

**Prime Minister of Canada, Minister of Foreign Affairs, Director of the Canadian Security Intelligence Service and Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police** *Appellants*

v.

**Omar Ahmed Khadr** *Respondent*

and

**Amnesty International (Canadian Section, English Branch), Human Rights Watch, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program, David Asper Centre for Constitutional Rights, Canadian Coalition for the Rights of Children, Justice for Children and Youth, British Columbia Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Canadian Bar Association, Lawyers Without Borders Canada, Barreau du Québec, Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval, Canadian Civil Liberties Association and National Council for the Protection of Canadians Abroad** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADA (PRIME MINISTER) v. KHADR**

**2010 SCC 3**

File No.: 33289.

2009: November 13; 2010: January 29.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL**

*Constitutional law — Charter of Rights — Application — Canadian citizen detained by U.S. authorities at Guantanamo Bay — Canadian officials interviewing*

**Premier ministre du Canada, ministre des Affaires étrangères, directeur du Service canadien du renseignement de sécurité et commissaire de la Gendarmerie royale du Canada** *Appellants*

c.

**Omar Ahmed Khadr** *Intimé*

et

**Amnesty International (Canadian Section, English Branch), Human Rights Watch, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program, David Asper Centre for Constitutional Rights, Coalition canadienne pour les droits des enfants, Justice for Children and Youth, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association du Barreau canadien, Avocats sans frontières Canada, Barreau du Québec, Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval, Association canadienne des libertés civiles et National Council for the Protection of Canadians Abroad** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PREMIER MINISTRE) c. KHADR**

**2010 CSC 3**

N° du greffe : 33289.

2009 : 13 novembre; 2010 : 29 janvier.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Citoyen canadien détenu par les autorités américaines à Guantanamo — Interrogatoire d'un détenu*

*detainee knowing that he had been subjected to sleep deprivation and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Whether process in place at Guantanamo Bay at that time violated Canada's international human rights obligations — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to conduct of Canadian state officials alleged to have breached detainee's constitutional rights.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Canadian citizen detained by U.S. authorities at Guantanamo Bay — Canadian officials interviewing detainee knowing that he had been subjected to sleep deprivation and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Whether conduct of Canadian officials deprived detainee of his right to liberty and security of person — If so, whether deprivation of detainee's right is in accordance with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Request for repatriation — Canadian citizen detained by U.S. authorities at Guantanamo Bay — Canadian officials interviewing detainee knowing that he had been subjected to sleep deprivation and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Violation of detainee's right to liberty and security of person guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms — Detainee seeking order that Canada request his repatriation from Guantanamo Bay — Whether remedy sought is just and appropriate in circumstances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).*

*Courts — Jurisdiction — Crown prerogative over foreign relations — Courts' power to review and intervene on matters of foreign affairs to ensure constitutionality of executive action.*

K, a Canadian, has been detained by the U.S. military at Guantanamo Bay, Cuba, since 2002, when he was a minor. In 2004, he was charged with war crimes, but the U.S. trial is still pending. In 2003, agents from two Canadian intelligence services, CSIS and DFAIT, questioned K on matters connected to the charges pending against him, and shared the product of these interviews with U.S. authorities. In 2004, a DFAIT official interviewed K again, with knowledge that he had been subjected by U.S. authorities to a sleep deprivation

*par des responsables canadiens qui savaient qu'il avait été privé de sommeil et communication du contenu des interrogatoires aux autorités américaines — Le processus en place à Guantanamo à l'époque violait-il les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne? — La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle à la conduite de responsables canadiens qui auraient violé les droits constitutionnels du détenu?*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Citoyen canadien détenu par les autorités américaines à Guantanamo — Interrogatoire d'un détenu par des responsables canadiens qui savaient qu'il avait été privé de sommeil et communication du contenu des interrogatoires aux autorités américaines — La conduite des responsables canadiens a-t-elle porté atteinte aux droits du détenu à la liberté et à la sécurité de sa personne? — Si oui, l'atteinte était-elle compatible avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Demande de rapatriement — Citoyen canadien détenu par les autorités américaines à Guantanamo — Interrogatoire d'un détenu par des responsables canadiens qui savaient qu'il avait été privé de sommeil et communication du contenu des interrogatoires aux autorités américaines — Violation des droits du détenu à la liberté et à la sécurité de sa personne garantis par la Charte canadienne des droits et libertés — Sollicitation par le détenu d'une ordonnance intimant au Canada de demander son rapatriement — La réparation demandée est-elle juste et convenable eu égard aux circonstances? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).*

*Tribunaux — Compétence — Prérogative royale en matière de relations internationales — Pouvoir des tribunaux d'examiner les questions relatives aux affaires étrangères et d'intervenir à leur égard pour s'assurer de la constitutionnalité de l'action de l'exécutif.*

K, un Canadien, est détenu à Guantanamo par les autorités militaires américaines depuis 2002. Il était alors mineur. En 2004, il a été accusé de crimes de guerre, mais le procès qu'il doit subir aux États-Unis est toujours pendant. En 2003, des agents des services de renseignements du SCRS et du MAECI ont interrogé K sur des sujets liés aux accusations portées contre lui et ont relayé l'information recueillie aux autorités américaines. En 2004, un responsable du MAECI a interrogé K une nouvelle fois, en sachant que les autorités

technique, known as the “frequent flyer program”, to make him less resistant to interrogation. In 2008, in *Canada (Justice) v. Khadr* (“*Khadr 2008*”), this Court held that the regime in place at Guantanamo Bay constituted a clear violation of Canada’s international human rights obligations, and, under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ordered the Canadian government to disclose to K the transcripts of the interviews he had given to CSIS and DFAIT, which it did. After repeated requests by K that the Canadian government seek his repatriation, the Prime Minister announced his decision not to do so. K then applied to the Federal Court for judicial review, alleging that the decision violated his rights under s. 7 of the *Charter*. The Federal Court held that under the special circumstances of this case, Canada had a duty to protect K under s. 7 of the *Charter* and ordered the government to request his repatriation. The Federal Court of Appeal upheld the order, but stated that the s. 7 breach arose from the interrogation conducted in 2004 with the knowledge that K had been subjected to the “frequent flyer program”.

*Held:* The appeal should be allowed in part.

Canada actively participated in a process contrary to its international human rights obligations and contributed to K’s ongoing detention so as to deprive him of his right to liberty and security of the person, guaranteed by s. 7 of the *Charter*, not in accordance with the principles of fundamental justice. Though the process to which K is subject has changed, his claim is based upon the same underlying series of events considered in *Khadr 2008*. As held in that case, the *Charter* applies to the participation of Canadian officials in a regime later found to be in violation of fundamental rights protected by international law. There is a sufficient connection between the government’s participation in the illegal process and the deprivation of K’s liberty and security of the person. While the U.S. is the primary source of the deprivation, it is reasonable to infer from the uncontradicted evidence before the Court that the statements taken by Canadian officials are contributing to K’s continued detention. The deprivation of K’s right to liberty and security of the person is not in accordance with the principles of fundamental justice. The interrogation of a youth detained without access to counsel, to elicit statements about serious criminal charges while knowing that the youth had been subjected to sleep deprivation and while knowing that the

américaines l’avaient soumis à une technique de privation de sommeil connue sous le nom de « programme grand voyageur », dans le but d’amoinrir sa résistance lors des interrogatoires. En 2008, dans *Canada (Justice) c. Khadr* (« *Khadr 2008* »), la Cour a conclu que le régime en place à Guantanamo constituait une violation manifeste des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne et, se fondant sur l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, a ordonné au gouvernement canadien de communiquer à K les transcriptions des interrogatoires auxquels il avait été soumis par des agents du SCRS et du MAECI, ce qui fut fait. Après que K eut demandé à plusieurs reprises que le gouvernement canadien sollicite son rapatriement, le premier ministre a annoncé sa décision de ne pas le faire. K a alors présenté, à la Cour fédérale, une demande de contrôle judiciaire faisant valoir que la décision violait les droits qui lui sont garantis par l’art. 7 de la *Charte*. La Cour fédérale a conclu que, dans les circonstances particulières de l’espèce, le Canada avait l’obligation de protéger K en application de l’art. 7 de la *Charte* et a ordonné au gouvernement de demander son rapatriement. La Cour d’appel fédérale a confirmé l’ordonnance, mais a affirmé que l’atteinte à l’art. 7 découlait de l’interrogatoire mené en 2004 auquel on avait procédé en sachant que K avait été soumis au « programme grand voyageur ».

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli en partie.

Le Canada a activement participé à un processus contraire aux obligations internationales qui lui incombent en matière de droits de la personne et a contribué à la détention continue de K, de telle sorte qu’il a porté atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui garantit l’art. 7 de la *Charte*, et ce, de manière incompatible avec les principes de justice fondamentale. S’il est vrai que la procédure à laquelle est soumis K a changé, la demande qu’il formule repose sur la série de faits déjà examinée dans *Khadr 2008*. Comme la Cour l’a conclu dans cet arrêt, la *Charte* s’applique à la participation de responsables canadiens à un régime jugé ultérieurement en violation de droits fondamentaux protégés par le droit international. Il existe un lien suffisant entre la participation du gouvernement au processus illégal et l’atteinte à la liberté et à la sécurité de K. Même si les États-Unis sont la source première de l’atteinte, il est raisonnable de déduire de la preuve non contredite portée à notre connaissance que les déclarations recueillies par des responsables canadiens contribuent à la détention continue de K. L’atteinte aux droits de K à la liberté et à la sécurité de sa personne n’est pas compatible avec les principes de justice fondamentale. Interroger un adolescent détenu sans qu’il ait pu consulter un avocat pour lui soutirer des déclarations

fruits of the interrogations would be shared with the prosecutors, offends the most basic Canadian standards about the treatment of detained youth suspects.

