

Minister of Justice, Attorney General 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

British Columbia Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic and Human Rights Watch *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (JUSTICE) v. KHADR

Neutral citation: 2008 SCC 28.

File No.: 32147.

2008: March 26; 2008: May 23.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Fundamental justice — Duty to disclose — Canadian officials interviewing detainee in Guantanamo Bay and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Whether principles of international law and comity of nations precluded application of Charter — Whether process in place at Guantanamo Bay at that time violated Canada's binding obligations under international law — If so, whether detainee entitled to disclosure of records of interviews and of information given to U.S. authorities as a direct consequence of conducting interviews — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Ministre de la Justice, procureur général du Canada, ministre des Affaires étrangères, directeur du Service canadien du renseignement de sécurité et commissaire de la Gendarmerie royale du Canada *Appelants*

c.

Omar Ahmed Khadr *Intimé*

et

Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association (Ontario), University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : CANADA (JUSTICE) c. KHADR

Référence neutre : 2008 CSC 28.

N^o du greffe : 32147.

2008 : 26 mars; 2008 : 23 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Justice fondamentale — Obligation de communiquer — Responsables canadiens ayant interrogé un détenu à Guantanamo puis partagé le résultat obtenu avec les autorités américaines — Les principes du droit international et de la courtoisie entre les nations faisaient-ils obstacle à l'application de la Charte? — La procédure alors en cours à Guantanamo était-elle contraire aux obligations internationales du Canada? — Dans l'affirmative, le détenu a-t-il droit à la communication des documents relatifs aux entretiens et de tout renseignement dont la transmission aux autorités américaines découle directement des entretiens? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Evidence — Fresh evidence — Admissibility — Fresh evidence admissible to clarify record — No unfairness to other parties in admitting evidence.

K, a Canadian, has been detained by U.S. Forces since 2002 at Guantanamo Bay, Cuba, where he is currently facing murder and other terrorism-related charges. He was taken prisoner in Afghanistan when he was 15 years old. In 2003, Canadian officials, including agents of the Canadian Security Intelligence Service, questioned K at Guantanamo Bay with respect to matters connected to the charges he is now facing, and shared the product of these interviews with U.S. authorities. After formal charges were laid against him, K, invoking *Stinchcombe*, sought disclosure in Canada of all documents relevant to these charges in the possession of the Canadian Crown, including the records of the interviews. The Federal Court refused the request, but the Federal Court of Appeal set aside the decision and ordered that unredacted copies of all relevant documents in the possession of the Crown be produced before the Federal Court for review under ss. 38 ff. of the *Canada Evidence Act*.

Held: The appeal should be dismissed. The Federal Court of Appeal's order should be varied as it relates to the scope of disclosure to which K is entitled as a remedy under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

K is entitled to disclosure from the appellants of the records of the interviews, and of information given to U.S. authorities as a direct consequence of conducting the interviews. The principles of international law and comity of nations, which normally require that Canadian officials operating abroad comply with local law and which might otherwise preclude application of the *Charter* to Canadian officials acting abroad, do not extend to participation in processes that violate Canada's binding international human rights obligations. The process in place at Guantanamo Bay at the time Canadian officials interviewed K and passed on the fruits of the interviews to U.S. officials has been found by the U.S. Supreme Court, with the benefit of a full factual record, to violate U.S. domestic law and international human rights obligations to which Canada subscribes. The comity concerns that would normally justify deference to foreign law do not apply in this case. Consequently, the *Charter* applies. [2-3] [21] [25-26]

With K's present and future liberty at stake, Canada is bound by the principles of fundamental justice

Preuve — Nouvelle preuve — Admissibilité — Éléments de preuve nouveaux admissibles pour clarifier certains points du dossier — Aucun préjudice infligé aux autres parties par l'admission de la preuve nouvelle.

Citoyen canadien, K est détenu depuis 2002 par les forces armées américaines à Guantanamo (Cuba), où il est actuellement accusé de meurtre et d'autres actes liés au terrorisme. Il a été fait prisonnier en Afghanistan à l'âge de 15 ans. En 2003, des responsables canadiens, y compris des agents du Service canadien du renseignement de sécurité, l'ont interrogé à Guantanamo sur des sujets liés aux accusations qui pèsent aujourd'hui contre lui et ils ont relayé l'information recueillie aux autorités américaines. Après que des accusations formelles eurent été portées contre lui, K a invoqué l'arrêt *Stinchcombe* pour obtenir la communication au Canada de tous les documents intéressant ces accusations que possédait l'État canadien, dont les documents relatifs aux entretiens. La Cour fédérale a rejeté sa demande, mais la Cour d'appel fédérale a annulé la décision et ordonné que des copies non expurgées de tous les documents pertinents en la possession de l'État soient remises à la Cour fédérale en vue d'un examen suivant les art. 38 et suiv. de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. L'ordonnance de la Cour d'appel fédérale est modifiée quant à la portée de la communication à laquelle a droit K à titre de réparation fondée sur l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

