau et amélioré.

[59] Pour ce qui est de la preuve relative à l'article premier, le défendeur a misé sur le fait que les arguments liés à la Charte seraient rejetés sans que soit nécessaire une analyse fondée sur l'article premier. Parfois on perd en misant de la sorte.

[60] En l'espèce, l'analyse fondée sur l'article premier serait essentielle, au regard particulièrement de la question de savoir si la prérogative de la Couronne, tel que l'interprète le défendeur, est ou non une « règle de droit ». Le défendeur soutient que le *Décret sur les passeports canadiens* n'impose aucune restriction quelconque à la Couronne. Il prétend que le ministre peut ajouter ou soustraire des motifs à ceux prévus pour le refus de passeports, selon son gré, sans avis ni publication. Selon moi, si cet argument était fondé, cela mettrait sérieusement en cause la notion de la « règle de droit », puisque cela permettrait qu'un important pouvoir arbitraire, la prérogative de la Couronne, puisse être exercé de manière secrète et arbitraire.

[61] En l'espèce toutefois, la doctrine de l'attente légitime suffit pour se prononcer sur les droits du demandeur. Je ne trancherai donc pas la présente affaire en me fondant sur les motifs découlant de la Charte invoqués dans la demande de contrôle judiciaire puisque, comme la Cour suprême l'a déclaré dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, les « tribunaux devraient s'abstenir de traiter de questions liées à la Charte soulevées dans une demande de contrôle judiciaire lorsque cela n'est pas nécessaire ». Je vais néanmoins traiter des arguments fondés sur la Charte

parce qu'ils éclairent le contexte où s'inscrivent les attentes légitimes du demandeur et de tout autre demandeur de passeport, et qu'ils montrent l'importance de ces attentes.

(2) Section 6—Mobility Rights

[62] Section 6 gives to citizens a right to enter, remain in and leave Canada. A passport plays a role in two out of three of the rights accorded under section 6. The Ontario Court of Appeal in *Black* [at paragraph 54] captured the modern approach to passports when it said, “[i]n today’s world, the granting of a passport is not a favour bestowed on a citizen by the state. It is not a privilege or a luxury but a necessity”.

[63] The right to leave Canada is a hollow right if it cannot be exercised in a meaningful way due to the actions of the Canadian government directed against an individual or group of individual citizens. At the time of the hearing, 201 countries required Canadians to carry passports to enter their country: these include some of the countries with whom Canadians have the closest personal and business relations such as France, England, Australia and New Zealand.

[64] Virtually everyone in Canada is aware of the current issue with the United States which may result in Canadians being required to carry passports for travel to the United States. The passport is becoming the primary international travel document for much of the world. It symbolizes not only the ability to travel but one’s identity and nationality. It has gone long past the point of a form of diplomatic communication only.

[65] Applied at an individual level, it is no answer to say that it is not the Canadian government which prevents one from leaving Canada when a passport is denied, that the responsibility is solely that of the foreign country which requires it. If that were correct, the right to leave would in any realistic sense in today’s world, be subject to the will of the Canadian

2) Article 6—la liberté de circulation

[62] L’article 6 confère à tout citoyen le droit de demeurer au Canada, d’y entrer et d’en sortir. Le passeport joue un rôle quant à deux des trois droits ainsi garantis à l’article 6. Dans *Black* [au paragraphe 54], la Cour d’appel de l’Ontario a bien compris la façon moderne de concevoir les passeports lorsqu’elle a déclaré : [TRADUCTION] « [d]e nos jours, la délivrance d’un passeport n’est pas une faveur faite par l’État à un citoyen. Il ne s’agit pas d’un privilège ou d’un luxe, mais bien d’une nécessité ».

[63] Le droit de sortir du Canada est sans signification s’il ne peut valablement être exercé en raison d’actions du gouvernement canadien qui visent un individu ou un groupe d’individus. Au moment de l’audience, 201 pays exigeaient des Canadiens qu’ils aient avec eux leur passeport pour pouvoir traverser leurs frontières. On compte parmi ces pays certains de ceux avec lesquels les Canadiens ont les relations d’affaires et personnelles les plus étroites, comme la France, l’Angleterre, l’Australie et la Nouvelle-Zélande.

[64] Pratiquement tout le monde au Canada est au courant du désaccord actuel avec les États-Unis qui pourrait résulter en la nécessité pour les Canadiens d’avoir un passeport pour se rendre dans ce pays. Le passeport est en train de devenir le principal titre de voyage international dans la plupart des pays du monde. Il symbolise non seulement la capacité de voyager mais également l’identité et la nationalité de son détenteur. Il ne s’agit plus seulement d’un mode de communication diplomatique.

[65] À l’échelle individuelle, on ne règle pas la question en disant que ce n’est pas le gouvernement canadien qui empêche un citoyen de sortir du pays en lui refusant un passeport, et que la responsabilité en incombe uniquement au pays étranger qui exige ce titre de voyage. Si une telle assertion était exacte, le droit de sortir du pays serait, au plan pratique dans le monde

government. To accept this interpretation is to give a narrow and technical meaning to a Charter right.

[66] In *United States of America v. Cotroni; United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469, the Supreme Court [at page 1482], in the context of an extradition case, held that the “central thrust of s. 6(1) is against exile and banishment, the purpose of which is the exclusion of membership in the national community”. The Supreme Court found that the primary purpose of subsection 6(1) was to guarantee the right to remain in Canada. However, I do not interpret that decision as holding that that is all that subsection 6(1) is designed to protect. If that were the case, Parliament would never have enshrined a right to leave Canada but merely have prohibited expulsion.

[67] Recognizing that the issuance of a passport is an aspect of subsection 6(1) rights does not impose on the Canadian government any corresponding duty to conduct its international affairs (matters of high policy and not justiciable) in any particular manner so as not to adversely affect the movement of people across borders. Nor does the statement that a passport is property of the Government of Canada lessen the interest of a citizen in holding a passport; it does, however, prevent foreign governments from seizing the passport and gives a measure of security to Canada’s citizens.

[68] The Canadian government in its own published materials recognizes the importance of a passport even for entry into Canada. While this is not strictly accurate as, by law, proof of citizenship, birth certificate or other such documents is sufficient, the government’s own publications and advice to travellers underscores the importance of a passport.

[69] Although the Court will not make a final determination on the section 6 argument, it is evident that access to a passport is a manifestation of the exercise of a Charter right. The right to leave Canada is

actuel, assujéti à la volonté du gouvernement canadien. Souscrire à une telle interprétation serait donner un sens étroit et technique à un droit garanti par la Charte.

[66] Dans l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Cotroni; États-Unis d’Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469, la Cour suprême du Canada [à la page 1482] a statué, dans une affaire d’extradition, que « le par. 6(1) vise à protéger contre l’exil et le bannissement qui ont pour objet l’exclusion de la participation à la communauté nationale ». La Cour suprême a conclu que l’objet premier du paragraphe 6(1) était de garantir le droit de demeurer au Canada. Selon mon interprétation, toutefois, la Cour suprême n’a pas statué dans cet arrêt que c’était là tout ce que le paragraphe 6(1) vise à garantir. Si tel avait été le cas, le législateur n’aurait jamais consacré dans la Charte le droit de sortir du Canada, mais aurait simplement interdit l’expulsion.

[67] Reconnaître que la délivrance d’un passeport constitue un aspect des droits garantis au paragraphe 6(1) n’impose pas au gouvernement canadien une quelconque obligation corrélative de mener ses relations internationales (des questions hautement politiques non justiciables) d’une manière particulière afin que ne soit pas entravé le déplacement des gens hors des frontières. De même, déclarer qu’un passeport est la propriété du gouvernement canadien ne réduit en rien l’intérêt pour un citoyen de détenir un passeport; cela empêche cependant les gouvernements étrangers de saisir le passeport et accorde une certaine sécurité aux citoyens du Canada.

[68] Dans ses propres documents publiés, le gouvernement canadien reconnaît l’importance d’un passeport, même aux fins de l’entrée au Canada. Bien que cela ne soit pas rigoureusement exact puisque, en droit, une preuve de citoyenneté, un certificat de naissance ou un autre document semblable suffit, les propres publications et avertissements aux voyageurs du gouvernement font ressortir l’importance qu’a le passeport.

[69] Bien que la Cour ne rendra pas de décision finale quant à l’argument fondé sur l’article 6, il est évident que l’accès à un passeport est une manifestation de l’exercice d’un droit garanti par la Charte. Le droit de

a sufficiently important aspect of an individual's freedom that any exercise of power which has an impact on that Charter value must be held to a high standard—of fairness—of review.

[70] In my view, the greater the importance of the right or interest, the higher the standard of fairness which will be imposed. The importance of a passport means that the principle of fairness—of which legitimate expectation is one—must be closely and rigorously adhered to.

(3) Section 7—Liberty

[71] The applicant argues that the denial of a passport constitutes being deprived of liberty, in a manner not in accordance with principles of fundamental justice. The applicant also submits that the decision of the Minister, since it was done in a clandestine manner and was not based upon an articulated law, should be found constitutionally vague as it so lacks in precision that it does not give sufficient guidance for legal debate.

[72] While it is true that the Minister's decision is procedurally unfair (some aspects of that unfairness are admitted) and therefore potentially contrary to the principles of fundamental justice, there must first be a finding of a violation of the right to liberty.

[73] Liberty includes more than freedom from physical restraint; it includes personal autonomy. It is fairly arguable that if choosing where to establish one's home is a quintessentially private decision going to the very heart of personal or individual autonomy, as held in *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at paragraph 66, so too is the choice of where to go either in or outside Canada.

[74] However, *Godbout*, above, makes clear that the section 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence.

sortir du Canada est un aspect suffisamment important de la liberté de tout individu pour que l'exercice d'un pouvoir qui a une incidence sur cette valeur consacrée par la Charte appelle une norme élevée de contrôle—soit le caractère équitable.