K is entitled to a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. The remedy sought by K — an order that Canada request his repatriation — is sufficiently connected to the *Charter* breach that occurred in 2003 and 2004 because of the continuing effect of this breach into the present and its possible effect on K's ultimate trial. While the government must have flexibility in deciding how its duties under the royal prerogative over foreign relations are discharged, the executive is not exempt from constitutional scrutiny. Courts have the jurisdiction and the duty to determine whether a prerogative power asserted by the Crown exists; if so, whether its exercise infringes the *Charter* or other constitutional norms; and, where necessary, to give specific direction to the executive branch of the government. Here, the trial judge misdirected himself in ordering the government to request K's repatriation, in view of the constitutional responsibility of the executive to make decisions on matters of foreign affairs and the inconclusive state of the record. The appropriate remedy in this case is to declare that K's *Charter* rights were violated, leaving it to the government to decide how best to respond in light of current information, its responsibility over foreign affairs, and the *Charter*.

### Cases Cited

**Applied:** *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; **referred to:** *Khadr v. Canada*, 2005 FC 1076, [2006] 2 F.C.R. 505; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); *Boumediene v. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *United States of America v. Jawad*, Military Commission, September 24, 2008, online: [www.defense.gov/news/Ruling%20D-008.pdf](http://www.defense.gov/news/Ruling%20D-008.pdf); *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Re*

relatives à des accusations criminelles sérieuses, tout en sachant qu'il a été privé de sommeil et que les fruits des interrogatoires seraient communiqués aux procureurs américains, contrevient aux normes canadiennes les plus élémentaires quant aux traitements à accorder aux suspects adolescents détenus.

K a droit à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. La réparation demandée par K — une ordonnance intimant au Canada de demander son rapatriement — est suffisamment liée à la violation de la *Charte* survenue en 2003 et 2004 parce que les incidences de cette violation persistent jusqu'à présent et pourraient influencer sur son procès lorsqu'il sera finalement tenu. Bien que le gouvernement doive disposer d'une certaine marge de manœuvre lorsqu'il décide de quelle manière il doit s'acquitter des obligations relevant de sa prérogative en matière de relations étrangères, l'exécutif n'est pas à l'abri du contrôle constitutionnel. Les tribunaux ont compétence, et sont tenus d'exercer cette compétence, pour déterminer si la prérogative invoquée par la Couronne existe véritablement et, dans l'affirmative, pour décider si son exercice contrevient à la *Charte* ou à d'autres normes constitutionnelles. Lorsque cela s'avère nécessaire, les tribunaux ont aussi compétence pour donner à la branche exécutive du gouvernement des directives spécifiques. En l'espèce, le juge de première instance s'est fondé sur des considérations erronées en ordonnant au gouvernement de demander le rapatriement de K, compte tenu de la responsabilité constitutionnelle de l'exécutif de prendre les décisions concernant les affaires étrangères et du dossier qui n'est pas suffisamment probant. La réparation appropriée, en l'espèce, consiste à déclarer que les droits de K garantis par la *Charte* ont été violés, et à laisser au gouvernement le soin de décider de quelle manière il convient de répondre à la lumière de l'information dont il dispose actuellement, de sa responsabilité en matière d'affaires étrangères et de la *Charte*.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *Khadr c. Canada*, 2005 CF 1076, [2006] 2 R.C.F. 505; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Hamdan c. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); *Boumediene c. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *United States of America c. Jawad*, commission militaire, 24 septembre 2008, en ligne : [www.defense.gov/news/Ruling%20D-008.pdf](http://www.defense.gov/news/Ruling%20D-008.pdf); *R. c. Collins*, [1987]

*B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269; *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 199 D.L.R. (4th) 228; *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Kaunda v. President of the Republic of South Africa*, [2004] ZACC 5, 136 I.L.R. 452; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 24(1).  
*Department of Foreign Affairs and International Trade Act*, R.S.C. 1985, c. E-22, s. 10.  
*Detainee Treatment Act of 2005*, Pub. L. 109-148, 119 Stat. 2739.  
*Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600.

### Authors Cited

Canada. Security Intelligence Review Committee. *CSIS's Role in the Matter of Omar Khadr*. Ottawa: The Committee, 2009.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2009, release 1).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Evans and Sharlow JJ.A.), 2009 FCA 246, 310 D.L.R. (4th) 462, 393 N.R. 1, [2009] F.C.J. No. 893 (QL), 2009 CarswellNat 2364, affirming a decision of O'Reilly J., 2009 FC 405, 341 F.T.R. 300, 188 C.R.R. (2d) 342, [2009] F.C.J. No. 462 (QL), 2009 CarswellNat 1206. Appeal allowed in part.

*Robert J. Frater, Doreen C. Mueller and Jeffrey G. Johnston*, for the appellants.

*Nathan J. Whitling and Dennis Edney*, for the respondent.

*Sacha R. Paul, Vanessa Gruben and Michael Bossin*, for the intervener Amnesty International (Canadian Section, English Branch).

1 R.C.S. 265; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269; *Black c. Canada (Prime Minister)* (2001), 199 D.L.R. (4th) 228; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Kaunda c. President of the Republic of South Africa*, [2004] ZACC 5, 136 I.L.R. 452; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 24(1).  
*Detainee Treatment Act of 2005*, Pub. L. 109-148, 119 Stat. 2739.  
*Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*, L.R.C. 1985, ch. E-22, art. 10.  
*Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600.

### Doctrine citée

Canada. Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. *Le rôle du SCRS dans l'affaire Omar Khadr*. Ottawa : Le comité, 2009.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2009, release 1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Nadon, Evans et Sharlow), 2009 CAF 246, 310 D.L.R. (4th) 462, 393 N.R. 1, [2009] A.C.F. n° 893 (QL), 2009 CarswellNat 2699, qui a confirmé une décision du juge O'Reilly, 2009 CF 405, 341 F.T.R. 300, 188 C.R.R. (2d) 342, [2009] A.C.F. n° 462 (QL), 2009 CarswellNat 1472. Pourvoi accueilli en partie.

*Robert J. Frater, Doreen C. Mueller et Jeffrey G. Johnston*, pour les appelants.

*Nathan J. Whitling et Dennis Edney*, pour l'intimé.

*Sacha R. Paul, Vanessa Gruben et Michael Bossin*, pour l'intervenante Amnesty International (Canadian Section, English Branch).

*John Norris, Brydie Bethell and Audrey Macklin*, for the interveners Human Rights Watch, the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program and the David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Emily Chan and Martha Mackinnon*, for the interveners the Canadian Coalition for the Rights of Children and Justice for Children and Youth.

*Sujit Choudhry and Joseph J. Arvay, Q.C.*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Brian H. Greenspan*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Lorne Waldman and Jacqueline Swaisland*, for the intervener the Canadian Bar Association.

*Simon V. Potter, Pascal Paradis, Sylvie Champagne and Fannie Lafontaine*, for the interveners Lawyers Without Borders Canada, Barreau du Québec and Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval.

*Marlys A. Edwardh, Adriel Weaver and Jessica Orkin*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Dean Peroff, Chris MacLeod and H. Scott Fairley*, for the intervener the National Council for the Protection of Canadians Abroad.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

## I. Introduction

[1] Omar Khadr, a Canadian citizen, has been detained by the United States government at Guantanamo Bay, Cuba, for over seven years. The Prime Minister asks this Court to reverse the decision of the Federal Court of Appeal requiring the Canadian government to request the United States to return Mr. Khadr from Guantanamo Bay to Canada.

*John Norris, Brydie Bethell et Audrey Macklin*, pour les intervenants Human Rights Watch, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program et David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Emily Chan et Martha Mackinnon*, pour les intervenants la Coalition canadienne pour les droits des enfants et Justice for Children and Youth.

*Sujit Choudhry et Joseph J. Arvay, c.r.*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

*Brian H. Greenspan*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Lorne Waldman et Jacqueline Swaisland*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

*Simon V. Potter, Pascal Paradis, Sylvie Champagne et Fannie Lafontaine*, pour les intervenants Avocats sans frontières Canada, le Barreau du Québec et le Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval.

*Marlys A. Edwardh, Adriel Weaver et Jessica Orkin*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Dean Peroff, Chris MacLeod et H. Scott Fairley*, pour l'intervenant National Council for the Protection of Canadians Abroad.

Version française du jugement rendu par

LA COUR —

## I. Introduction

[1] Omar Khadr, un citoyen canadien, est détenu à Guantanamo (Cuba) par le gouvernement des États-Unis depuis plus de sept ans. Le premier ministre voudrait que la Cour infirme la décision par laquelle la Cour d'appel fédérale a ordonné au gouvernement canadien de demander aux États-Unis le rapatriement de M. Khadr au Canada.

[2] For the reasons that follow, we agree with the courts below that Mr. Khadr's rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were violated. However, we conclude that the order made by the lower courts that the government request Mr. Khadr's return to Canada is not an appropriate remedy for that breach under s. 24(1) of the *Charter*. Consistent with the separation of powers and the well-grounded reluctance of courts to intervene in matters of foreign relations, the proper remedy is to grant Mr. Khadr a declaration that his *Charter* rights have been infringed, while leaving the government a measure of discretion in deciding how best to respond. We would therefore allow the appeal in part.

## II. Background

[3] Mr. Khadr was 15 years old when he was taken prisoner on July 27, 2002, by U.S. forces in Afghanistan. He was alleged to have thrown a grenade that killed an American soldier in the battle in which he was captured. About three months later, he was transferred to the U.S. military installation at Guantanamo Bay. He was placed in adult detention facilities.

[4] On September 7, 2004, Mr. Khadr was brought before a Combatant Status Review Tribunal which affirmed a previous determination that he was an "enemy combatant". He was subsequently charged with war crimes and held for trial before a military commission. In light of a number of procedural delays and setbacks, that trial is still pending.

[5] In February and September 2003, agents from the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS") and the Foreign Intelligence Division of the Department of Foreign Affairs and International Trade ("DFAIT") questioned Mr. Khadr on matters connected to the charges pending against him

[2] Pour les motifs exposés ci-après, nous estimons, à l'instar des juridictions inférieures, que les droits garantis à M. Khadr par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été violés. Nous arrivons toutefois à la conclusion que l'ordre donné par les tribunaux d'instances inférieures au gouvernement de demander le renvoi de M. Khadr au Canada ne constitue pas la réparation convenable de cette violation visée au par. 24(1) de la *Charte*. Conformément à la séparation des pouvoirs et à la réticence légitime des tribunaux à intervenir dans les questions relatives aux affaires étrangères, la réparation appropriée consiste à prononcer, en faveur de M. Khadr, un jugement déclaratoire confirmant la violation des droits qui lui sont garantis par la *Charte*, tout en laissant au gouvernement une certaine latitude pour décider de la manière dont il convient de répondre. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi en partie.