K a droit à la communication par les appelants des documents relatifs aux entretiens et de tout renseignement dont la transmission aux autorités américaines découle directement de ces entretiens. Les principes du droit international et de la courtoisie entre les nations, qui exigent normalement d'un représentant du Canada en mission à l'étranger qu'il accepte les lois de l'État d'accueil et qui, dans d'autres circonstances, peuvent le soustraire à l'application de la *Charte*, ne valent pas lorsqu'il participe à une procédure contraire aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne. La procédure en cours à Guantanamo lorsque les responsables canadiens ont interrogé K puis relayé l'information aux autorités américaines a été jugée par la Cour suprême des États-Unis, à partir d'un dossier factuel complet, contraire au droit interne états-unien et à des conventions internationales sur les droits de la personne dont le Canada est signataire. Le souci de courtoisie qui justifie normalement le respect de la loi étrangère ne s'applique pas en l'espèce. Il y a donc assujettissement à la *Charte*. [2-3] [21] [25-26]

La liberté actuelle et future de K étant en jeu, le Canada est tenu d'observer les principes de justice fondamentale,

and is under a duty of disclosure pursuant to s. 7 of the *Charter*. The content of this duty is defined by the nature of Canada's participation in the process that violated its international human rights obligations. [3] [29-31]

In the present circumstances, this duty requires Canada to disclose to K records of the interviews conducted by Canadian officials with him, and information given to U.S. authorities as a direct consequence of conducting the interviews, subject to claims for privilege and public interest immunity. Since unredacted copies of all documents, records and other materials in the appellants' possession which might be relevant to the charges against K have already been produced to a designated judge of the Federal Court, the judge will now review the material, receive submissions from the parties and decide which documents fall within the scope of the disclosure obligation. [3] [39-40]

Cases Cited

Referred to: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Khadr v. Canada*, [2006] 2 F.C.R. 505, 2005 FC 1076; *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292, 2007 SCC 26; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7.

Statutes and Regulations Cited

10 U.S.C. § 836.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 38, 38.06.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Geneva Conventions Act, R.S.C. 1985, c. G-3.

Treaties and Other International Instruments

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 75 U.N.T.S. 31, Can. T.S. 1965 No. 20, p. 25.
Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 75 U.N.T.S. 85, Can. T.S. 1965 No. 20, p. 55.
Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 75 U.N.T.S. 287, Can. T.S. 1965 No. 20, p. 163.
Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, 75 U.N.T.S. 135, Can. T.S. 1965 No. 20, p. 84.

et l'art. 7 de la *Charte* lui impose une obligation de communication, dont la teneur est déterminée par la nature de la participation canadienne à une procédure attentatoire aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne. [3] [29-31]

Vu les faits de l'espèce, le Canada est tenu de communiquer à K les documents relatifs aux entretiens que les responsables canadiens ont eus avec lui, ainsi que tout renseignement dont la transmission aux autorités américaines découle directement de ces entretiens, sous réserve de la revendication d'un privilège ou d'une exception d'intérêt public. Étant donné que des copies non expurgées de tous les documents, dossiers et autres pièces en possession des appelants et susceptibles d'intéresser les accusations portées contre K lui ont déjà été remises, le juge désigné de la Cour fédérale, après examen des documents et audition des parties, décidera de ceux qui devront être communiqués. [3] [39-40]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Khadr c. Canada*, [2006] 2 R.C.F. 505, 2005 CF 1076; *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, 2007 CSC 26; *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Hamdan c. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7.

Lois et règlements cités

10 U.S.C. § 836.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 38, 38.06.
Loi sur les conventions de Genève, L.R.C. 1985, ch. G-3.

Traité et autres instruments internationaux

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 75 R.T.N.U. 85, R.T. Can. 1965 n° 20, p. 55.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 75 R.T.N.U. 31, R.T. Can. 1965 n° 20, p. 25.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 75 R.T.N.U. 287, R.T. Can. 1965 n° 20, p. 163.
Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 75 R.T.N.U. 135, R.T. Can. 1965 n° 20, p. 84.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Desjardins, Létourneau and Ryer JJ.A.), [2008] 1 F.C.R. 270, 280 D.L.R. (4th) 469, 362 N.R. 378, 220 C.C.C. (3d) 20, 47 C.R. (6th) 399, 156 C.R.R. (2d) 220, [2007] F.C.J. No. 672 (QL), 2007 CarswellNat 1132, 2007 FCA 182, amended June 19, 2007, reversing a decision of von Finckenstein J. (2006), 290 F.T.R. 313, [2006] F.C.J. No. 640 (QL), 2006 CarswellNat 1090, 2006 FC 509. Appeal dismissed.