[70] À mon avis, plus le droit ou l'intérêt en cause est important, plus la norme du caractère équitable sera élevée. Il faut donc, vu l'importance d'un passeport, observer avec grande rigueur le principe d'équité—dont l'attente légitime constitue un élément.

3) Article 7—la liberté

[71] Le demandeur soutient que lui refuser un passeport le prive de sa liberté, ce qui est contraire aux principes de justice fondamentale. Il soutient également que la décision du ministre, prise clandestinement et sans fondement juridique exprès, souffre d'une telle imprécision inconstitutionnelle qu'elle ne peut constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire.

[72] Bien qu'il soit exact que la décision du ministre est inéquitable au plan de la procédure (certains aspects de ce caractère inéquitable sont d'ailleurs reconnus) et pourrait ainsi être contraire aux principes de justice fondamentale, il faut qu'on en vienne d'abord à la conclusion qu'il y a eu une violation du droit à la liberté.

[73] La liberté, c'est davantage que d'échapper à la contrainte physique; cela comprend aussi l'autonomie personnelle. On pourrait assez facilement soutenir que, si le choix du lieu de résidence est une décision essentiellement privée qui tient de la nature même de l'autonomie personnelle, comme il a été statué dans *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844 au paragraphe 66, il en va de même pour le choix d'entrer au Canada ou d'en sortir.

[74] Il ressort toutefois clairement de l'arrêt *Godbout*, précité, que le droit à la liberté garanti par l'article 7 vise uniquement les questions qui peuvent à juste titre être qualifiées de fondamentalement ou d'essentiellement personnelles et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence

[75] The ability to travel where and when one wants outside Canada does not strike at that basic value of individual dignity and independence. I say this because the matter of choice to leave Canada is enshrined in section 6 of the Charter. If one provision of the Charter covers a specific freedom, other sections of the Charter should not be presumed to cover the same freedom. There is a presumption against redundancies in legislation. The denial of a passport, while limiting the right to leave Canada, is not tantamount to making one a prisoner in one's own country. As such, I would not consider that the right to leave Canada constitutes a section 7 right to liberty.

(4) Section 1

[76] As this matter can be determined on administrative law grounds, I have made no finding as to a violation of a Charter right. Therefore, it is unnecessary to perform a full Charter section 1 analysis. The analysis of sections 6 and 7 of the Charter was important to provide context to the issue of the applicant's legitimate expectation and the principles of procedural fairness.

[77] However, the starting point of a section 1 consideration is that the limit on a Charter right be "prescribed by law". The *Canadian Passport Order* would qualify as a matter prescribed by law as it indicates the basis upon which the Crown prerogative will be exercised. The difficulty arising in this case is that the respondent contends that what is contained in the *Canadian Passport Order* can be ignored, and that the Minister can arbitrarily insert new grounds for refusal of a passport.

[78] The issue of whether the *Canadian Passport Order* and the Crown prerogative in this case meets section 1 is best left to another case with a more complete record.

même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles.

[75] La capacité de voyager quand et où on le désire à l'extérieur du Canada ne participe pas de cette valeur fondamentale de la dignité et de l'indépendance individuelles. Je l'affirme parce qu'on a consacré à l'article 6 de la Charte le droit au choix de sortir du Canada. Or, si une disposition de la Charte porte sur une liberté particulière, il y a lieu de présumer que les autres dispositions de la Charte ne visent pas cette même liberté. Il y a une présomption à l'encontre de la redondance dans la législation. Le refus de délivrer un passeport, s'il restreint le droit de sortir du Canada, n'équivaut pas à emprisonner l'intéressé dans son propre pays. À ce titre, je ne considère pas que le droit de sortir du Canada constitue un droit à la liberté garanti par l'article 7.

4) L'article premier

[76] Comme il est possible de trancher la présente affaire pour des motifs de droit administratif, je n'ai tiré aucune conclusion quant à la violation d'un droit garanti par la Charte. Il ne sera donc pas nécessaire de procéder à une analyse exhaustive fondée sur l'article premier. L'analyse portant sur les articles 6 et 7 de la Charte importait pour situer en contexte la question de l'attente légitime du demandeur et des principes d'équité procédurale.

[77] Le point de départ d'un examen fondé sur l'article premier, toutefois, c'est qu'un droit garanti par la Charte ne peut être restreint que « par une règle de droit ». On peut considérer que le *Décret sur les passeports canadiens* constitue une telle règle de droit parce qu'on y indique le fondement sur lequel sera exercée la prérogative de la Couronne. Ce qui pose toutefois problème en l'espèce, c'est la prétention du défendeur selon laquelle on peut faire abstraction des dispositions du Décret, et le ministre peut ajouter de nouveaux motifs de refus de délivrance d'un passeport.

[78] Il vaut mieux laisser à trancher dans une future affaire, au dossier plus étoffé, la question de savoir si, en l'espèce, le *Décret sur les passeports canadiens* et la prérogative de la Couronne respectent l'article premier.

C. Exhaustion of Crown prerogative

[79] The applicant submits that the *Canadian Passport Order* deprives the Minister of the authority to exercise the Crown prerogative over passports. The issues raised are:

- whether the *Canadian Passport Order* exhausts the Crown prerogative in the sense that there is no residual power to exercise the prerogative except by a new order; and
- if there is still some residual prerogative power, is it vested in the Minister or only in the Cabinet?

[80] There is no question that the source of power for the issuance of passports is the royal prerogative, both in the U.K. and Canada. A circular dispatch from the Secretary of State for the Colonies dated September 23, 1891 confirmed the authority of the Governor General to issue passports. The issue of passports was transferred to the Department of External Affairs in 1909.

[81] Prior to 1981, passports were issued under the *Canadian Passport Regulations*. There was concern expressed that using a regulation gave rise to an implication that the regulation, being subordinate legislation, abrogated the Crown prerogative over passports. As a consequence, an order, which is a statutory instrument but not subordinate legislation, was put in place.

[82] The *Canadian Passport Order* assigned to the Canadian Passport Office the duties of passport issuance, refusal and revocation on specific grounds. The Passport Office had no authority to deny a passport on national security grounds as evidenced in the action memorandum. There was no reference in the *Canadian Passport Order* to any residual authority being vested in the Minister or the Cabinet to deal with passport issues.

[83] Following the problems raised by this case, amendments to the *Canadian Passport Order* (2004

C. Épuisement de la prérogative royale

[79] Le demandeur soutient que le *Décret sur les passeports canadiens* enlève au ministre le pouvoir d'exercer la prérogative de la Couronne relativement aux passeports. Les questions soulevées à cet égard sont les suivantes :

- le *Décret sur les passeports canadiens* épuise-t-il ou non la prérogative de la Couronne, en ce sens qu'il n'existe pas de pouvoir résiduaire permettant, faute d'une nouvelle ordonnance, d'exercer cette prérogative?;
- dans l'hypothèse où il reste un pouvoir résiduaire quelconque d'exercer la prérogative, ce pouvoir est-il dévolu au ministre, ou seulement au Cabinet?

[80] Il ne fait pas de doute que la source du pouvoir de délivrer des passeports est la prérogative royale, tant au Royaume-Uni qu'au Canada. On a confirmé dans une dépêche du Secrétaire d'État aux Colonies datée du 23 septembre 1891 le pouvoir du gouverneur général de délivrer des passeports. Ce pouvoir a été transféré au ministère des Affaires extérieures en 1909.

[81] Avant 1981, les passeports étaient délivrés en vertu du *Règlement sur les passeports canadiens*. Certains ont craint que le recours à un règlement donne lieu de croire, comme il s'agit là d'une législation subordonnée, que la prérogative de la Couronne à l'égard des passeports était abrogée. On a par conséquent adopté un décret, qui est un texte réglementaire mais non une législation subordonnée.

[82] Le *Décret sur les passeports canadiens* conférait comme fonctions au Bureau canadien des passeports la délivrance, le refus et la révocation, pour des motifs déterminés, des passeports. Tel que l'atteste le mémoire, le Bureau des passeports ne disposait pas du pouvoir de refuser la délivrance d'un passeport pour des motifs de sécurité nationale. Il n'y avait nulle mention dans le *Décret sur les passeports canadiens* d'un pouvoir résiduaire quelconque qui soit dévolu au ministre ou au Cabinet pour les questions qui touchent les passeports.

[83] Par suite des problèmes soulevés dans la présente affaire, des modifications au *Décret sur les passeports*

CPO) were published in the *Canada Gazette* on September 22, 2004 [C. Gaz. 2004.II.1310]. In addition to providing for the use of biometric facial recognition technology in Canadian passports, the amendments did the following:

- added a statement that nothing in the Order limits or affects the Crown prerogative over passports;
- added that the Crown prerogative over passports can be exercised by the Governor in Council or the Minister;
- added that 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”.

[84] The respondent contends that the amendments really add nothing new, that the powers of the Minister and grounds to revoke and refuse were always existent in the Crown prerogative despite their absence in the *Canadian Passport Order*. If that is so, one must conclude then that a significant reason for publishing the amendments is an acknowledgement that fairness required that Canadian citizens know the procedure and basis upon which their passport application will be dealt and that they are entitled to rely upon what their government says in the exercise of the Crown prerogative.

[85] A further aspect of the 2004 CPO, an issue for another day perhaps, is that a Canadian citizen could lose or be refused a passport, not because it is necessary for Canadian national security, but because another country convinces a minister that to do so against the interests of a Canadian citizen is in their national security interest.