## II. Le contexte

[3] M. Khadr était âgé de 15 ans lorsqu'il a été fait prisonnier par les forces américaines en Afghanistan, le 27 juillet 2002. Il lui est reproché d'avoir lancé une grenade qui a tué un soldat américain, lors du combat au cours duquel il a été capturé. Trois mois plus tard environ, il a été transféré aux installations militaires américaines à Guantanamo et placé dans un centre de détention pour adultes.

[4] Le 7 septembre 2004, M. Khadr a été traduit devant un tribunal d'examen du statut de combattant (*Combatant Status Review Tribunal*) qui a confirmé une décision antérieure selon laquelle il était un [TRADUCTION] « combattant ennemi ». Par la suite, il a été accusé de crimes de guerre et détenu en vue de la tenue d'un procès devant une commission militaire. Par suite de nombreux reports et obstacles de nature procédurale, ce procès est toujours pendant.

[5] En février et en septembre 2003, des agents du Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS ») et des membres de la Direction du renseignement extérieur du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (« MAECI ») ont interrogé M. Khadr sur des sujets

and shared the product of these interviews with U.S. authorities. In March 2004, a DFAIT official interviewed Mr. Khadr again, with the knowledge that he had been subjected by U.S. authorities to a sleep deprivation technique, known as the “frequent flyer program”, in an effort to make him less resistant to interrogation. During this interview, Mr. Khadr refused to answer questions. In 2005, von Finckenstein J. of the Federal Court issued an interim injunction preventing CSIS and DFAIT agents from further interviewing Mr. Khadr in order “to prevent a potential grave injustice” from occurring: *Khadr v. Canada*, 2005 FC 1076, [2006] 2 F.C.R. 505, at para. 46. In 2008, this Court ordered the Canadian government to disclose to Mr. Khadr the transcripts of the interviews he had given to CSIS and DFAIT in Guantanamo Bay, under s. 7 of the *Charter: Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125 (“*Khadr 2008*”).

[6] Mr. Khadr has repeatedly requested that the Government of Canada ask the United States to return him to Canada: in March 2005 during a Canadian consular visit; on December 15, 2005, when a welfare report noted that “[Mr. Khadr] wants his government to bring him back home” (Report of Welfare Visit, Exhibit “L” to Affidavit of Sean Robertson, December 15, 2005 (J.R., vol. IV, at p. 534)); and in a formal written request through counsel on July 28, 2008.

[7] The Prime Minister announced his decision not to request Mr. Khadr’s repatriation on July 10, 2008, during a media interview. The Prime Minister provided the following response to a journalist’s question, posed in French, regarding whether the government would seek repatriation:

[TRANSLATION] The answer is no, as I said the former Government, and our Government with the notification of the Minister of Justice had considered all these

liés aux accusations portées contre lui et ont relayé l’information recueillie aux autorités américaines. En mars 2004, un responsable du MAECI a interrogé M. Khadr une nouvelle fois, en sachant que les autorités américaines l’avaient soumis à une technique de privation de sommeil, connue sous le nom de « programme grand voyageur » (*frequent flyer program*), dans le but d’amoindrir sa résistance lors des interrogatoires. Durant cet interrogatoire, M. Khadr a refusé de répondre aux questions. En 2005, le juge von Finckenstein, de la Cour fédérale, interdisait par une injonction provisoire aux agents du SCRS et aux fonctionnaires du MAECI d’interroger M. Khadr de nouveau, « pour empêcher une éventuelle injustice grave » : *Khadr c. Canada*, 2005 CF 1076, [2006] 2 R.C.F. 505, par. 46. En 2008, notre Cour, se fondant sur l’art. 7 de la *Charte*, ordonnait au gouvernement canadien de communiquer à M. Khadr les transcriptions des interrogatoires auxquels il avait été soumis par des agents du SCRS et du MAECI à Guantanamo : *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125 (« *Khadr 2008* »).

[6] M. Khadr a demandé à plusieurs reprises que le gouvernement du Canada sollicite auprès des États-Unis son rapatriement au Canada : en mars 2005, lors d’une visite de responsables consulaires canadiens; le 15 décembre 2005, lorsqu’il a été indiqué dans un rapport sur le bien-être de M. Khadr que [TRADUCTION] « [ce dernier] veut que son gouvernement le ramène au pays » (*Rapport quant à une visite relative au bien-être*, pièce « L », jointe à l’affidavit de Sean Robertson, 15 décembre 2005 (D.C., vol. IV, p. 534)); et dans une demande écrite officielle présentée par l’intermédiaire de son avocat le 28 juillet 2008.

[7] Le 10 juillet 2008, lors d’une conférence de presse, le premier ministre a annoncé sa décision de ne pas demander le rapatriement de M. Khadr. À une question que lui a posée une journaliste en français pour savoir si le gouvernement allait demander le rapatriement, il a répondu ceci :

La réponse c’est non. Comme je l’ai dit, l’ancien gouvernement et notre gouvernement, avec l’avis du ministère de la Justice, ont considéré toutes ces questions-là et la



issues and the situation remains the same. . . . We keep on looking for [assurances] of good treatment of Mr. Khadr.

(<http://watch.ctv.ca/news/clip65783#clip65783>, at 3'3", referred to in Affidavit of April Bedard, August 8, 2008 (J.R., vol. II, at pp. 131-32).)

[8] On August 8, 2008, Mr. Khadr applied to the Federal Court for judicial review of the government's "ongoing decision and policy" not to seek his repatriation (Notice of Application filed by the respondent, August 8, 2008 (J.R., vol. II, at p. 113)). He alleged that the decision and policy infringed his rights under s. 7 of the *Charter*, which states:

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

[9] After reviewing the history of Mr. Khadr's detention and applicable principles of Canadian and international law, O'Reilly J. concluded that in these special circumstances, Canada has a "duty to protect" Mr. Khadr (2009 FC 405, 341 F.T.R. 300). He found that "[t]he ongoing refusal of Canada to request Mr. Khadr's repatriation to Canada offends a principle of fundamental justice and violates Mr. Khadr's rights under s. 7 of the *Charter*" (para. 92). Also, he held that "[t]o mitigate the effect of that violation, Canada must present a request to the United States for Mr. Khadr's repatriation to Canada as soon as practicable" (para. 92).

[10] The majority judgment of the Federal Court of Appeal (*per* Evans and Sharlow J.J.A.) upheld O'Reilly J.'s order, but defined the s. 7 breach more narrowly. The majority of the Court of Appeal found that it arose from the March 2004 interrogation conducted with the knowledge that Mr. Khadr had been subject to the "frequent flyer program", characterized by the majority as involving cruel and abusive treatment contrary to the principles of fundamental justice: 2009 FCA 246, 310 D.L.R. (4th) 462. Dissenting, Nadon J.A. reviewed the many

situation reste la même. [ . . . ] Nous continuons à chercher des assurances de bon traitement de M. Khadr.

(<http://watch.ctv.ca/news/clip65783#clip65783>, à 3 min. 3 sec., auquel renvoie l'affidavit d'April Bedard, 8 août 2008 (D.C., vol. II, p. 131-132).)

[8] Le 8 août 2008, M. Khadr a présenté, à la Cour fédérale, une demande de contrôle judiciaire à l'égard de [TRADUCTION] « la décision et [de] la politique inchangée » (Avis de demande de l'intimé, 8 août 2008 (D.C., vol. II, p. 113)) du gouvernement de ne pas demander son rapatriement. Cette décision et cette politique violaient, selon lui, les droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la *Charte*, dont voici le texte :

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

[9] Après avoir passé en revue l'historique de la détention de M. Khadr et les principes applicables du droit canadien et du droit international, le juge O'Reilly a conclu que, dans les circonstances particulières de l'espèce, le Canada avait « l'obligation de protéger » M. Khadr (2009 CF 405, [2009] A.C.F. n° 462 (QL)). Il a jugé que « [l]e refus constant du Canada de solliciter le rapatriement de M. Khadr est contraire à un principe de justice fondamentale et porte atteinte aux droits que l'article 7 de la *Charte* lui garantit » (par. 92). En outre, il a conclu que « [p]our atténuer l'effet de cette atteinte, le Canada [devait] demander le plus tôt possible aux États-Unis de rapatrier M. Khadr » (par. 92).

[10] Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale (les juges Evans et Sharlow) ont confirmé l'ordonnance du juge O'Reilly, tout en définissant cependant de façon plus étroite l'atteinte à l'art. 7. Ils ont jugé que cette atteinte découlait de l'interrogatoire de mars 2004 auquel on avait procédé en sachant que M. Khadr avait été soumis au « programme grand voyageur » qui, selon les juges majoritaires, constituait un traitement cruel et abusif contraire aux principes de justice fondamentale : 2009 CAF 246, [2009] A.C.F. n° 893 (QL).

steps the government had taken on Mr. Khadr's behalf and held that since the Constitution conferred jurisdiction over foreign affairs on the executive branch of government, the remedy sought was beyond the power of the courts to grant.

### III. The Issues

[11] Mr. Khadr argues that the government has breached his rights under s. 7 of the *Charter*, and that the appropriate remedy for this breach is an order that the government request the United States to return him to Canada.

[12] Mr. Khadr does not suggest that the government is obliged to request the repatriation of all Canadian citizens held abroad in suspect circumstances. Rather, his contention is that the conduct of the government of Canada in connection with his detention by the U.S. military in Guantanamo Bay, and in particular Canada's collaboration with the U.S. government in 2003 and 2004, violated his rights under the *Charter*, and requires as a remedy that the government now request his return to Canada. The issues that flow from this claim may be summarized as follows:

- A. Was There a Breach of Section 7 of the *Charter*?
1. Does the *Charter* apply to the conduct of Canadian state officials alleged to have infringed Mr. Khadr's s. 7 *Charter* rights?
  2. If so, does the conduct of the Canadian government deprive Mr. Khadr of the right to life, liberty or security of the person?
  3. If so, does the deprivation accord with the principles of fundamental justice?