Robert J. Frater, Sharlene Telles-Langdon and Doreen Mueller, for the appellants.

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

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

John Norris and Brydie C. M. Bethell, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Audrey Macklin, Tom A. Friedland and Gerald Chan, for the interveners the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic and Human Rights Watch.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — This appeal raises the issue of the relationship between Canada's domestic and international human rights commitments. Omar Khadr currently faces prosecution on murder and other charges before a U.S. Military Commission in Guantanamo Bay, Cuba. Mr. Khadr asks for an order under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that the appellants be required to disclose to him all documents relevant to these charges in the possession of the Canadian Crown, including interviews conducted by Canadian officials with him in 2003 at Guantanamo Bay. The Minister of Justice opposes the request, arguing that the *Charter* does not apply outside Canada and hence did not govern the actions of Canadian officials at Guantanamo Bay.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Desjardins, Létourneau et Ryer), [2008] 1 R.C.F. 270, 280 D.L.R. (4th) 469, 362 N.R. 378, 220 C.C.C. (3d) 20, 47 C.R. (6th) 399, 156 C.R.R. (2d) 220, [2007] A.C.F. n° 672 (QL), 2007 CarswellNat 3452, 2007 CAF 182, modifié le 19 juin 2007, qui a infirmé une décision du juge von Finckenstein (2006), 290 F.T.R. 313, [2006] A.C.F. n° 640 (QL), 2006 CarswellNat 4470, 2006 CF 509. Pourvoi rejeté.

Robert J. Frater, Sharlene Telles-Langdon et Doreen Mueller, pour les appelants.

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

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

John Norris et Brydie C. M. Bethell, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Audrey Macklin, Tom A. Friedland et Gerald Chan, pour les intervenantes University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Le présent pourvoi soulève la question de l'interaction entre les obligations nationales et internationales du Canada en matière de droits de la personne. Omar Khadr est actuellement accusé de meurtre et d'autres crimes devant une commission militaire des États-Unis à Guantanamo (Cuba). Sur le fondement de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il demande une ordonnance enjoignant aux appelants de lui communiquer tous les documents qui intéressent ces accusations et qui sont en la possession de l'État canadien, notamment les entretiens que des responsables canadiens ont eus avec lui en 2003 à Guantanamo. Le ministre de la Justice s'oppose à la demande, soutenant que la *Charte* ne s'applique pas à l'étranger et que, de ce fait, elle ne régissait pas les actes des responsables canadiens à Guantanamo.

[2] We conclude that Mr. Khadr is entitled to disclosure from the appellants of the records of the interviews and of information given to U.S. authorities as a direct consequence of conducting the interviews. The principles of international law and comity of nations, which normally require that Canadian officials operating abroad comply with local law, do not extend to participation in processes that violate Canada's international human rights obligations.

[3] The process in place at the time Canadian officials interviewed Mr. Khadr and passed the fruits of the interviews on to U.S. officials has been found by the United States Supreme Court to violate U.S. domestic law and international human rights obligations to which Canada is party. In light of these decisions by the United States Supreme Court that the process at Guantanamo Bay did not comply with either U.S. domestic or international law, the comity concerns that would normally justify deference to foreign law do not apply in this case. Consequently, the *Charter* applies, and Canada is under a s. 7 duty of disclosure. The content of this duty is defined by the nature of Canada's participation in the process that violated Canada's international human rights obligations. In the present circumstances, this duty requires Canada to disclose to Mr. Khadr records of the interviews conducted by Canadian officials with him, and information given to U.S. authorities as a direct consequence of conducting the interviews, subject to claims for privilege and public interest immunity.

[4] We thus uphold the Federal Court of Appeal's conclusion that Mr. Khadr is entitled to a remedy under s. 7 of the *Charter*. However, because we reach this conclusion on different grounds than those relied on by the Court of Appeal, we vary the Court of Appeal's order as it relates to the scope of disclosure to which Mr. Khadr is entitled as remedy. Like the Court of Appeal, we make this order subject to the balancing of national security and other considerations as required by ss. 38 ff. of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5.

[2] Nous concluons que M. Khadr a droit à la communication par les appelants des documents relatifs aux entretiens et de tout renseignement dont la transmission aux autorités américaines découle directement de ces entretiens. Les principes du droit international et de la courtoisie entre les nations, qui exigent normalement qu'un représentant du Canada en mission à l'étranger accepte les lois de l'État d'accueil, ne valent pas lorsqu'il s'agit de participer à une procédure contraire aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne.