[86] The respondent, as part of its concession that the original decision was procedurally flawed, submits that the applicant’s passport application should be sent back to be dealt with under the terms of the amended

canadiens (le Décret 2004) ont été publiées le 22 septembre 2004 dans la *Gazette du Canada* [Gaz. C. 2004.II.1310]. En plus de prévoir le recours à la technologie biométrique de reconnaissance du visage, les modifications prévoyaient ce qui suit :

- on a déclaré que le décret n’avait pas pour effet de limiter ou de modifier, de quelque manière que ce soit, la prérogative de la Couronne en matière de passeports;
- on a précisé que la prérogative de la Couronne en matière de passeports peut être exercée par le gouverneur en conseil ou le ministre;
- on a précisé 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 ».

[84] Le défendeur soutient qu’on n’a en fait rien ajouté de nouveau au moyen des modifications, car les pouvoirs du ministre et les motifs de révocation et de refus ont toujours découlé de la prérogative de la Couronne, même s’ils n’étaient pas énoncés dans le *Décret sur les passeports canadiens*. Si tel est bien le cas, l’on doit alors conclure qu’une raison importante pour laquelle on a publié les modifications était la reconnaissance de la nécessité, pour des raisons d’équité, que les citoyens canadiens sachent quelle est la procédure applicable au traitement des demandes de passeport, et quel en est le fondement, et qu’ils ont le droit de se fier sur ce que dit leur gouvernement dans l’exercice de la prérogative de la Couronne.

[85] Un autre aspect du Décret 2004, une question qui sera peut-être examinée un autre jour, c’est la possibilité qu’un Canadien puisse perdre son passeport ou s’en voir refuser la délivrance, non parce que cela est nécessaire pour la sécurité nationale du Canada, mais parce qu’un autre pays convainc le ministre qu’agir ainsi, à l’encontre des intérêts du citoyen canadien, va dans le sens de son propre intérêt national.

[86] Le défendeur, qui concède que des failles entachaient la décision originale au plan de la procédure, soutient que la demande de passeport du demandeur devrait être renvoyée en vue d’être traitée selon les

Canadian Passport Order. Given the respondent's position that nothing has changed in terms of powers and grounds, it is difficult to see how there is any realistic likelihood of a new decision.

[87] As to whether the Crown prerogative has been exhausted, it is important to bear in mind the nature of the prerogative as being the residue of discretionary or arbitrary authority left in the hands of the Crown. Without tracing forward from the *Magna Carta*, it is the Crown's powers left over from that which was taken away by Parliament.

[88] Laskin J.A. in *Black* summarizes the nature of the prerogative in the following paragraphs (at paragraphs 25-27):

To put these submissions in context, I will briefly review the nature of the Crown's prerogative power. According to Professor Dicey, the Crown prerogative is "the residue of discretionary or arbitrary authority, which at any given time is left in the hands of the Crown": Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. (London: Macmillan, 1959) at p. 424. Dicey's broad definition has been explicitly adopted by the Supreme Court of Canada and the House of Lords. See *Reference re Effect of Exercise of Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269 at pp. 272-73, 59 C.C.C. 301, and *Attorney General v. De Keyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508 at p. 526, [1920] All E.R. Rep. 80 (H.L.). See also Peter Hogg and Patrick Monahan, *Liability of the Crown*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 2000) at p. 15.

The prerogative is a branch of the common law because decisions of courts determine both its existence and its extent. In short, the prerogative consists of "the powers and privileges accorded by the common law to the Crown": Peter Hogg, *Constitutional Law in Canada*, loose-leaf ed. (Toronto: Carswell, 1995) at 1.9. See also *Proclamations Case* (1611), 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352 (K.B.). The Crown prerogative has descended from England to the Commonwealth. As Professor Cox has recently observed, "it is clear that the major prerogatives apply throughout the Commonwealth, and are applied as a pure question of law": N. Cox, *The Dichotomy of Legal Theory and Political Reality: The Honours Prerogative and Imperial Unity*, 14 Australian Journal of Law and Society (1998-99) 15 at 19.

dispositions modifiées du *Décret sur les passeports canadiens*. Le défendeur ayant soutenu que rien n'avait changé au plan des pouvoirs et des motifs, il est alors difficile d'imaginer comment, de manière réaliste, il serait possible qu'une décision nouvelle soit prise.

[87] Pour ce qui est de savoir si la prérogative de la Couronne est ou non épuisée, il importe de se rappeler la nature de cette prérogative, soit les pouvoirs discrétionnaires ou arbitraires qui restent à la Couronne. Sans faire l'historique depuis la *Magna Carta*, disons que ce sont les pouvoirs laissés à la Couronne après ceux que le Parlement lui a pris.

[88] Dans *Black*, le juge Laskin résume dans les paragraphes suivants la nature de la prérogative (aux paragraphes 25 à 27) :

[TRADUCTION] Pour dresser le contexte de ces observations, je vais brièvement résumer la nature de la prérogative de la Couronne. Selon le professeur Dicey, la prérogative de la Couronne est « ce qu'il reste aux mains de la Couronne à un moment quelconque comme pouvoirs discrétionnaires ou arbitraires » (Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd. (Londres : Macmillan, 1959, à la page 424)) . La large définition de Dicey a été adoptée explicitement par la Cour suprême du Canada et la Chambre des lords. Voir *Reference re Effect of Exercise of Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269, aux pages 272 et 273, 59 C.C.C. 301 et à *Attorney General v. De Keyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508, à la page 526, [1920] All E.R. Rep. 80 (H.L.). Voir également Peter Hogg et Patrick Monahan, *Liability of the Crown*, 3^e éd. (Toronto : Carswell, 2000), à la page 15.

La prérogative est un rameau de la common law puisque son existence et sa portée ont été établies dans des décisions des tribunaux. En bref, la prérogative consiste en « les pouvoirs et privilèges reconnus à la Couronne par la common law » (Peter Hogg, *Constitutional Law in Canada*, éd. en feuilles mobiles (Toronto : Carswell, 1995), à 1.9. Voir également *Proclamations Case* (1611), 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352 (B.R.). Et la prérogative de la Couronne est passée de l'Angleterre aux pays du Commonwealth. Comme l'a récemment fait observer le professeur N. Cox dans *The Dichotomy of Legal Theory and Political Reality : The Honours Prerogative and Imperial Unity*, 14 Australian Journal of Law and Society (1998-99), aux pages 15 à 19, « il est clair que les principales prérogatives s'appliquent à travers le Commonwealth comme une question de droit pure ».

Despite its broad reach, the Crown prerogative can be limited or displaced by statute. See *Parliament of Canada Act*, R.S.C. 1985, c. P-1, s. 4. Once a statute occupies ground formerly occupied by the prerogative, the prerogative goes into abeyance. The Crown may no longer act under the prerogative, but must act under and subject to the conditions imposed by the statute: *Attorney General v. De Keyser's Royal Hotel*, *supra*. In England and Canada, legislation has severely curtailed the scope of the Crown prerogative. Dean Hogg comments that statutory displacement of the prerogative has had the effect of "shrinking the prerogative powers of the Crown down to a very narrow compass" (*supra*). Professor Wade agrees:

[I]n the course of constitutional history the Crown's prerogative powers have been stripped away, and for administrative purposes the prerogative is now a much-attenuated remnant. Numerous statutes have expressly restricted it, and even where a statute merely overlaps it the doctrine is that the prerogative goes into abeyance.

E.C.S. Wade, *Administrative Law*, 6th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1988) at pp. 240-41).

[89] Given its nature as the power not otherwise occupied by statute, it has been held by Justice Bastarache, dissenting on a different issue, in *Ross River Dena Council Band v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 816 that the prerogative can only be taken away by express statutory provisions or by implication, although there is doubt as to the latter method [at paragraph 4]:

There is no doubt that a royal prerogative can be abolished or limited by clear and express statutory provision: see *R. v. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 F.C. 745, at p. 780, aff'd [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 464. It is less certain whether in Canada the prerogative may be abolished or limited by necessary implication. Although this doctrine seems well established in the English courts (see *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.)), this Court has questioned its application as an exception to Crown immunity (see *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551, at p. 558; *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015, at pp. 1022-23). Assuming that prerogative powers may be removed or curtailed by necessary implication, what is meant by "necessary implication"? H. V. Evatt explains the doctrine as follows:

Malgré sa grande portée, la prérogative de la Couronne peut être restreinte ou même évincée par une loi (*Loi sur le Parlement du Canada* L.R.C. (1985), ch. P-1, art. 4). Dès qu'une loi régit un domaine qui relevait jusque-là d'une prérogative, cette dernière cesse de s'appliquer. La Couronne ne peut alors plus agir en s'autorisant de la prérogative, mais doit agir conformément aux conditions prévues par la loi (*Attorney General v. De Keyser's Royal Hotel*, précité). En Angleterre et au Canada, on a considérablement restreint par législation la prérogative de la Couronne. Selon le doyen Hogg, l'évincement de la prérogative par la loi a eu pour effet de « réduire la portée des pouvoirs en vertu de la prérogative de la Couronne en un très faible registre » (précité). Le professeur Wade partage cet avis.

[A]u cours de l'histoire constitutionnelle, les pouvoirs en vertu de la Couronne ont été réduits et, au plan administratif, cette prérogative n'est plus que l'ombre d'elle-même. On l'a restreinte expressément au moyen de nombreuses lois et, même lorsqu'un texte législatif ne fait que la chevaucher, la doctrine veut qu'elle ne reçoive plus application.

E.C.S. Wade, *Administrative Law*, 6^e éd. (Oxford: Clarendon Press, 1988), aux pages 240 et 241).