Le juge Nadon, dissident, a rappelé les nombreuses mesures que le gouvernement avait prises en faveur de M. Khadr. Il est arrivé à la conclusion que puisque la Constitution conférait à la branche exécutive du gouvernement la compétence en matière d'affaires étrangères, la réparation souhaitée allait au-delà de ce que les tribunaux avaient le pouvoir d'octroyer.

### III. Les questions en litige

[11] M. Khadr soutient que le gouvernement a violé les droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte* et que la réparation convenable consiste à ordonner au gouvernement de demander aux États-Unis son rapatriement au Canada.

[12] M. Khadr ne prétend pas que le gouvernement est tenu de demander le rapatriement de tous les citoyens canadiens détenus à l'étranger dans des circonstances suspectes. Il soutient plutôt que la conduite du gouvernement du Canada à l'égard de sa détention à Guantanamo par les autorités militaires américaines, et en particulier la collaboration du Canada avec le gouvernement américain en 2003 et 2004, a porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte*. Il exige en outre, à titre de réparation, que le gouvernement demande maintenant son rapatriement au Canada. Les questions soulevées par cette demande peuvent être résumées de la façon suivante :

- A. Y a-t-il eu violation de l'art. 7 de la *Charte*?
1. La *Charte* s'applique-t-elle à la conduite des responsables canadiens qui, selon M. Khadr, ont porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*?
  2. Si tel est le cas, la conduite du gouvernement canadien porte-t-elle atteinte aux droits de M. Khadr à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne?
  3. Si tel est le cas, cette atteinte est-elle compatible avec les principes de justice fondamentale?

B. Is the Remedy Sought Appropriate and Just in All the Circumstances?

[13] We will consider each of these issues in turn.

A. *Was There a Breach of Section 7 of the Charter?*

1. Does the Canadian Charter Apply to the Conduct of the Canadian State Officials Alleged to Have Infringed Mr. Khadr's Section 7 Charter Rights?

[14] As a general rule, Canadians abroad are bound by the law of the country in which they find themselves and cannot avail themselves of their rights under the *Charter*. International customary law and the principle of comity of nations generally prevent the *Charter* from applying to the actions of Canadian officials operating outside of Canada: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 48, *per* LeBel J., citing *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at para. 123. The jurisprudence leaves the door open to an exception in the case of Canadian participation in activities of a foreign state or its agents that are contrary to Canada's international obligations or fundamental human rights norms: *Hape*, at para. 52, *per* LeBel J.; *Khadr 2008*, at para. 18.

[15] The question before us, then, is whether the rule against the extraterritorial application of the *Charter* prevents the *Charter* from applying to the actions of Canadian officials at Guantanamo Bay.

[16] This question was addressed in *Khadr 2008*, in which this Court held that the *Charter* applied to the actions of Canadian officials operating at Guantanamo Bay who handed the fruits of their interviews over to U.S. authorities. This Court held, at para. 26, that “the principles of international law and comity that might otherwise preclude application of the *Charter* to Canadian officials acting abroad do not apply to the assistance they gave to U.S. authorities at Guantanamo Bay”, given holdings of the Supreme Court of the United

B. La réparation demandée est-elle convenable et juste eu égard à toutes les circonstances?

[13] Nous étudierons chacune de ces questions successivement.

A. *Y a-t-il eu violation de l'art. 7 de la Charte?*

1. La Charte canadienne s'applique-t-elle à la conduite des responsables canadiens qui, selon M. Khadr, ont porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la Charte?

[14] De manière générale, les Canadiens qui sont à l'étranger sont assujettis au droit du pays où ils se trouvent et ne peuvent pas se prévaloir des droits que leur garantit la *Charte*. Le droit international coutumier et le principe de la courtoisie entre les nations s'opposent, en règle générale, à l'application de la *Charte* aux actions des responsables canadiens en mission à l'étranger : *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 48, le juge LeBel citant *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 123. La jurisprudence prévoit une exception dans le cas d'une participation canadienne à des activités d'un État étranger ou de ses représentants qui sont contraires aux obligations internationales du Canada ou aux normes relatives aux droits fondamentaux de la personne : *Hape*, par. 52, le juge LeBel; *Khadr 2008*, par. 18.

[15] La question dont nous sommes saisis est donc celle de savoir si la règle excluant l'application extraterritoriale de la *Charte* empêche son application aux actions de responsables canadiens à Guantanamo.

[16] Statuant sur cette question dans *Khadr 2008*, la Cour a conclu que la *Charte* s'appliquait aux actions des responsables canadiens en mission à Guantanamo qui avaient transmis aux autorités américaines le fruit de leurs interrogatoires avec M. Khadr. La Cour a conclu, au par. 26, que « les principes du droit international et de la courtoisie entre les nations qui, dans d'autres circonstances, pourraient soustraire à l'application de la *Charte* les actes des responsables canadiens en mission à l'étranger ne s'appliquent pas à l'assistance fournie en l'espèce

States that the military commission regime then in place constituted a clear violation of fundamental human rights protected by international law: see *Khadr 2008*, at para. 24; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), and *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006). The principles of fundamental justice thus required the Canadian officials who had interrogated Mr. Khadr to disclose to him the contents of the statements he had given them. The Canadian government complied with this Court's order.

[17] We note that the regime under which Mr. Khadr is currently detained has changed significantly in recent years. The U.S. Congress has legislated and the U.S. courts have acted with the aim of bringing the military processes at Guantanamo Bay in line with international law. (The *Detainee Treatment Act of 2005*, Pub. L. 109-148, 119 Stat. 2739, prohibited inhumane treatment of detainees and required interrogations to be performed according to the Army field manual. The *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600, attempted to legalize the Guantanamo regime after the U.S. Supreme Court's ruling in *Hamdan v. Rumsfeld*. However, on June 12, 2008, in *Boumediene v. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008), the U.S. Supreme Court held that Guantanamo Bay detainees have a constitutional right to *habeas corpus*, and struck down the provisions of the *Military Commissions Act of 2006* that suspended that right.)

[18] Though the process to which Mr. Khadr is subject has changed, his claim is based upon the same underlying series of events at Guantanamo Bay (the interviews and evidence-sharing of 2003 and 2004) that we considered in *Khadr 2008*. We are satisfied that the rationale in *Khadr 2008* for applying the *Charter* to the actions of Canadian officials at Guantanamo Bay governs this case as well.

aux autorités américaines à Guantanamo », étant donné les arrêts de la Cour suprême des États-Unis selon lesquels le régime de commission militaire alors en vigueur constituait une atteinte manifeste aux droits fondamentaux de la personne reconnus en droit international : *Khadr 2008*, par. 24; voir *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), et *Hamdan c. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006). Selon les principes de justice fondamentale, les responsables canadiens qui avaient interrogé M. Khadr étaient donc tenus de lui révéler la teneur des déclarations qu'il leur avait faites. Le gouvernement canadien s'est conformé à l'ordonnance de la Cour.

[17] Nous constatons que le régime dans le cadre duquel M. Khadr est actuellement détenu a été modifié de façon notable au cours des dernières années. Le Congrès américain a adopté des lois et les tribunaux ont rendu des décisions visant à harmoniser les procédures militaires de Guantanamo avec le droit international. (La *Detainee Treatment Act of 2005*, Pub. L. 109-148, 119 Stat. 2739, interdit de soumettre les détenus à des traitements inhumains et exige que les interrogatoires soient menés en conformité avec le manuel de service de l'armée. Avec la *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600, le législateur a tenté de légaliser le régime de Guantanamo après l'arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Hamdan c. Rumsfeld*. Or, le 12 juin 2008, cette même cour a déclaré — dans *Boumediene c. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008) — que les détenus de Guantanamo ont le droit constitutionnel de faire contrôler la légalité de leur détention par voie d'*habeas corpus*, et a annulé les dispositions de la *Military Commissions Act of 2006* qui avaient suspendu ce droit.)

[18] S'il est vrai que la procédure à laquelle est soumis M. Khadr a changé, la demande qu'il formule repose sur la série de faits survenus à Guantanamo — les interrogatoires et la communication d'éléments de preuve ayant eu lieu en 2003 et 2004 — que nous avons déjà examinée dans *Khadr 2008*. Nous sommes convaincus que les arguments sur lesquels nous nous sommes fondés dans cet arrêt pour conclure à l'application de la *Charte* aux actions de responsables canadiens à Guantanamo valent également pour la présente affaire.

2. Does the Conduct of the Canadian Government Deprive Mr. Khadr of the Right to Life, Liberty or Security of the Person?

[19] The United States is holding Mr. Khadr for the purpose of trying him on charges of war crimes. The United States is thus the primary source of the deprivation of Mr. Khadr's liberty and security of the person. However, the allegation on which his claim rests is that Canada has also contributed to his past and continuing deprivation of liberty. To satisfy the requirements of s. 7, as stated by this Court in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, there must be "a sufficient causal connection between [the Canadian] government's participation and the deprivation [of liberty and security of the person] ultimately effected" (para. 54).

[20] The record suggests that the interviews conducted by CSIS and DFAIT provided significant evidence in relation to these charges. During the February and September 2003 interrogations, CSIS officials repeatedly questioned Mr. Khadr about the central events at issue in his prosecution, extracting statements from him that could potentially prove inculpatory in the U.S. proceedings against him (CSIS Document, Exhibit "U" to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, November 7, 2003 (J.R., vol. II, at p. 280); Interview Summary, Exhibit "AA" to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, February 24, 2003 (J.R., vol. III, at p. 289); Interview Summary, Exhibit "BB" to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, February 17, 2003 (J.R., vol. III, at p. 292); Interview Summary, Exhibit "DD" to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, April 20, 2004 (J.R., vol. III, at p. 296)). A report of the Security Intelligence Review Committee titled *CSIS's Role in the Matter of Omar Khadr* (July 8, 2009), further indicated that CSIS assessed the interrogations of Mr. Khadr as being "highly successful, as evidenced by the quality intelligence information" elicited from Mr. Khadr (p. 13). These statements were shared with U.S. authorities and were summarized in U.S. investigative reports (Report of Investigative

2. La conduite du gouvernement canadien porte-t-elle atteinte aux droits de M. Khadr à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne?