[89] Compte tenu de sa nature, soit un pouvoir exercé dans un champs de compétence qui n'est pas occupé par une loi, le juge Bastarache, dissident mais sur une autre question, a statué, dans l'arrêt *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 816, qu'on ne peut exclure la prérogative qu'au moyen de dispositions législatives expresses ou par implication, bien qu'en ce dernier cas un certain doute existe [au paragraphe 4] :

Il ne fait aucun doute qu'une prérogative royale peut être abolie ou restreinte par une disposition législative claire ou explicite : voir *R. c. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 C.F. 745, p. 780, conf. par [1985] 1 R.C.S. 441, p. 464. Il est toutefois moins certain que, au Canada, la prérogative puisse être abolie ou restreinte par implication nécessaire. Bien que cette doctrine semble bien établie dans la jurisprudence britannique (voir *Attorney-General c. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.)), notre Cour a mis en doute son application en tant qu'exception à l'immunité de la Couronne (voir *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, p. 558; *Sparling c. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015, p. 1022-1023). En supposant que les pouvoirs de prérogative puissent être éliminés ou réduits par implication nécessaire, qu'entend-on par « implication nécessaire »? Voici comment H. V. Evatt explique cette doctrine :

Where Parliament provides by statute for powers previously within the prerogative being exercised subject to conditions and limitations contained in the statute, there is an implied intention on the part of Parliament that those powers can only be exercised in accordance with the statute. “Otherwise,” says Swinfen-Eady M.R., “what use would there be in imposing limitations if the Crown could at its pleasure disregard them and fall back on prerogative?” [Emphasis added.]

(H.V. Evatt, *The Royal Prerogative* (1987), at p. 44)

[90] Justice LeBel, on behalf of the majority, in the same decision, essentially concurred with Justice Bastarache stating [at paragraph 54]:

The royal prerogative is confined to executive governmental powers, whether federal or provincial. The extent of its authority can be abolished or limited by statute: “once a statute has occupied the ground formerly occupied by the prerogative, the Crown [has to] comply with the terms of the statute”. (See P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at p. 17; see also, Hogg, *supra*, at pp. 1:15-1:16; P. Lordon, Q.C., *Crown Law* (1991), at pp. 66-67.) In *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.), Lord Dunedin described the interplay of royal prerogative and statute, at p. 526:

Inasmuch as the Crown is a party to every Act of Parliament it is logical enough to consider that when the Act deals with something which before the Act could be effected by the prerogative, and specially empowers the Crown to do the same thing, but subject to conditions, the Crown assents to that, and by that Act, to the prerogative being curtailed.

Lord Parmoor added, at p. 568: “The Royal prerogative has of necessity been gradually curtailed, as a settled rule of law has taken the place of an uncertain and arbitrary administrative discretion”. In summary, then, as statute law expands and encroaches upon the purview of the royal prerogative, to that extent the royal prerogative contracts. However, this displacement occurs only to the extent that the statute does so explicitly or by necessary implication: see *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17; Hogg and Monahan, *supra*, at p. 17; Lordon, *supra*, at p. 66.

[TRADUCTION] Lorsque le Parlement précise dans une loi que l'exercice de pouvoirs relevant jusque-là de la prérogative est assujéti aux conditions et restrictions prévues par cette loi, il entend implicitement que ces pouvoirs ne puissent être exercés qu'en conformité avec la loi. « Sinon », comme l'affirme le maître des rôles Swinfen-Eady, « quelle serait l'utilité d'imposer des restrictions, si la Couronne pouvait en faire fi à son gré et continuer d'avoir recours à la prérogative? » [Je souligne.]

(H. V. Evatt, *The Royal Prerogative* (1987), p. 44)

[90] Le juge LeBel, s'exprimant au nom de la majorité, a souscrit pour l'essentiel à l'avis du juge Bastarache et a ainsi déclaré [au paragraphe 54] :

La prérogative royale se limite aux pouvoirs exercés par l'exécutif, tant au niveau fédéral que provincial. Il est possible, au moyen d'une loi, d'abolir la prérogative ou de restreindre la portée de celle-ci : [TRADUCTION] « dès qu'une loi régit un domaine qui relevait jusque-là d'une prérogative, l'État est tenu de se conformer à ses dispositions ». (Voir P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3^e éd. 2000), p. 17; voir aussi Hogg, *op. cit.*, p. 1 :15-1 :16; P. Lordon, c.r., *La Couronne en droit canadien* (1992), p. 75-76). Dans l'arrêt *Attorney-General c. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.), lord Dunedin a décrit ainsi l'interaction de la prérogative royale et des textes de loi, à la p. 526 :

[TRADUCTION] Dans la mesure où la Couronne est partie à chaque loi fédérale, il est logique d'affirmer que, dans les cas où la loi porte sur quelque chose qui, avant cette loi, pouvait être effectué au moyen de la prérogative, et qu'elle a particulièrement pour effet d'habiliter la Couronne à accomplir la même chose, sous réserve de certaines conditions, la Couronne consent à cette situation et, par cette loi, à ce que la prérogative soit restreinte.

Lord Parmoor a ajouté, à la p. 568, que [TRADUCTION] « [1]a prérogative royale est nécessairement réduite de façon graduelle, au fur et à mesure qu'une règle de droit bien établie remplace un pouvoir discrétionnaire administratif de nature arbitraire et incertaine ». En résumé, donc, à mesure que le droit d'origine législative s'élargit et empiète sur la prérogative, celle-ci se contracte de façon correspondante. Toutefois, un tel remplacement ne se produit que lorsque la loi le dit explicitement ou lorsque ce remplacement ressort de celle-ci par implication nécessaire : voir *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985 ch. I-21, art. 17; Hogg et Monahan, *op. cit.*, p. 17; Lordon, *op. cit.*, p. 75-76.

[91] The prerogative can only be abolished or exhausted by clear words in a statute or by necessary implication from words in a statute (see sections 2 and 17 of the *Interpretation Act*). There is no such statute at play in this case. The *Canadian Passport Order*, not being a statute, cannot raise the necessary implication that the prerogative has been exhausted.

[92] While the prerogative may not have been exhausted and therefore remained in place, that does not mean that the executive could exercise that prerogative in any manner it chooses. The power is still subject to other legal norms including the Charter and the duty of fairness. As stated by Justice MacKay of this Court in *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1994] 1 F.C. 102 [at page 141]:

The royal prerogative is comprised of the residue of miscellaneous powers, rights, privileges, immunities and duties accepted under our law as vested in Her Majesty and under our Constitution exercised by the Governor in Council acting on advice of Ministers. Orders in Council may express the decisions of the Governor in Council in relation to matters within the discretionary authority of prerogative powers. Traditionally the courts have recognized that within the ambit of these powers the Governor in Council may act in relation to matters concerning the conduct of international affairs including the making of treaties, and the conduct of measures concerning national defence and security. The prerogative power is, of course, subject to the doctrine of parliamentary supremacy and Parliament, by statute, may withdraw or regulate the exercise of the prerogative power. The authority of the Governor in Council in exercise of the prerogative is also bound by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Operation Dismantle, supra*).

[93] Having determined that the prerogative had not been exhausted or occupied by the *Canadian Passport Order*, the issue remains whether the Minister could exercise the prerogative given that an order in council governed the administration of passports. It seems logical that since Cabinet had devolved some aspects of the prerogative to the Passport Office under the *Canadian Passport Order*, only Cabinet could act to deal with exceptions to the *Canadian Passport Order*.

[91] La prérogative ne peut être abolie ou épuisée que par les dispositions claires d'une loi ou par implication nécessaire découlant des dispositions d'une loi (articles 2 et 17 de la *Loi d'interprétation*). Aucune pareille loi n'est en jeu en l'espèce. Il ne peut ressortir par implication nécessaire du *Décret sur les passeports canadiens*, comme il ne s'agit pas d'une loi, que la prérogative a été épuisée.

[92] Même si la prérogative peut ne pas avoir été épuisée et reste donc toujours en application, cela ne veut toutefois pas dire que l'exécutif peut l'exercer comme bon lui semble. Ce pouvoir est toujours assujéti à d'autres normes juridiques, y compris la Charte et l'obligation d'agir équitablement. Comme l'a déclaré le juge MacKay de la Cour dans *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1994] 1 C.F. 102 (1^{re} inst.) [à la page 141] :

La prérogative royale comprend l'ensemble des divers pouvoirs, droits, privilèges, immunités et devoirs reconnus dans notre droit comme dévolus à Sa Majesté et exercés, en vertu de notre Constitution, par le gouverneur en conseil agissant sur l'avis des ministres. Les décisions du gouverneur en conseil relativement aux questions qui relèvent de son pouvoir discrétionnaire issu de la prérogative peuvent être prises par décret. Traditionnellement, les tribunaux ont reconnu que dans les limites de ces pouvoirs, le gouverneur en conseil pouvait agir dans le domaine des affaires internationales, notamment en concluant des traités et en prenant des mesures intéressant la défense et la sécurité nationales. Bien entendu, la prérogative est assujéti au principe de la souveraineté du Parlement et celui-ci peut, par une loi, retirer la prérogative ou en réglementer l'exercice. Le pouvoir du gouverneur en conseil dans l'exercice de la prérogative est également assujéti à la *Charte canadienne des droits et libertés* (voir l'arrêt *Operation Dismantle*, précité).

[93] Après avoir conclu que la prérogative n'a pas été épuisée ni son champ occupé par le *Décret sur les passeports canadiens*, il reste à régler la question de savoir si le ministre pouvait exercer la prérogative étant donné qu'un décret régissait l'administration des passeports. Il semble logique que, puisque le Cabinet a dévolu certains éléments de la prérogative au Bureau des passeports en vertu du *Décret sur les passeports canadiens*, seul le Cabinet pourrait prévoir des exceptions au *Décret sur les passeports canadiens*.

[94] As indicated in paragraph 80, the power to deal with passports was transferred to the Department of External Affairs where it has remained [now Department of Foreign Affairs and International Trade]. There is nothing in the *Canadian Passport Order*, other than that it emanated from Cabinet, to suggest that this authority had been transferred to the Governor in Council.