[19] Les États-Unis détiennent M. Khadr en vue de lui faire subir un procès pour des accusations de crimes de guerre. Ils sont donc la source première de la privation de sa liberté et de la sécurité de sa personne. Toutefois, la demande de M. Khadr repose sur l'allégation selon laquelle le Canada a lui aussi contribué à l'atteinte passée et présente à sa liberté. Pour qu'il soit satisfait aux exigences de l'art. 7, il doit exister — comme l'a indiqué la Cour dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 — un « lien causal suffisant entre la participation de notre gouvernement et l'atteinte [à la liberté et à la sécurité de la personne] qui survient en bout de ligne » (par. 54).

[20] Le dossier indique que les interrogatoires menés par le SCRS et le MAECI ont fourni des éléments de preuve importants au sujet des accusations dont M. Khadr fait l'objet. Durant les interrogatoires menés en février et septembre 2003, des agents du SCRS ont interrogé M. Khadr à plusieurs reprises sur les faits essentiels en cause dans le cadre de la poursuite intentée contre lui. Ils lui ont en outre soutiré des déclarations potentiellement inculpatrices dans le cadre des instances introduites contre lui aux États-Unis (Document du SCRS, pièce « U », jointe à l'affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 7 novembre 2003 (D.C., vol. II, p. 280); Résumé de l'interrogatoire, pièce « AA », jointe à l'affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 24 février 2003 (D.C., vol. III, p. 289); Résumé de l'interrogatoire, pièce « BB », jointe à l'affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 17 février 2003 (D.C., vol. III, p. 292); Résumé de l'interrogatoire, pièce « DD », jointe à l'affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 20 avril 2004 (D.C., vol. III, p. 296)). Dans un rapport du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité intitulé *Le rôle du SCRS dans l'affaire Omar Khadr* (8 juillet 2009), il est mentionné en outre que, selon le SCRS, les interrogatoires de M. Khadr ont été « très fructueux », comme le montrent les

Activity, Exhibit “AA” to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, February 24, 2003 (J.R., vol. III, at pp. 289 ff.)). Pursuant to the relaxed rules of evidence under the U.S. *Military Commissions Act of 2006*, Mr. Khadr’s statements to Canadian officials are potentially admissible against him in the U.S. proceedings, notwithstanding the oppressive circumstances under which they were obtained: see *United States of America v. Jawad*, Military Commission, September 24, 2008, D-008 Ruling on Defense Motion to Dismiss — Torture of the Detainee (online: <http://www.defense.gov/news/Ruling%20D-008.pdf>). The above interrogations also provided the context for the March 2004 interrogation, when a DFAIT official, knowing that Mr. Khadr had been subjected to the “frequent flyer program” to make him less resistant to interrogations, nevertheless proceeded with the interrogation of Mr. Khadr (Interview Summary, Exhibit “DD” to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, April 20, 2004 (J.R., vol. III, at p. 296)).

[21] An applicant for a *Charter* remedy must prove a *Charter* violation on a balance of probabilities (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 277). It is reasonable to infer from the uncontradicted evidence before us that the statements taken by Canadian officials are contributing to the continued detention of Mr. Khadr, thereby impacting his liberty and security interests. In the absence of any evidence to the contrary (or disclaimer rebutting this inference), we conclude on the record before us that Canada’s active participation in what was at the time an illegal regime has contributed and continues to contribute to Mr. Khadr’s current detention, which is the subject of his current claim. The causal connection demanded by *Suresh* between Canadian conduct and the deprivation of liberty and security of person is established.

renseignements secrets de qualité » qu’il a fournis (p. 14). Ces déclarations ont été communiquées aux autorités américaines et ont été résumées dans des rapports d’enquête américains (Rapport d’enquête, pièce « AA », jointe à l’affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 24 février 2003 (D.C., vol. III, p. 289 ff.)). Suivant les règles de preuve assouplies établies par la *Military Commissions Act of 2006* des États-Unis, les déclarations faites par M. Khadr aux responsables canadiens pourraient être admissibles dans le cadre des procédures intentées contre lui, en dépit des circonstances abusives dans lesquelles elles ont été obtenues : voir *United States of America c. Jawad*, commission militaire, 24 septembre 2008, Décision D-008 sur la requête en rejet présentée par la défense — Torture du détenu (en ligne : <http://www.defense.gov/news/Ruling%20D-008.pdf>). Les interrogatoires dont il a été question précédemment ont également préparé l’interrogatoire du mois de mars 2004 lors duquel un représentant du MAECI, sachant que M. Khadr avait été soumis au « programme grand voyageur » pour amoindrir sa résistance lors des interrogatoires, l’a néanmoins interrogé (Résumé de l’interrogatoire, pièce « DD », jointe à l’affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 20 avril 2004 (D.C., vol. III, p. 296)).

[21] Celui qui sollicite une réparation fondée sur la *Charte* doit prouver la violation de celle-ci selon la prépondérance des probabilités (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 277). Il est raisonnable de déduire de la preuve non contredite portée à notre connaissance que les déclarations recueillies par des responsables canadiens contribuent à la détention continue de M. Khadr, et ont ainsi une incidence sur ses droits à la liberté et à la sécurité. En l’absence d’éléments de preuve contraires (ou de dénégation réfutant cette inférence), nous concluons sur la foi du dossier dont nous sommes saisis que la participation active du Canada à un régime, illégal à l’époque, a contribué et continue de contribuer à la détention actuelle de M. Khadr, laquelle est l’objet de la demande sur laquelle nous sommes appelés à statuer. Le lien causal exigé par *Suresh* entre la conduite du Canada et la privation de la liberté et de la sécurité de la personne est établi.

3. Does the Deprivation Accord With the Principles of Fundamental Justice?

[22] We have concluded that the conduct of the Canadian government is sufficiently connected to the denial of Mr. Khadr's liberty and security of the person. This alone, however, does not establish a breach of Mr. Khadr's s. 7 rights under the *Charter*. To establish a breach, Mr. Khadr must show that this deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[23] The principles of fundamental justice "are to be found in the basic tenets of our legal system": *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503. They are informed by Canadian experience and jurisprudence, and take into account Canada's obligations and values, as expressed in the various sources of international human rights law by which Canada is bound. In *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, at para. 46, the Court (Abella J. for the majority) restated the criteria for identifying a new principle of fundamental justice in the following manner:

- (1) It must be a legal principle.
- (2) There must be a consensus that the rule or principle is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate.
- (3) It must be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person.

[24] We conclude that Canadian conduct in connection with Mr. Khadr's case did not conform to the principles of fundamental justice. That conduct may be briefly reviewed. The statements taken by CSIS and DFAIT were obtained through participation in a regime which was known at the time to have refused detainees the right to challenge the legality of detention by way of *habeas corpus*. It was also known that Mr. Khadr was 16 years old at the time

3. L'atteinte est-elle compatible avec les principes de justice fondamentale?

[22] Nous avons conclu à l'existence d'un lien suffisant entre la conduite du gouvernement canadien et la privation de la liberté et de la sécurité de sa personne subie par M. Khadr. Cela ne suffit cependant pas à établir une atteinte aux droits de ce dernier garantis par l'art. 7 de la *Charte*. En effet, pour prouver l'existence d'une atteinte, M. Khadr doit démontrer que la privation en question n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale.

[23] Les principes de justice fondamentale « se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique » : *Renvoi : Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503. Tirés de l'expérience et de la jurisprudence canadiennes, ils prennent en compte les obligations et les valeurs du Canada exprimées dans les diverses sources du droit international en matière de droits de la personne auxquelles le Canada est tenu de se conformer. Dans *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 46, la Cour a réitéré, dans les termes suivants (sous la plume de la juge Abella qui a rédigé les motifs des juges majoritaires), les critères selon lesquels on peut confirmer l'existence d'un nouveau principe de justice fondamentale :

- (1) Il doit s'agir d'un principe juridique.
- (2) Il doit exister un consensus sur le fait que cette règle ou ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice.
- (3) Ce principe doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

[24] Nous concluons que la conduite du Canada relative à la poursuite engagée contre M. Khadr a porté atteinte aux principes de justice fondamentale. Réexaminons brièvement cette conduite. Les déclarations recueillies par le SCRS et le MAECI ont été obtenues au moyen de la participation à un régime dont on savait à l'époque qu'il avait nié à des détenus le droit de contester la légalité de leur détention par voie d'*habeas corpus*. On savait

and that he had not had access to counsel or to any adult who had his best interests in mind. As held by this Court in *Khadr 2008*, Canada's participation in the illegal process in place at Guantanamo Bay clearly violated Canada's binding international obligations (*Khadr 2008*, at paras. 23-25; *Hamdan v. Rumsfeld*). In conducting their interviews, CSIS officials had control over the questions asked and the subject matter of the interviews (Transcript of cross-examination on Affidavit of Mr. Hooper, Exhibit "GG" to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, March 2, 2005 (J.R., vol. III, p. 313, at p. 22)). Canadian officials also knew that the U.S. authorities would have full access to the contents of the interrogations (as Canadian officials sought no restrictions on their use) by virtue of their audio and video recording (*CSIS's Role in the Matter of Omar Khadr*, at pp. 11-12). The purpose of the interviews was for intelligence gathering and not criminal investigation. While in some contexts there may be an important distinction between those interviews conducted for the purpose of intelligence gathering and those conducted in criminal investigations, here, the distinction loses its significance. Canadian officials questioned Mr. Khadr on matters that may have provided important evidence relating to his criminal proceedings, in circumstances where they knew that Mr. Khadr was being indefinitely detained, was a young person and was alone during the interrogations. Further, the March 2004 interview, where Mr. Khadr refused to answer questions, was conducted knowing that Mr. Khadr had been subjected to three weeks of scheduled sleep deprivation, a measure described by the U.S. Military Commission in *Jawad* as designed to "make [detainees] more compliant and break down their resistance to interrogation" (para. 4).