[95] In both *Black*, above, at paragraphs 32-34 and in *Schreiber*, above, at paragraphs 27-28, in this Court, the respective courts found that the prerogative could be exercised by either the Governor in Council or by the responsible minister. Indeed, in *Black*, at paragraph 33, there is an outright rejection of the notion that only the Governor in Council could exercise the Crown prerogative.

[96] Where the prerogative can be exercised by other than the Governor in Council, the only issue is which minister or other authority may do so. In this case, it is evident that the Minister is the appropriate Crown minister to exercise that authority. Therefore, to the extent that the prerogative could be exercised, the Minister had the power to do so. Still, it had to be exercised in the proper manner.

[97] The question remains whether the Minister could exercise the power in the manner he did against this applicant. In other words, was the applicant entitled, on grounds of procedural fairness, to have his passport application dealt with by the Passport Office, as stipulated in the *Canadian Passport Order*.

D. Fairness/Legitimate Expectation

[98] The respondent early in this litigation acknowledged that the Minister had breached the duty of fairness, largely by failure to give notice and an opportunity to be heard. While the Court agrees with the respondent, the applicant claims even further breach of the principles of fairness in terms of legitimate expectation, particularly the expectation as to who will

[94] Tel que je l'ai mentionné au paragraphe 80, le pouvoir à l'égard du traitement des passeports a été transféré au ministère des Affaires extérieures et il demeure entre ses mains [maintenant le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international]. Rien dans le *Décret sur les passeports canadiens* ne laisse à entendre, si ce n'est qu'il émane du Cabinet, que ce pouvoir a été transféré au gouverneur en conseil.

[95] Tant dans *Black* (précité, aux paragraphes 32 à 34) que dans *Schreiber* (précité, paragraphes 27 et 28), il a été conclu que la prerogative pouvait être exercée soit par le gouverneur en conseil, soit par le ministre concerné. Dans *Black* d'ailleurs, au paragraphe 33, on rejette catégoriquement l'idée que seul le gouverneur en conseil puisse exercer la prerogative de la Couronne.

[96] Lorsque la prerogative peut être exercée par une personne autre que le gouverneur en conseil, la seule question qui se pose est alors celle de savoir quel ministre ou quelle autre autorité peut le faire. En l'espèce, il est évident que le ministre est le ministre de la Couronne à qui il revient d'exercer ce pouvoir. Dans la mesure où la prerogative pouvait être exercée, par conséquent, le ministre disposait du pouvoir d'un tel exercice. Encore fallait-il toutefois que ce pouvoir soit valablement exercé.

[97] Ce qu'il reste maintenant à savoir, c'est si le ministre pouvait ou non exercer son pouvoir de la manière dont il l'a fait à l'encontre du demandeur. En d'autres mots, le demandeur était-il en droit, pour des motifs d'équité procédurale, de voir sa demande de passeport traitée par le Bureau des passeports de la manière prévue dans le *Décret sur les passeports canadiens*.

D. Équité et attentes légitimes

[98] Dès les débuts de la présente instance, le défendeur a reconnu que le ministre avait manqué à son obligation d'agir équitablement, pour bonne part en refusant de donner avis au demandeur et de lui fournir l'occasion d'être entendu. La Cour est d'accord avec ce qu'admet le défendeur, mais le demandeur prétend qu'il y eu d'autres violations des principes d'équité en

make the decision affecting his application.

[99] On the facts of this case, the applicant, and indeed virtually every Canadian citizen, would have expected that the Canadian Passport Office acting on the criteria contained in the *Canadian Passport Order* would deal with and issue or refuse to issue a passport. No previous instance of the Minister's direct intervention in a passport application was cited to the Court.

[100] The duty of procedural fairness, as discussed in *Baker*, has been further summarized by the Chief Justice in *Canadian Pacific Railway Co. v. Vancouver (City)*, [2006] 1 S.C.R. 227, at paragraph 39 as follows:

The content of the duty of procedural fairness depends on a number of factors, including: the "nature of the decision being made and the process followed in making it"; the "nature of the statutory scheme and the 'terms of the statute pursuant to which the body operates'"; the "importance of the decision to the individual or individuals affected"; the "legitimate expectations of the person challenging the decision"; and the requirement to "respect the choices of procedure made by the agency itself, particularly when the statute leaves to the decision-maker the ability to choose its own procedures, or when the agency has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances": *Baker*, at paras. 22-27.

[101] Of those factors, the two most critical in this instance are "the importance of the decision to the individual or individuals affected" and "the legitimate expectations of the person challenging the decision".

[102] The respondent argued that the use of the word "may" in the *Canadian Passport Order* gave a wide discretion. As such, a significantly reduced level of procedural fairness is warranted in respect of passport issuance and control. Read in context I cannot agree that "may" has this effect.

matière d'attentes légitimes, particulièrement l'attente quant à l'auteur de la décision à prendre relativement à la demande.

[99] En l'espèce, le demandeur, et d'ailleurs pratiquement tout citoyen canadien, se serait attendu à ce que ce soit le Bureau canadien des passeports, se fondant sur les critères énumérés dans le *Décret sur les passeports canadiens*, qui traite la demande de passeport et décide de délivrer ou non le passeport. À cet égard, on n'a cité à la Cour aucun cas antérieur d'intervention directe du ministre relativement à une demande de passeport.

[100] L'obligation d'équité procédurale, dont la Cour suprême a traité dans *Baker*, a en outre été résumée comme suit par le juge en chef dans *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*, [2006] 1 R.C.S. 227, au paragraphe 39 :

La nature de l'obligation d'équité procédurale dépend d'un certain nombre de facteurs, notamment « la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir »; la « nature du régime législatif et "les termes de la loi en vertu de laquelle agit l'organisme en question" »; l'« importance de la décision pour les personnes visées »; les « attentes légitimes de la personne qui conteste la décision » et l'obligation de « respecter les choix de procédure que l'organisme fait lui-même, particulièrement quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir ses propres procédures, ou quand l'organisme a une expertise dans le choix des procédures appropriées dans les circonstances » : *Baker*, par. 22-27.

[101] Parmi ces facteurs, les deux plus décisifs en l'instance sont « l'importance de la décision pour les personnes visées » et « les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision ».

[102] Le défendeur soutient que l'emploi du mot « peut » dans le *Décret sur les passeports canadiens* conférerait un large pouvoir discrétionnaire. Cela étant, il serait justifié que la portée de l'obligation d'équité procédurale soit considérablement réduite à l'égard de la délivrance et du contrôle de passeports. En interprétant le mot « peut » en contexte, toutefois, je ne puis convenir qu'il a un tel effet.

[103] The word “may” appears three times in the *Canadian Passport Order* as it stood at the time of Khadr’s passport application; once in subsection 4(1) and once more in section 9 and again in section 10. For this case, the relevant sections are sections 4 and 9. Subsection 4(1) states that “Subject to this Order, any person who is a Canadian citizen under the Act may be issued a passport” [emphasis added]. Section 9 then states that “The Passport Office may refuse to issue a passport to an applicant who [list of seven grounds for refusal]” [emphasis added].

[104] Section 11 of the *Interpretation Act* states that “‘shall’ is to be construed as imperative” and “‘may’ as permissive”. If section 4 of the *Canadian Passport Order* used the word “shall”, it would have the effect of requiring that every Canadian have a passport.

[105] In my view, it is more consistent with the purpose and intent of the *Canadian Passport Order* to read the verb “may” as granting permission to Canadian citizens to be issued a passport. The effect of the section is to exclude non-Canadians from the entitlement to a passport.

[106] Section 9 of the *Canadian Passport Order*, on the other hand, permits the Passport Office, in cases where an applicant falls into one of the enumerated circumstances (paragraphs 9(a)-(g)), to refuse to issue a passport. I agree with the respondent’s argument that the authority granted by the “may” is exhausted by the grounds listed in section 9 for the refusal of a passport.

[107] Characterizing “may” as permissive implies that it imports discretion upon the person it grants the permissive authority. Although this implication of discretion arises, it is not in itself conclusive. In *R. v. S.(S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, at pages 273-274, Dickson C.J. indicates that, although “may” implies discretion, it

[103] On recourt au mot « peut » à trois reprises dans le *Décret sur les passeports canadiens* en sa teneur au moment de la demande de passeport de M. Khadr : au paragraphe 4(1), à l’article 9 ainsi qu’à l’article 10. En l’espèce, les dispositions pertinentes sont les articles 4 et 9. Selon le paragraphe 4(1), « [s]ous réserve du présent décret, un passeport peut être délivré à toute personne qui est un citoyen canadien en vertu de la Loi » [non souligné dans l’original]. L’article 9 prévoit ensuite que « [l]e bureau des passeports peut refuser de délivrer un passeport à un requérant qui [suit une liste de sept motifs de refus] » [non souligné dans l’original].

[104] Selon l’article 11 de la *Loi d’interprétation*, l’obligation s’exprime essentiellement par l’indicatif présent du verbe porteur de sens principal (dans la version anglaise, « “shall” is to be construed as imperative »), et l’octroi de pouvoirs, droits, autorisations ou facultés par le verbe « pouvoir » (« “may” as permissive »). Ainsi, si on utilisait l’indicatif présent (« un passeport est délivré ») à l’article 4 du *Décret sur les passeports canadiens*, l’effet en serait l’obligation de délivrer un passeport à tout citoyen canadien.

[105] Or, selon moi, il est plus conforme à l’objet et à l’esprit du *Décret sur les passeports canadiens* d’interpréter le mot « peut » comme accordant aux citoyens canadiens la permission de se voir délivrer un passeport. L’article 4 a pour effet de priver les non-Canadiens du droit à la délivrance d’un passeport.