[25] This conduct establishes Canadian participation in state conduct that violates the principles of fundamental justice. Interrogation of a youth,

également que M. Khadr était alors âgé de 16 ans et qu'il n'avait pas pu consulter un avocat ou tout autre adulte qui aurait eu son intérêt à cœur. Comme l'a déclaré la Cour dans *Khadr 2008*, la participation du Canada à la procédure illégale engagée à Guantanamo contrevenait manifestement aux obligations internationales du Canada (*Khadr 2008*, par. 23-25; *Hamdan c. Rumsfeld*). En menant leurs interrogatoires, les agents du SCRS étaient ceux qui décidaient des questions posées et du sujet traité (Transcription du contre-interrogatoire relatif à l'affidavit de M. Hooper, pièce « GG », jointe à l'affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 2 mars 2005 (D.C., vol. III, p. 313, p. 22)). Les responsables canadiens savaient aussi que les autorités américaines auraient un accès illimité à la teneur des interrogatoires grâce aux enregistrements audio et vidéo qui en étaient faits, puisque les responsables canadiens n'ont pas cherché à en restreindre l'usage (*Le rôle du SCRS dans l'affaire Omar Khadr*, p. 12-13). Les interrogatoires visaient à recueillir des renseignements secrets et non pas à faire progresser une enquête criminelle. Même si, dans certains contextes, il peut exister d'importantes différences entre les interrogatoires menés en vue de colliger des renseignements secrets et ceux menés dans le cadre d'enquêtes criminelles, en l'espèce, ces différences perdent leur importance. Les responsables canadiens ont interrogé M. Khadr sur des sujets qui pourraient avoir permis de recueillir des éléments de preuve importants pour les procédures criminelles intentées contre lui, dans des circonstances où ces responsables savaient que M. Khadr était détenu pour une période indéterminée, qu'il était un adolescent et qu'il était seul durant les interrogatoires. En outre, l'interrogatoire mené en mars 2004 — au cours duquel M. Khadr a refusé de répondre aux questions — s'est déroulé alors qu'on savait que celui-ci avait été soumis à trois semaines de privation planifiée de sommeil, une mesure décrite par la commission militaire américaine dans *Jawad* comme visant à [TRADUCTION] « rendre [les détenus] plus dociles et à venir à bout de leur résistance à l'interrogatoire » (par. 4).

[25] Ces faits établissent la participation du Canada à une conduite étatique violant les principes de justice fondamentale. Le fait d'avoir interrogé un



to elicit statements about the most serious criminal charges while detained in these conditions and without access to counsel, and while knowing that the fruits of the interrogations would be shared with the U.S. prosecutors, offends the most basic Canadian standards about the treatment of detained youth suspects.

[26] We conclude that Mr. Khadr has established that Canada violated his rights under s. 7 of the *Charter*.

B. *Is the Remedy Sought Appropriate and Just in All the Circumstances?*

[27] In previous proceedings (*Khadr 2008*), Mr. Khadr obtained the remedy of disclosure of the material gathered by Canadian officials against him through the interviews at Guantanamo Bay. The issue on this appeal is whether the breach of s. 7 of the *Charter* entitles Mr. Khadr to the remedy of an order that Canada request of the United States that he be returned to Canada. Two questions arise at this stage: (1) Is the remedy sought sufficiently connected to the breach? and (2) Is the remedy sought precluded by the fact that it touches on the Crown prerogative power over foreign affairs?

[28] The judge at first instance held that the remedy sought was open to him. The Federal Court of Appeal held that he did not abuse his remedial discretion. On the basis of our answer to the second of the foregoing questions, we conclude that the trial judge, on the record before us, erred in the exercise of his discretion in granting the remedy sought.

[29] First, is the remedy sought sufficiently connected to the breach? We have concluded that the Canadian government breached Mr. Khadr's s. 7 rights in 2003 and 2004 through its participation

adolescent, pour lui soutirer des déclarations relatives aux accusations criminelles les plus sérieuses qui soient, alors qu'il était détenu dans ces conditions et qu'il ne pouvait pas consulter un avocat et même si l'on savait que les fruits des interrogatoires seraient communiqués aux procureurs américains, contrevient aux normes canadiennes les plus élémentaires quant aux traitements à accorder aux suspects adolescents détenus.

[26] Nous concluons que M. Khadr a établi que le Canada a enfreint les droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la *Charte*.

B. *La réparation demandée est-elle convenable et juste eu égard à toutes les circonstances?*

[27] Dans une instance antérieure (*Khadr 2008*), M. Khadr a obtenu, à titre de réparation, la communication de l'information recueillie contre lui par des responsables canadiens à la faveur d'interrogatoires ayant eu lieu à Guantanamo. Dans le présent pourvoi, il s'agit de savoir si la violation de l'art. 7 de la *Charte* permet à M. Khadr d'obtenir la réparation consistant en une ordonnance intimant au Canada de demander aux États-Unis son renvoi au Canada. Deux questions se posent à ce stade : (1) Existe-t-il un lien causal suffisant entre la violation et la réparation demandée? (2) Le fait que la réparation sollicitée touche la prérogative royale en matière d'affaires étrangères fait-il obstacle à cette réparation?

[28] Le juge de première instance a conclu qu'il pouvait accorder la réparation demandée. La Cour d'appel fédérale a estimé qu'il n'avait pas abusé de son pouvoir discrétionnaire en matière de réparation. Étant donné notre réponse à la seconde des questions énoncées précédemment, nous arrivons à la conclusion que, sur la foi du dossier dont nous sommes saisis, le juge de première instance a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en accordant la réparation demandée.

[29] Premièrement, la réparation demandée a-t-elle un lien suffisant avec la violation? Nous avons conclu que le gouvernement canadien a violé les droits garantis à M. Khadr par l'art. 7, en raison

in the then-illegal military regime at Guantanamo Bay. The question at this point is whether the remedy now being sought — an order that the Canadian government ask the United States to return Mr. Khadr to Canada — is appropriate and just in the circumstances.

[30] An appropriate and just remedy is “one that meaningfully vindicates the rights and freedoms of the claimants”: *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 55. The first hurdle facing Mr. Khadr, therefore, is to establish a sufficient connection between the breaches of s. 7 that occurred in 2003 and 2004 and the order sought in these judicial review proceedings. In our view, the sufficiency of this connection is established by the continuing effect of these breaches into the present. Mr. Khadr’s *Charter* rights were breached when Canadian officials contributed to his detention by virtue of their interrogations at Guantanamo Bay knowing Mr. Khadr was a youth, did not have access to legal counsel or *habeas corpus* at that time and, at the time of the interview in March 2004, had been subjected to improper treatment by the U.S. authorities. As the information obtained by Canadian officials during the course of their interrogations may be used in the U.S. proceedings against Mr. Khadr, the effect of the breaches cannot be said to have been spent. It continues to this day. As discussed earlier, the material that Canadian officials gathered and turned over to the U.S. military authorities may form part of the case upon which he is currently being held. The evidence before us suggests that the material produced was relevant and useful. There has been no suggestion that it does not form part of the case against Mr. Khadr or that it will not be put forward at his ultimate trial. We therefore find that the breach of Mr. Khadr’s s. 7 *Charter* rights remains ongoing and that the remedy sought could potentially vindicate those rights.

de sa participation, en 2003 et 2004, au régime militaire de Guantanamo, alors illégal. La question qui se pose à cette étape de l’analyse est celle de savoir si la réparation maintenant demandée — soit une ordonnance intimant au gouvernement canadien de demander aux États-Unis le renvoi de M. Khadr au Canada — est convenable et juste eu égard aux circonstances.

[30] Une réparation convenable et juste est « celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur » : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 55. Ainsi, M. Khadr doit tout d’abord réussir à établir l’existence d’un lien suffisant entre les violations de l’art. 7 survenues en 2003 et 2004 et l’ordonnance sollicitée dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire qu’il a formulée. Selon nous, l’existence d’un lien suffisant est établie par le fait que les incidences de ces violations persistent jusqu’à présent. Les droits de M. Khadr garantis par la *Charte* ont été violés lorsque des responsables canadiens ont contribué à sa détention par les interrogatoires qu’ils ont menés à Guantanamo, tout en sachant qu’il était un adolescent, qu’il n’avait alors pas accès à un avocat ou à un recours en *habeas corpus* et qu’au moment où s’est déroulé l’interrogatoire du mois de mars 2004, il avait été soumis à des traitements inappropriés par les autorités américaines. Comme l’information recueillie par les responsables canadiens lors de leurs interrogatoires pourrait être utilisée dans le cadre des procédures américaines engagées contre M. Khadr, on ne peut pas dire que les effets des violations ont cessé. Ils se poursuivent à ce jour. Comme nous l’avons indiqué, il est possible que l’information obtenue par les responsables canadiens et transmise aux autorités militaires américaines fasse partie du dossier en vertu duquel il est actuellement détenu. La preuve dont nous disposons donne à penser que l’information en question était pertinente et utile. Les parties n’ont pas suggéré qu’elle ne fait pas partie du dossier colligé contre M. Khadr ou qu’elle ne sera pas produite lorsque son procès sera finalement tenu. Nous concluons donc que la violation des droits garantis à M. Khadr par l’art. 7 de la *Charte* est toujours en cours et que la réparation sollicitée pourrait défendre ces droits.

[31] The acts that perpetrated the *Charter* breaches relied on in this appeal lie in the past. But their impact on Mr. Khadr's liberty and security continue to this day and may redound into the future. The impact of the breaches is thus perpetuated into the present. When past acts violate present liberties, a present remedy may be required.

[32] We conclude that the necessary connection between the breaches of s. 7 and the remedy sought has been established for the purpose of these judicial review proceedings.

[33] Second, is the remedy sought precluded by the fact that it touches on the Crown prerogative over foreign affairs? A connection between the remedy and the breach is not the only consideration. As stated in *Doucet-Boudreau*, an appropriate and just remedy is also one that "must employ means that are legitimate within the framework of our constitutional democracy" (para. 56) and must be a "judicial one which vindicates the right while invoking the function and powers of a court" (para. 57). The government argues that courts have no power under the Constitution of Canada to require the executive branch of government to do anything in the area of foreign policy. It submits that the decision not to request the repatriation of Mr. Khadr falls directly within the prerogative powers of the Crown to conduct foreign relations, including the right to speak freely with a foreign state on all such matters: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 1-19.