[106] L’article 9 du *Décret sur les passeports canadiens*, d’un autre côté, permet au Bureau des passeports, lorsqu’un requérant se trouve dans l’une des situations énumérées (les alinéas 9a) à g)), de refuser la délivrance du passeport. À cet égard, je souscris à l’argument du défendeur selon lequel les motifs énumérés à l’article 9 pour le refus de délivrance d’un passeport épuisent le pouvoir découlant de « peut ».

[107] Dire de l’emploi du mot « peut » qu’il dénote une permission donne à entendre qu’un pouvoir discrétionnaire est conféré à la personne à qui l’on accorde cette permission. Bien que ce soit vrai, cela n’a toutefois pas un caractère déterminant. Dans *R. c. S.(S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, aux pages 273 et 274, le juge en

does not preclude obligation. In *R. v. S.(S.)*, Dickson C.J. refers to the judgment of Lord Cairns in the House of Lords case of *Julius v. Lord Bishop of Oxford and another*, [1874-80] All E.R. Rep. 43 where a distinction was drawn between a power coupled with a duty and a complete discretion. The relevant portion of this judgment is as follows [at pages 47, 49]:

[The words “shall be lawful”] confer a faculty or power, and they do not of themselves do more than confer a faculty or power. But there may be something in the nature of the thing empowered to be done, something in the object for which it is to be done, something in the conditions under which it is to be done, something in the title of the person or persons for whose benefit the power is to be exercised, which may couple the power with a duty, and make it the duty of the person in whom the power is reposed, to exercise that power when called upon to do so. . . .

...

. . . where a power is deposited with a public officer for the purpose of being used for the benefit of persons who are specifically pointed out, and with regard to whom a definition is supplied by the legislature of the conditions upon which they are entitled to call for its exercise, that power ought to be exercised, and the Court will require it to be exercised.

[108] The Nova Scotia Court of Appeal, in *Brown v. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43, fully adopted the reasoning in *Julius*, holding that once the conditions were met (conditions as set out in a particular statute imposing a duty on the Metropolitan Authority to pay compensation for damages that arose out of its actions), a duty arose to exercise this power in spite of the fact that the words empowering the Authority were “may pay”.

[109] Section 9 does not create an obligation to issue a passport if certain criteria is met. Instead it states that the Passport Office may refuse a passport to an individual who falls into one of the listed categories. The obligation imported by the “may” is one of refusal. The Order, as appears to have been accepted by the respondent’s officials, is to be read as giving to the Passport Office the power, coupled with the duty, to

chef Dickson dit à cet égard que, bien que le mot « may » (« peut ») laisse entendre un pouvoir discrétionnaire, il peut néanmoins créer une obligation. Dans *R. c. S.(S.)*, le juge en chef Dickson renvoie aux motifs de lord Cairns, dans la décision de la Chambre des lords *Julius v. Lord Bishop of Oxford and another*, [1874-80] all E.R. Rep. 43, qui a établi une distinction entre un pouvoir assorti d’un devoir et un pouvoir discrétionnaire absolu. Voici l’extrait pertinent de ce jugement [aux pages 47 et 49] :

[TRADUCTION] [Les mots « *shall be lawful* » (« il est licite »)] confèrent une faculté ou un pouvoir, mais ils ne font en eux-mêmes rien de plus. Il peut toutefois y avoir un élément dans la nature de la chose qu’on autorise à faire, dans l’objet visé, dans les conditions dans lesquelles la chose doit être faite ou dans le titre de la ou des personnes à l’avantage desquelles le pouvoir doit être exercé qui assortisse le pouvoir d’un devoir, et qui confère le devoir au destinataire du pouvoir de l’exercer lorsqu’il lui est demandé de le faire [. . .]

[. . .]

[. . .] L’orsqu’un pouvoir est conféré à un agent public pour être exercé à l’avantage de personnes expressément désignées, une définition étant énoncée par le législateur qui vient préciser les conditions devant être réunies pour que ces personnes en demandent l’exercice, ce pouvoir devrait être exercé et la Cour exigera qu’il le soit.

[108] Dans *Brown v. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a pleinement souscrit au raisonnement suivi dans *Julius*, statuant qu’une fois les conditions réunies (les conditions prévues dans la loi concernée imposant à la Metropolitan Authority le devoir de verser compensation pour les dommages occasionnés par ses actions), le devoir s’imposait d’exercer ce pouvoir bien que les mots conférant celui-ci à la Metropolitan Authority aient été « may pay » (« peut verser »).

[109] L’article 9 ne crée pas l’obligation de délivrer un passeport si certains critères sont respectés. On y prévoit plutôt que le Bureau des passeports peut refuser la délivrance à une personne faisant partie d’une des catégories énumérées. L’obligation indiquée par le mot « peut » en est une de refus. Il convient d’interpréter le Décret, tel que les fonctionnaires du défendeur semblent l’avoir reconnu, comme conférant au Bureau des

refuse a passport to a person who falls into one of the conditions enumerated.

[110] Subsection 4(1), however, reads quite differently. It states that a Canadian citizen may be issued a passport. Although silent on who will do the actual issuing, reference to the interpretation section of the Order (section 2) reveals that it would be the Passport Office. The “Passport Office” therein is described as “a section of the Department of External Affairs, wherever located, that has been charged by the Minister with the issuing, revoking, withholding, recovery and use of passports”.

[111] A proper interpretation of subsection 4(1) would be as follows: “The Passport Office, subject to this Order, may issue a passport to any person who is a Canadian citizen under the Act” [Act meaning *Citizenship Act* [R.S.C., 1985, c. C-29]. Therefore, if an individual meets the two conditions outlined—(1) he or she is a Canadian citizen pursuant to the *Citizenship Act* and (2) nothing in the Order prohibits such issuance—then he or she is entitled to a passport. In light of the principle presented in *Julius*, this “may”, as it vests power in a public authority, carries with it an obligation to exercise the power granted to it.

[112] Section 4, read together with sections 9 and 10, mean that the Passport Office has the permission or authority of the Governor in Council to issue passports, and to refuse or revoke passports in accordance with the terms of the Order. No reasonable person reading this Order would conclude that if one otherwise complied with the terms of this Order, the Minister could, and on entirely new grounds, deny one a passport or indeed that the Passport Office could act likewise.

[113] In respect of the two most critical factors referred to in paragraph 101 (the importance of the decision and the legitimate expectations), as discussed in these reasons in respect of section 6 of the Charter,

passeports le pouvoir, assorti du devoir, de refuser la délivrance d’un passeport à une personne qui est visée par l’une des conditions énumérées.

[110] La teneur du paragraphe 4(1) est toutefois fort différente. On y prévoit en effet qu’un passeport peut être délivré à un citoyen canadien. Bien qu’on n’y dise pas qui procédera en fait à la délivrance, la lecture de l’article d’interprétation du Décret (l’article 2) révèle qu’il s’agirait du Bureau des passeports. On définit en effet le « Bureau des passeports » comme « le service du ministère des Affaires extérieures, où qu’il se trouve, que le Ministre a chargé de la délivrance, de la révocation, de la retenue, de la récupération et de l’utilisation des passeports ».

[111] On devrait ainsi interpréter le paragraphe 4(1) comme voulant dire : « Le Bureau des passeports, sous réserve du présent Décret, peut délivrer un passeport à toute personne qui est citoyen canadien en vertu de la Loi » (Loi s’entend de la *Loi sur la citoyenneté* [L.R.C. (1985), ch. C-29]). Par conséquent, si une personne satisfait aux deux conditions mentionnées—1) il s’agit d’un citoyen canadien en vertu de la *Loi sur la citoyenneté* et 2) aucune disposition du Décret n’interdit la délivrance —, elle aura droit à un passeport. Compte tenu du principe énoncé dans *Julius*, l’expression « peut », puisqu’elle confère alors un pouvoir à une autorité publique, emporte l’obligation d’exercer le pouvoir ainsi conféré.

[112] L’article 4, si on l’interprète à la lumière des articles 9 et 10, veut dire que le Bureau des passeports a la faculté ou le pouvoir, que confère le gouverneur en conseil, de délivrer, de refuser de délivrer ou de révoquer des passeports conformément aux dispositions du Décret. À la lecture du Décret, nulle personne raisonnable ne pourrait conclure que, si un requérant se conformait par ailleurs aux dispositions du Décret, le ministre—et tout autant d’ailleurs le Bureau des passeports—pourrait, et ce, pour des motifs entièrement nouveaux, lui refuser la délivrance d’un passeport.

[113] En ce qui concerne les deux facteurs les plus décisifs mentionnés au paragraphe 101 (soit l’importance de la décision et les attentes légitimes), tel que j’en ai traité dans les présents motifs relativement à

the issuance of a passport in the modern international setting of the world is an aspect of and reflects the Charter value expressed by the mobility rights. That the applicant has no current travel plans (or whether other countries would accept him) is not relevant. As held in *Baker* [at paragraph 25]:

A third factor in determining the nature and extent of the duty of fairness owed is the importance of the decision to the individual or individuals affected. The more important the decision is to the lives of those affected and the greater its impact on that person or those persons, the more stringent the procedural protections that will be mandated. This was expressed, for example, by Dickson J. (as he then was) in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at p. 1113:

A high standard of justice is required when the right to continue in one's profession or employment is at stake. . . . A disciplinary suspension can have grave and permanent consequences upon a professional career.

As Sedley J. (now Sedley L.J.) stated in *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), at p. 667:

In the modern state the decisions of administrative bodies can have a more immediate and profound impact on people's lives than the decisions of courts, and public law has since *Ridge v. Baldwin* [1963] 2 All E.R. 66, [1964] A.C. 40 been alive to that fact. While the judicial character of a function may elevate the practical requirements of fairness above what they would otherwise be, for example by requiring contentious evidence to be given and tested orally, what makes it "judicial" in this sense is principally the nature of the issue it has to determine, not the formal status of the deciding body.