[34] The prerogative power is the "residue of discretionary or arbitrary authority, which at any given time is legally left in the hands of the Crown": *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269, at p. 272, per Duff C.J., quoting A. V. Dicey, *Introduction to the Study*

[31] Les actions à l'origine des violations de la *Charte* invoquées dans le présent pourvoi appartiennent au passé. Mais leurs effets sur la liberté et la sécurité de M. Khadr persistent à ce jour et pourraient avoir des répercussions à l'avenir. Les effets des violations se perpétuent ainsi dans le présent. Lorsque des actions passées violent des libertés actuelles, une réparation actuelle peut être requise.

[32] Nous concluons que le lien nécessaire entre les violations de l'art. 7 et la réparation demandée a été établi aux fins de la présente demande de contrôle judiciaire.

[33] Deuxièmement, le fait que la réparation demandée touche la prérogative royale en matière d'affaires étrangères fait-il obstacle à cette réparation? L'existence d'un lien entre la réparation et la violation n'est pas le seul facteur à prendre en considération. Comme l'énonce l'arrêt *Doucet-Boudreau*, la réparation convenable et juste est celle qui, en outre, « fait appel à des moyens légitimes dans le cadre de notre démocratie constitutionnelle » (par. 56) et doit être une réparation « judiciaire qui défend le droit en cause tout en mettant à contribution le rôle et les pouvoirs d'un tribunal » (par. 57). Le gouvernement fait valoir que la Constitution du Canada ne confère pas aux tribunaux le pouvoir d'exiger de la branche exécutive du gouvernement qu'elle fasse quoi que ce soit dans le domaine de la politique étrangère. Selon lui, la décision de ne pas demander le rapatriement de M. Khadr relève directement de la prérogative de la Couronne de conduire les relations internationales, prérogative qui comprend le droit de parler librement avec un État étranger de toutes ces questions : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), p. 1-19.

[34] La prérogative royale est [TRADUCTION] « le résidu du pouvoir discrétionnaire ou arbitraire dont la Couronne est légalement investie à tout moment » : *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269, p. 272, le juge en chef Duff, citant A. V. Dicey,

of the *Law of the Constitution* (8th ed. 1915), at p. 420. It is a limited source of non-statutory administrative power accorded by the common law to the Crown: Hogg, at p. 1-17.

[35] The prerogative power over foreign affairs has not been displaced by s. 10 of the *Department of Foreign Affairs and International Trade Act*, R.S.C. 1985, c. E-22, and continues to be exercised by the federal government. The Crown prerogative in foreign affairs includes the making of representations to a foreign government: *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 199 D.L.R. (4th) 228 (Ont. C.A.). We therefore agree with O'Reilly J.'s implicit finding (paras. 39, 40 and 49) that the decision not to request Mr. Khadr's repatriation was made in the exercise of the prerogative over foreign relations.

[36] In exercising its common law powers under the royal prerogative, the executive is not exempt from constitutional scrutiny: *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441. It is for the executive and not the courts to decide whether and how to exercise its powers, but the courts clearly have the jurisdiction and the duty to determine whether a prerogative power asserted by the Crown does in fact exist and, if so, whether its exercise infringes the *Charter* (*Operation Dismantle*) or other constitutional norms (*Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539).

[37] The limited power of the courts to review exercises of the prerogative power for constitutionality reflects the fact that in a constitutional democracy, all government power must be exercised in accordance with the Constitution. This said, judicial review of the exercise of the prerogative power for constitutionality remains sensitive to the fact that the executive branch of government is responsible for decisions under this power, and that the executive is better placed to make such decisions

*Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8<sup>e</sup> éd. 1915), p. 420. Il s'agit d'une source limitée de pouvoir administratif ne découlant pas de la législation, que confère la common law à la Couronne : Hogg, p. 1-17.

[35] La prérogative royale en matière d'affaires étrangères n'a pas été supplantée par l'art. 10 de la *Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*, L.R.C. 1985, ch. E-22, et continue d'être exercée par le gouvernement fédéral. Elle comprend le pouvoir de faire des observations à un gouvernement étranger : *Black c. Canada (Prime Minister)* (2001), 199 D.L.R. (4th) 228 (C.A. Ont.). Nous sommes donc d'accord avec la conclusion implicite du juge O'Reilly (par. 39, 40 et 49) selon laquelle la décision de ne pas demander le rapatriement de M. Khadr a été prise dans l'exercice de la prérogative en matière de relations étrangères.

[36] Lorsqu'il exerce les pouvoirs que lui confère la common law en vertu de la prérogative royale, l'exécutif n'est toutefois pas à l'abri du contrôle constitutionnel : *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441. Certes, il revient à l'exécutif, et non aux tribunaux, de décider si et comment il exercera ses pouvoirs; mais les tribunaux ont indéniablement compétence pour déterminer si la prérogative invoquée par la Couronne existe véritablement et, dans l'affirmative, pour décider si son exercice contrevient à la *Charte* (*Operation Dismantle*) ou à d'autres normes constitutionnelles (*Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539) — ils sont d'ailleurs tenus d'exercer cette compétence.

[37] Le pouvoir restreint dont jouissent les tribunaux pour contrôler la constitutionnalité de l'exercice de la prérogative royale tient au fait que, dans une démocratie constitutionnelle, tout pouvoir gouvernemental doit être exercé en conformité avec la Constitution. Cela dit, le contrôle judiciaire de l'exercice de la prérogative sur le plan de sa constitutionnalité demeure tributaire du fait que la branche exécutive du gouvernement est responsable des décisions relevant de ce pouvoir, et que

within a range of constitutional options. The government must have flexibility in deciding how its duties under the power are to be discharged: see, e.g., *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 101-2. But it is for the courts to determine the legal and constitutional limits within which such decisions are to be taken. It follows that in the case of refusal by a government to abide by constitutional constraints, courts are empowered to make orders ensuring that the government's foreign affairs prerogative is exercised in accordance with the constitution: *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283.

[38] Having concluded that the courts possess a narrow power to review and intervene on matters of foreign affairs to ensure the constitutionality of executive action, the final question is whether O'Reilly J. misdirected himself in exercising that power in the circumstances of this case (*R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651, at para. 15; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at paras. 117-18). (In fairness to the trial judge, we note that the government proposed no alternative (trial judge's reasons, at para. 78).) If the record and legal principle support his decision, deference requires we not interfere. However, in our view that is not the case.

[39] Our first concern is that the remedy ordered below gives too little weight to the constitutional responsibility of the executive to make decisions on matters of foreign affairs in the context of complex and ever-changing circumstances, taking into account Canada's broader national interests. For the following reasons, we conclude that the appropriate remedy is to declare that, on the record before the Court, Canada infringed Mr. Khadr's s. 7 rights, and to leave it to the government to decide how best to respond to this judgment in light of

l'exécutif est mieux placé pour prendre ces décisions dans le cadre des choix constitutionnels possibles. Il faut que le gouvernement dispose d'une certaine marge de manœuvre lorsqu'il décide de quelle manière il doit s'acquitter des obligations relevant de sa prérogative : voir, p. ex., *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 101-102. Il appartient cependant aux tribunaux de fixer les limites légales et constitutionnelles à l'intérieur desquelles ces décisions doivent être prises. Ainsi, lorsqu'un gouvernement refuse de se conformer aux contraintes constitutionnelles, les tribunaux ont le pouvoir de rendre des ordonnances qui garantissent que la prérogative du gouvernement en matière d'affaires étrangères est exercée en conformité avec la Constitution : *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283.

[38] Après avoir conclu que les tribunaux jouissent d'un pouvoir circonscrit pour examiner les questions relatives aux affaires étrangères et intervenir à leur égard — de façon à s'assurer de la constitutionnalité de l'action de l'exécutif — il nous reste une question à trancher : le juge O'Reilly s'est-il fondé sur des considérations erronées en exerçant ce pouvoir dans les circonstances de l'espèce? (*R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, par. 15; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117-118) (Par souci d'équité envers le juge du procès, nous précisons que le gouvernement n'a proposé aucune solution de rechange (motifs du juge du procès, par. 78).) Si sa décision est justifiable au regard du dossier et des principes de droit, la déférence nous oblige à ne pas intervenir. À notre avis, tel n'est toutefois pas le cas.

[39] Nous estimons tout d'abord que la réparation ordonnée par les juridictions d'instances inférieures accorde un poids insuffisant à la responsabilité constitutionnelle de l'exécutif de prendre des décisions concernant les affaires étrangères dans le contexte de circonstances complexes et en fluctuation constante, en tenant compte des intérêts nationaux plus larges du Canada. Pour les motifs suivants, nous concluons que la réparation appropriée consiste, d'une part, à déclarer que, selon le dossier dont la Cour est saisie, le Canada a porté

current information, its responsibility for foreign affairs, and in conformity with the *Charter*.

[40] As discussed, the conduct of foreign affairs lies with the executive branch of government. The courts, however, are charged with adjudicating the claims of individuals who claim that their *Charter* rights have been or will be violated by the exercise of the government's discretionary powers: *Operation Dismantle*.

[41] In some situations, courts may give specific directions to the executive branch of the government on matters touching foreign policy. For example, in *Burns*, the Court held that it would offend s. 7 to extradite a fugitive from Canada without seeking and obtaining assurances from the requesting state that the death penalty would not be imposed. The Court gave due weight to the fact that seeking and obtaining those assurances were matters of Canadian foreign relations. Nevertheless, it ordered that the government seek them.

[42] The specific facts in *Burns* justified a more specific remedy. The fugitives were under the control of Canadian officials. It was clear that assurances would provide effective protection against the prospective *Charter* breaches: it was entirely within Canada's power to protect the fugitives against possible execution. Moreover, the Court noted that no public purpose would be served by extradition without assurances that would not be substantially served by extradition with assurances, and that there was nothing to suggest that seeking such assurances would undermine Canada's good relations with other states: *Burns*, at paras. 125 and 136.

[43] The present case differs from *Burns*. Mr. Khadr is not under the control of the Canadian

atteinte aux droits garantis à M. Khadr par l'art. 7, et, d'autre part, à laisser au gouvernement le soin de décider de quelle manière il convient de répondre au présent arrêt à la lumière de l'information dont il dispose actuellement et de sa responsabilité en matière d'affaires étrangères et ce, en conformité avec la *Charte*.