The importance of a decision to the individuals affected, therefore, constitutes a significant factor affecting the content of the duty of procedural fairness.

[114] The Government of Canada holds out just how important a passport is. In its Web site display and other publications (some of which are referred to in paragraph 68 of these reasons), the government lays considerable

l'article 6 de la Charte, la délivrance d'un passeport dans l'environnement mondial contemporain est un aspect et un écho de la valeur consacrée par la Charte que constitue la liberté de circulation. Le fait que le demandeur n'ait actuellement aucun projet de voyage (ou la question de savoir si d'autres pays accepteraient sa venue) n'est pas pertinent. La Cour suprême a ainsi statué dans *Baker* [au paragraphe 25] :

Le troisième facteur permettant de définir la nature et l'étendue de l'obligation d'équité est l'importance de la décision pour les personnes visées. Plus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses. C'est ce que dit par exemple le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la p. 1113 :

Une justice de haute qualité est exigée lorsque le droit d'une personne d'exercer sa profession ou de garder son emploi est en jeu. [. . .] Une suspension de nature disciplinaire peut avoir des conséquences graves et permanentes sur une carrière.

Comme le juge Sedley (maintenant Lord juge Sedley) le dit dans *R. c. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), à la p. 667 :

[TRADUCTION] Dans le monde moderne, les décisions rendues par des organismes administratifs peuvent avoir un effet plus immédiat et plus important sur la vie des gens que les décisions des tribunaux et le droit public a depuis l'arrêt *Ridge c. Baldwin* [1963] 2 All E.R. 66, [1964] A.C. 40, reconnu ce fait. Bien que le caractère judiciaire d'une fonction puisse élever les exigences pratiques en matière d'équité au-delà de ce qu'elles seraient autrement, par exemple en exigeant que soit présenté et vérifié oralement un élément de preuve contesté, ce qui le rend « judiciaire » dans ce sens est principalement la nature de la question à trancher, et non le statut formel de l'organisme décisionnel.

L'importance d'une décision pour les personnes visées a donc une incidence significative sur la nature de l'obligation d'équité procédurale.

[114] Le gouvernement du Canada fait voir l'importance qu'il attribue aux passeports. Sur son site Web et dans d'autres publications (auxquelles il est fait allusion pour certaines au paragraphe 68 des présents

emphasis, to some extent incorrectly, on the necessity of a passport to establish internationally a person's identity and his/her right to return to Canada.

[115] In paragraph 63, the Court has referred to a significant number of countries which require a passport to gain entry. A passport gives true effect to the right to leave Canada as it is the primary means by which to gain entry elsewhere.

[116] In respect of the applicant's legitimate expectations, the Supreme Court has confirmed, in *Baker* and more recently in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, [2002] 1 S.C.R. 405, that this principle is part of the doctrine of fairness or natural justice. It does not create substantive rights. It is for this reason that this Court cannot follow fully the U.K. cases on the subject of passport issuance. As a remedy under U.K. principles on this subject, a court could presumably mandate the issuance of a passport.

[117] The courts have recognized that there may be difficulties trying to distinguish between procedural and substantive relief. In *Mount Sinai Hospital Center*, the Court put emphasis on avoiding formal classifications and categorization of powers. The Court affirmed that broad public policy is a matter for the Minister to determine.

[118] In the present case, the power exercised is not one of broad public policy. The fact that the substantive relief may flow from granting the procedural remedy does not alter the procedural right.

[119] The principle of legitimate expectation requires that government, at a minimum, follow the processes, procedures and regular practices which it has held out to either an individual or the public at large. The principle does not guarantee a particular result. As Madam Justice

motifs), il met fortement l'accent, de manière inexacte dans une certaine mesure, sur la nécessité du passeport pour établir l'identité de l'intéressé au plan international et aux fins du droit de ce dernier de retourner au Canada.

[115] Au paragraphe 63, la Cour a fait état d'un nombre important de pays qui exigent le passeport pour l'accès à leur territoire. Le passeport donne véritablement effet au droit de sortir du Canada, vu qu'il s'agit du moyen principal permettant l'entrée dans d'autres pays.

[116] Pour ce qui est des attentes légitimes du demandeur, la Cour suprême a confirmé, dans *Baker* et plus récemment dans *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 405, que ce principe est un élément de la doctrine de l'équité ou de la justice naturelle. Il n'en découle pas des droits matériels. C'est pour cette raison que la Cour ne peut suivre entièrement la jurisprudence du Royaume-Uni portant sur la délivrance des passeports. Si l'on se conformait aux principes sur le sujet dans cette jurisprudence, une cour pourrait, peut-on présumer, prescrire à titre de réparation la délivrance d'un passeport.

[117] Les cours ont reconnu qu'il pouvait être difficile de distinguer entre réparation matérielle et réparation procédurale. Dans *Centre hospitalier Mont-Sinai*, la Cour a insisté sur le fait qu'il fallait éviter une qualification et une catégorisation formelles des pouvoirs. La Cour a également affirmé que c'est du ministre que relèvent les politiques générales d'intérêt public.

[118] En l'espèce, le pouvoir exercé n'est pas une politique générale d'intérêt public. Le fait qu'une réparation matérielle puisse découler de l'octroi de la réparation procédurale ne porte pas atteinte au droit procédural.

[119] Le principe de l'attente légitime requiert que le gouvernement, à tout le moins, suive les processus, les procédures et les pratiques habituelles comme il a annoncé qu'il le ferait à l'endroit d'un individu ou du grand public. Ce principe n'offre pas la garantie d'un

L'Heureux-Dubé articulated in paragraph 26 of her reasons in *Baker*:

As applied in Canada, if a legitimate expectation is found to exist, this will affect the content of the duty of fairness owed to the individual or individuals affected by the decision. If the claimant has a legitimate expectation that a certain procedure will be followed, this procedure will be required by the duty of fairness: *Qi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (F.C.T.D.); *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16 (C.A.). Similarly, if a claimant has a legitimate expectation that a certain result will be reached in his or her case, fairness may require more extensive procedural rights than would otherwise be accorded: D. J. Mullan, *Administrative Law* (3rd ed. 1996), at pp. 214-15; D. Shapiro, "Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law" (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282, at p. 297; *Canada (Attorney General) v. Human Rights Tribunal Panel (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1. Nevertheless, the doctrine of legitimate expectations cannot lead to substantive rights outside the procedural domain. This doctrine, as applied in Canada, is based on the principle that the "circumstances" affecting procedural fairness take into account the promises or regular practices of administrative decision-makers, and that it will generally be unfair for them to act in contravention of representations as to procedure, or to backtrack on substantive promises without according significant procedural rights.

[120] At the time of Khadr's application, the *Canadian Passport Order* represented that the powers over issuing, revoking, withholding, recovery and use of passports was vested in the Canadian Passport Office. Khadr was informed by the Chief Executive Officer of the Canadian Passport Office, without any indication of ministerial direction, that his passport application was denied.

[121] Based on the Order and the refusal letter, the only reasonable conclusion was that officials of the Canadian Passport Office made the decision. Only well into the litigation and upon receipt of the respondent's responding motion material was the true decision maker revealed. The clandestine decision making was never explained either as to its necessity or how it accords with the principle of procedural fairness.

résultat particulier. Comme l'a exprimé la juge L'Heureux-Dubé au paragraphe 26 de ses motifs dans *Baker* :

Au Canada, la reconnaissance qu'une attente légitime existe aura une incidence sur la nature de l'obligation d'équité envers les personnes visées par la décision. Si le demandeur s'attend légitimement à ce qu'une certaine procédure soit suivie, l'obligation d'équité exigera cette procédure : *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (C.F. 1^{re} inst.); *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16 (C.A.). De même, si un demandeur s'attend légitimement à un certain résultat, l'équité peut exiger des droits procéduraux plus étendus que ceux qui seraient autrement accordés : D. J. Mullan, *Administrative Law* (3^e éd. 1996), aux pp. 214 et 215; D. Shapiro, « Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law » (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282, à la p. 297; *Canada (Procureur général) c. Comité du tribunal des droits de la personne (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1. Néanmoins, la doctrine de l'attente légitime ne peut pas donner naissance à des droits matériels en dehors du domaine de la procédure. Cette doctrine, appliquée au Canada, est fondée sur le principe que les « circonstances » touchant l'équité procédurale comprennent les promesses ou pratiques habituelles des décideurs administratifs, et qu'il serait généralement injuste de leur part d'agir en contravention d'assurances données en matière de procédures, ou de revenir sur des promesses matérielles sans accorder de droits procéduraux importants.

[120] Lorsque M. Khadr a présenté sa demande, il était prévu dans le *Décret sur les passeports canadiens* que le pouvoir de délivrer, de révoquer, de retenir, de récupérer et d'utiliser les passeports était dévolu au Bureau canadien des passeports. Le président-directeur général du Bureau a informé M. Khadr, sans lui faire mention d'une directive ministérielle, que sa demande de passeport était rejetée.

[121] En se fondant sur le Décret et sur la lettre de refus, la seule conclusion raisonnable que pouvait tirer M. Khadr était que la décision avait été prise par des fonctionnaires du Bureau canadien des passeports. Ce n'est qu'à une étape avancée de l'instance et après avoir reçu le dossier de requête du défendeur que le demandeur a appris quel était le véritable décisionnaire. On ne lui a jamais donné d'explications quant à la nécessité du processus clandestin de prise de décision ni

[122] Knowing who the decision maker is or may be is an important aspect of the rules of natural justice and procedural fairness.

[123] It is an aspect of the principles of natural justice and fairness that one know the case one must meet. As one is entitled to notice of a proceeding, one is entitled to know who will decide and the basis on which the decision can be made.

[124] Justice MacKay in *Brink's Canada Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 2 F.C. 113 (T.D.), confirmed that knowing who the decision maker will be and the procedures to be followed are aspects of the principles of fairness. He also held that a change in who is the decision maker without any prior indication that such an event could happen would be a violation of the fairness principle.

[125] In the light of the *Canadian Passport Order* and the other promises and procedures held out to the public, the federal government represented that the issuance, refusal and revocation of passports would be determined by the Passport Office based on specific criteria, none of which are in conflict with any other law or statute of Canada. Therefore, a legitimate expectation in regard to the processing of the applicant's passport application must be found to exist.

[126] The Minister's decision is contrary to the fairness principle generally and to that legitimate expectation that the Minister directly and through officials of the Department created. The applicant is entitled to have that legitimate expectation met.

[127] In so saying, the Court is mindful of the applicant's admitted conduct; he would not necessarily qualify as a model citizen but that fact does not disentitle him to the application of fairness and natural justice to his passport application.

quant à sa conformité avec les principes d'équité procédurale.

[122] Or, savoir qui est ou pourrait être le décisionnaire est un aspect important des règles de justice naturelle et d'équité procédurale.

[123] L'un des principes de justice naturelle et d'équité procédurale, c'est que l'intéressé doit savoir ce qu'il lui faudra démontrer. Au même titre que l'intéressé a le droit d'être avisé de l'existence d'une procédure, il a le droit de savoir qui sera le décisionnaire et sur quels fondements ce dernier pourra prendre sa décision.

[124] Dans *Brink's Canada Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 2 C.F. 113 (1^{re} inst.), le juge MacKay a confirmé le principe portant que savoir qui sera le décisionnaire et quelles procédures seront suivies, sont là des aspects des principes d'équité. Il a également statué qu'un changement de décisionnaire sans que cette éventualité ait été évoquée constituerait une violation du principe d'équité.

[125] Au vu du *Décret sur les passeports canadiens* et des autres promesses et procédures qu'on a annoncées au public, le gouvernement fédéral a donné à entendre que la délivrance, le refus et la révocation des passeports allaient relever du Bureau des passeports, lequel se fonderait sur des critères déterminés, dont aucun n'est contraire à une autre loi ou un autre texte législatif du Canada. Il faut donc conclure en l'existence d'une attente légitime relativement au traitement de la demande de passeport du demandeur.

[126] La décision du ministre est contraire au principe d'équité de manière générale et à l'attente légitime que le ministre avait suscitée, directement ou par l'intermédiaire de fonctionnaires du ministère. Le demandeur a droit à ce qu'on réponde à cette attente.

[127] En affirmant cela, la Cour n'oublie pas la conduite du demandeur, admise par ce dernier. On ne qualifierait pas nécessairement le demandeur de citoyen modèle, mais ce fait ne doit pas le priver du droit de voir les principes d'équité et de justice naturelle s'appliquer à sa demande de passeport.

[128] In the interests of the protection of national security and the very legitimate public interest in countering terrorism and other threats, a nation which has as a core principle that of the rule of law, must still adhere to the very legal principles that it seeks to protect.

VI. REMEDY

[129] The respondent asks that the Court send the matter back to the Minister, to accord the applicant such procedural rights to notice and evidence as is feasible given the national security concerns, and that the matter be dealt with under the 2004 CPO.

[130] The respondent's proposed remedy would authorize the Minister to decide the passport application on the basis of new criteria not in place at the time Khadr made his filing. This would, in reality, give retrospective effect to the 2004 CPO, something not specifically authorized in that Order. To remit the matter to the Minister on this basis would be to violate the presumption against retroactivity of laws (*Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271).

[131] There is nothing in the 2004 CPO which would suggest that it was to have retroactive effect. The respondent in its own action memorandum confirmed that the then *Canadian Passport Order* did not include, as a grounds for refusal of a passport, the interests of national security. The 2004 CPO was intended to rectify this situation without anything, either in words or by implication, to suggest retroactive application.

[132] The doctrine of legitimate expectation is a significant procedural protection to the public at large from arbitrary government action. It has as its goal to put the person, at least procedurally, in the same position as if the impugned decision or action had not occurred. The only way in which that can occur is to

[128] Dans l'intérêt même de la protection de la sécurité nationale et l'intérêt très légitime du public à ce que soient contrés le terrorisme et d'autres dangers, une nation qui compte la primauté du droit parmi ses principes fondamentaux se doit de respecter les principes juridiques mêmes qu'elle vise à protéger.

VI. RÉPARATION

[129] Le défendeur demande à la Cour de renvoyer l'affaire au ministre, de façon à ce que le demandeur dispose des droits procéduraux que sont le droit d'être avisé et le droit de savoir quelle est la preuve à établir dans la mesure où cela peut se réaliser compte tenu des préoccupations quant à la sécurité nationale. Il demande que l'affaire soit traitée en conformité avec le Décret 2004.

[130] Si la mesure de réparation proposée par le défendeur était retenue, le ministre serait autorisé à statuer sur la demande de passeport en se fondant sur les nouveaux critères, qui n'étaient pas en vigueur au moment où M. Khadr a présenté sa demande. Dans les faits, cela donnerait un effet rétroactif au Décret 2004, ce qui n'est pas expressément autorisé par les dispositions de ce Décret. Renvoyer l'affaire au ministre selon cette modalité enfreindrait la présomption de non-rétroactivité des lois (*Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271).

[131] Aucune disposition du Décret 2004 ne laisse entendre que celui-ci doit avoir un effet rétroactif. Dans son propre mémoire, le défendeur a confirmé qu'on ne comptait pas dans le *Décret sur les passeports canadiens*, en sa version au moment pertinent, l'intérêt de la sécurité nationale parmi les motifs de refus d'un passeport. Le Décret 2004 visait à rectifier cette situation sans qu'aucune de ses dispositions, explicitement ou par implication, ne laisse croire en son application rétroactive.

[132] La doctrine de l'attente légitime constitue une importante protection procédurale pour le public en général à l'encontre des mesures gouvernementales arbitraires. Le but est de placer l'intéressé, du moins au plan de la procédure, dans la même position où il se serait trouvé si la décision ou l'acte contesté n'avait pas

remit the matter back to the Passport Office to be dealt with by it in accordance with the *Canadian Passport Order* as it was when the passport application was submitted.

[133] As indicated earlier, the procedural protection to have a passport decided by the Passport Office under the *Canadian Passport Order* does not necessarily mean that the applicant's passport is immune from the newer provisions of the 2004 CPO where the circumstances warrant.

[134] For these reasons, the Minister's decision to refuse to issue a passport to the applicant is quashed. In the exercise of the Court's discretion to fashion the appropriate remedy, the passport application is remitted to the Passport Office to be dealt with in an expeditious manner in accordance with the provisions of the *Canadian Passport Order*.

VII. COSTS

[135] The applicant asks for costs on a solicitor-client basis. I reject that request. There is no question of the good faith of the respondent or his officials. They acted as they believed appropriate in the public interest even when acting in a clandestine manner.

[136] The applicant succeeds in this case, not because he is a victim of malicious government abuse, but because of the importance of the principle of fairness and legitimate expectation owed to all Canadian citizens. Citizens must be able to rely upon what the government tells them about how the government will behave toward them. To the extent that the applicant is a genuine concern to national security, there are appropriate measures available.

[137] There is no basis for anything other than the usual award of party-and-party costs.

eu lieu. Or, le seul moyen d'y parvenir est de renvoyer l'affaire au Bureau des passeports pour qu'il la traite conformément au *Décret sur les passeports canadiens* en sa teneur au moment de la présentation de la demande de passeport.

[133] Tel que je l'ai déjà mentionné, la protection procédurale faisant en sorte que ce soit le Bureau des passeports qui doit statuer sur la demande de passeport conformément au *Décret sur les passeports canadiens* n'entraîne pas nécessairement comme conséquence que le passeport du demandeur échappe aux nouvelles dispositions du Décret 2004 lorsque les circonstances le justifient.

[134] Pour ces motifs, la décision du ministre de refuser de délivrer un passeport au demandeur est annulée. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de prévoir, une réparation appropriée, la Cour renvoie au Bureau des passeports la demande de passeport, qui devra être traitée avec célérité conformément aux dispositions du *Décret sur les passeports canadiens*.

VII. LES DÉPENS

[135] Le demandeur sollicite les dépens sur la base procureur-client. Je rejette cette demande. La bonne foi du défendeur et de ses représentants n'est pas mise en doute. Ceux-ci ont agi comme ils l'estimaient approprié dans l'intérêt public, même lorsqu'ils l'ont fait clandestinement.

[136] Le demandeur a gain de cause en l'espèce, non parce qu'il est victime d'un abus de pouvoir malveillant de la part du gouvernement, mais en raison de l'importance du principe de l'équité et de l'attente légitime applicable à tous les citoyens canadiens. Les citoyens doivent pouvoir se fier sur ce que le gouvernement leur dit quant à la façon dont il va les traiter. Des mesures appropriées peuvent être prises advenant que le demandeur suscite de véritables préoccupations pour la sécurité nationale.

[137] Rien n'appelle l'octroi d'autre chose que les dépens partie-partie habituels.

JUDGMENT

THE COURT ORDERS THAT:

- (a) this application for judicial review is granted;
- (b) the Minister's decision denying the applicant his passport is quashed;
- (c) the passport application is remitted to the Passport Office to be determined by it in an expeditious manner in accordance with the *Canadian Passport Order* as it was at the time that the application was filed; and
- (d) the applicant shall have his costs on the usual scale.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

- a) La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
- b) La décision du ministre de refuser au demandeur la délivrance de son passeport est annulée.
- c) La demande de passeport est renvoyée au Bureau des passeports pour qu'il la traite avec célérité conformément au *Décret sur les passeports canadiens* en sa teneur au moment de la présentation de la demande.
- d) Le demandeur a droit à ses dépens calculés de la façon ordinaire.