[40] Comme nous l'avons indiqué, la conduite des affaires étrangères relève de la branche exécutive du gouvernement. Il incombe en revanche aux tribunaux de statuer sur les actions intentées par des individus qui estiment que l'exercice par le gouvernement de ses pouvoirs discrétionnaires a porté ou portera atteinte à leurs droits garantis par la *Charte* : *Operation Dismantle*.

[41] Dans certaines situations, les tribunaux peuvent donner à la branche exécutive du gouvernement des directives spécifiques sur des questions ayant trait à la politique étrangère. À titre d'exemple, la Cour a conclu, dans *Burns*, qu'il serait contraire à l'art. 7 d'extrader un fugitif du Canada sans demander à l'État requérant, et sans obtenir de lui, la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée. Elle a dûment pris en compte le fait que la demande et l'obtention de telles assurances relevaient des relations étrangères du Canada. Elle a néanmoins ordonné au gouvernement de les demander.

[42] Les faits particuliers de l'affaire *Burns* justifiaient une réparation de nature plus spécifique. En effet, les fugitifs se trouvaient sous le contrôle des autorités canadiennes. Il était évident que les assurances confèreraient une protection efficace contre une violation éventuelle de la *Charte* : le Canada avait tout à fait le pouvoir de protéger les fugitifs contre une exécution possible. En outre, la Cour a signalé qu'aucun objectif d'intérêt public que servirait l'extradition sans assurances ne serait pas également servi de façon substantielle par une extradition assortie d'assurances; rien n'indiquait non plus que le fait de demander de telles assurances nuirait aux bonnes relations du Canada avec d'autres États : *Burns*, par. 125 et 136.

[43] La présente affaire est différente de *Burns*. L'intimé n'est pas sous le contrôle du gouvernement

government; the likelihood that the proposed remedy will be effective is unclear; and the impact on Canadian foreign relations of a repatriation request cannot be properly assessed by the Court.

[44] This brings us to our second concern: the inadequacy of the record. The record before us gives a necessarily incomplete picture of the range of considerations currently faced by the government in assessing Mr. Khadr's request. We do not know what negotiations may have taken place, or will take place, between the U.S. and Canadian governments over the fate of Mr. Khadr. As observed by Chaskalson C.J. in *Kaunda v. President of the Republic of South Africa*, [2004] ZACC 5, 136 I.L.R. 452, at para. 77: "The timing of representations if they are to be made, the language in which they should be couched, and the sanctions (if any) which should follow if such representations are rejected are matters with which courts are ill-equipped to deal." It follows that in these circumstances, it would not be appropriate for the Court to give direction as to the diplomatic steps necessary to address the breaches of Mr. Khadr's *Charter* rights.

[45] Though Mr. Khadr has not been moved from Guantanamo Bay in over seven years, his legal predicament continues to evolve. During the hearing of this appeal, we were advised by counsel that the U.S. Department of Justice had decided that Mr. Khadr will continue to face trial by military commission, though other Guantanamo detainees will now be tried in a federal court in New York. How this latest development will affect Mr. Khadr's situation and any ongoing negotiations between the United States and Canada over his possible repatriation is unknown. But it signals caution in the exercise of the Court's remedial jurisdiction.

[46] In this case, the evidentiary uncertainties, the limitations of the Court's institutional competence,

canadien; l'efficacité de la réparation proposée est incertaine; et la Cour n'est pas en mesure d'évaluer correctement les conséquences d'une demande de rapatriement sur les relations étrangères du Canada.

[44] Cela nous amène à notre deuxième objection : le caractère inadéquat du dossier. Celui dont nous disposons nous donne une image forcément incomplète de l'ensemble des considérations auxquelles le gouvernement fait actuellement face pour juger de la demande de M. Khadr. Nous ne savons pas quelles négociations ont pu avoir lieu, ou auront lieu, entre les gouvernements des États-Unis et du Canada sur le sort de M. Khadr. Comme l'a observé le juge en chef Chaskalson dans *Kaunda c. President of the Republic of South Africa*, [2004] ZACC 5, 136 I.L.R. 452, par. 77 : [TRADUCTION] « Le moment choisi pour présenter des observations, s'il y a lieu d'en présenter, les termes dans lesquels elles devraient être formulées, et les sanctions qui (le cas échéant) devraient suivre si lesdites observations sont rejetées, sont des questions que les tribunaux ne sont pas véritablement en mesure de trancher. » Dans les circonstances, il ne serait donc pas opportun que la Cour donne des directives quant aux mesures diplomatiques qu'il faudrait prendre pour remédier aux violations des droits de l'intimé garantis par la *Charte*.

[45] Bien que M. Khadr soit détenu à Guantanamo depuis plus de sept ans, la situation juridique difficile dans laquelle il se trouve continue d'évoluer. Selon les représentations des avocats lors de l'audition du présent pourvoi, le ministère de la Justice des États-Unis a décidé que M. Khadr sera jugé, comme prévu, par une commission militaire, même si d'autres détenus de Guantanamo subiront plutôt leur procès devant une cour fédérale à New York. On ignore quelle sera l'incidence de ces nouvelles circonstances sur la situation de M. Khadr et sur les négociations qui pourraient être en cours entre les États-Unis et le Canada quant à son possible rapatriement. Ces faits incitent toutefois la Cour à faire preuve de prudence dans l'exercice de son pouvoir de réparation.

[46] En l'espèce, les incertitudes au chapitre de la preuve, les limites de la compétence institutionnelle

and the need to respect the prerogative powers of the executive, lead us to conclude that the proper remedy is declaratory relief. A declaration of unconstitutionality is a discretionary remedy: *Operation Dismantle*, at p. 481, citing *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821. It has been recognized by this Court as “an effective and flexible remedy for the settlement of real disputes”: *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at p. 649. A court can properly issue a declaratory remedy so long as it has the jurisdiction over the issue at bar, the question before the court is real and not theoretical, and the person raising it has a real interest to raise it. Such is the case here.

[47] The prudent course at this point, respectful of the responsibilities of the executive and the courts, is for this Court to allow Mr. Khadr’s application for judicial review in part and to grant him a declaration advising the government of its opinion on the records before it which, in turn, will provide the legal framework for the executive to exercise its functions and to consider what actions to take in respect of Mr. Khadr, in conformity with the *Charter*.

#### IV. Conclusion

[48] The appeal is allowed in part. Mr. Khadr’s application for judicial review is allowed in part. This Court declares that through the conduct of Canadian officials in the course of interrogations in 2003-2004, as established on the evidence before us, Canada actively participated in a process contrary to Canada’s international human rights obligations and contributed to Mr. Khadr’s ongoing detention so as to deprive him of his right to liberty and security of the person guaranteed by s. 7 of the *Charter*, contrary to the principles of fundamental justice. Costs are awarded to Mr. Khadr.

*Appeal allowed in part with costs to the respondent.*

de la Cour et la nécessité de respecter les prérogatives de l’exécutif nous amènent à conclure que la réparation appropriée est de nature déclaratoire. Le jugement déclaratoire d’inconstitutionnalité est un redressement discrétionnaire : *Operation Dismantle*, p. 481, citant *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821. Notre Cour a reconnu qu’il s’agit d’une « forme efficace et souple de règlement des véritables litiges » : *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, p. 649. Un tribunal peut, à juste titre, prononcer un jugement déclaratoire dans la mesure où il a compétence sur l’objet du litige, où la question dont il est saisi est une question réelle et non pas simplement théorique, et où la personne qui la soulève a véritablement intérêt à la soulever. C’est le cas en l’espèce.

[47] La solution à la fois prudente pour l’instant et respectueuse des responsabilités de l’exécutif et des tribunaux consiste à ce que la Cour fasse droit en partie à la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Khadr et prononce un jugement déclaratoire en sa faveur informant le gouvernement de son opinion sur le dossier dont elle est saisie, opinion qui fournira, pour sa part, à l’exécutif, le cadre juridique en vertu duquel il devra exercer ses fonctions et examiner les mesures qu’il conviendra de prendre à l’égard de M. Khadr, en conformité avec la *Charte*.

#### IV. Conclusion

[48] Le pourvoi est accueilli en partie. La demande de contrôle judiciaire de M. Khadr est accueillie en partie. La Cour déclare que, compte tenu de la conduite de responsables canadiens lors d’interrogatoires menés en 2003 et 2004, telle qu’elle est établie par la preuve, le Canada a activement participé à un processus contraire aux obligations internationales qui lui incombent en matière de droits de la personne et a contribué à la détention continue de M. Khadr, de telle sorte qu’il a porté atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui garantit l’art. 7 de la *Charte* et ce, de manière incompatible avec les principes de justice fondamentale. M. Khadr a droit aux dépens.

*Pourvoi accueilli en partie avec dépens en faveur de l’intimé.*



*Solicitor for the appellants: Department of Justice, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Parlee McLaws, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener Amnesty International (Canadian Section, English Branch): Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.*

*Solicitors for the interveners Human Rights Watch, the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program and the David Asper Centre for Constitutional Rights: John Norris, Brydie Bethell and Audrey Macklin, Toronto.*

*Solicitor for the interveners the Canadian Coalition for the Rights of Children and Justice for Children and Youth: Justice for Children and Youth Services, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Arvay Finlay, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Waldman & Associates, Toronto.*

*Solicitors for the interveners Lawyers Without Borders Canada, Barreau du Québec and Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval: McCarthy Tétrault, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the National Council for the Protection of Canadians Abroad: Theall Group, Toronto; Amsterdam & Peroff, Toronto.*

*Procureur des appelants: Ministère de la Justice, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé: Parlee McLaws, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante Amnesty International (Canadian Section, English Branch): Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.*

*Procureurs des intervenants Human Rights Watch, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program et David Asper Centre for Constitutional Rights: John Norris, Brydie Bethell et Audrey Macklin, Toronto.*

*Procureur des intervenants la Coalition canadienne pour les droits des enfants et Justice for Children and Youth: Justice for Children and Youth Services, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique: Arvay Finlay, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario): Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien: Waldman & Associates, Toronto.*

*Procureurs des intervenants Avocats sans frontières Canada, le Barreau du Québec et le Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval: McCarthy Tétrault, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant National Council for the Protection of Canadians Abroad: Theall Group, Toronto; Amsterdam & Peroff, Toronto.*