[3] La procédure en cours à Guantanamo au moment où les responsables canadiens ont interrogé M. Khadr puis transmis l'information recueillie aux autorités américaines a été jugée par la Cour suprême des États-Unis contraire au droit interne états-unien et à des conventions internationales sur les droits de la personne dont le Canada est signataire. Au vu de cette conclusion, la courtoisie, qui commanderait normalement la déférence vis-à-vis du droit étranger, ne s'applique pas en l'espèce. La *Charte* s'applique donc, et son art. 7 impose au Canada une obligation de communication. La teneur de cette obligation est déterminée par la nature de la participation canadienne à une procédure attentatoire aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne. Ainsi, dans la présente affaire, le Canada est tenu de communiquer à M. Khadr les documents relatifs aux entretiens et tout renseignement dont la transmission aux autorités américaines découle directement de ces entretiens, sous réserve de la revendication d'un privilège ou d'une exception d'intérêt public.

[4] Nous confirmons donc la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle M. Khadr a droit à une réparation suivant l'art. 7 de la *Charte*. Cependant, comme nos motifs diffèrent, nous modifions l'ordonnance rendue quant à l'étendue de la communication à laquelle a droit M. Khadr à titre de réparation. Comme celle de la Cour d'appel fédérale, notre ordonnance est rendue sous réserve de la prise en compte de l'intérêt national et d'autres considérations conformément aux art. 38 et suiv. de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5.

1. Factual Background

[5] Omar Khadr is a Canadian citizen who has been detained by U.S. forces at Guantanamo Bay, Cuba, for almost six years. Mr. Khadr was taken prisoner on July 27, 2002 in Afghanistan, as part of military action taken against Taliban and Al Qaeda forces after the September 11, 2001 attacks in New York City and Washington. He was 15 years old at the time. The United States alleges that near the end of the battle at which he was taken prisoner, Mr. Khadr threw a grenade which killed an American soldier. The United States also alleges that Mr. Khadr conspired with members of Al Qaeda to commit acts of murder and terrorism against U.S. and coalition forces. Mr. Khadr is currently facing charges relating to these allegations, which are being tried by a U.S. Military Commission at Guantanamo Bay.

[6] The Guantanamo Bay detention camp was established by Presidential Military Order in 2001 (66 FR 57833) for the detention and prosecution of non-U.S. citizens believed to be members of Al Qaeda or otherwise involved in international terrorism. The Order conferred exclusive jurisdiction upon military commissions for the trial of “any and all offences triable by military commission”, and stipulated pursuant to 10 U.S.C. § 836 that applying normal rules of criminal procedure to such trials “is not practicable”. The Order further provided that an individual subject to the order “shall not be privileged to seek any remedy or maintain any proceeding . . . or to have any such remedy or proceeding sought on the individual’s behalf, in (i) any court of the United States, or any State thereof, (ii) any court of any foreign nation, or (iii) any international tribunal”. Subsequent orders purported to remove protections of the *Geneva Conventions* of 1949 (75 U.N.T.S. 31, 85, 135 and 287) and established procedural rules for the military commissions that departed from normal rules of criminal procedure as to the type of evidence that may be admitted, the right to counsel and disclosure of the case to meet, and judicial independence.

1. Le contexte factuel

[5] Omar Khadr est un citoyen canadien détenu par les forces armées des États-Unis à Guantanamo (Cuba) depuis presque six ans. Il a été fait prisonnier le 27 juillet 2002 en Afghanistan lors d’une opération militaire menée contre les talibans et les forces d’Al-Qaïda dans la foulée des attentats perpétrés le 11 septembre 2001 à New York et à Washington. Il avait alors 15 ans. Les États-Unis soutiennent que vers la fin du combat au cours duquel il a été fait prisonnier, M. Khadr a lancé une grenade qui a causé la mort d’un militaire américain. Ils lui reprochent en outre d’avoir comploté avec des membres d’Al-Qaïda en vue de la perpétration d’actes meurtriers et d’actes terroristes contre les forces américaines et celles de la coalition. En liaison avec ces allégations, M. Khadr fait actuellement l’objet d’accusations devant une commission militaire des États-Unis à Guantanamo.

[6] Le camp de détention de Guantanamo a été établi par décret militaire présidentiel en 2001 (66 FR 57833) pour la détention et la poursuite de citoyens non américains soupçonnés d’appartenir à Al-Qaïda ou de se livrer par ailleurs au terrorisme international. Le décret confère à des commissions militaires le pouvoir exclusif d’instruire des procès pour [TRADUCTION] « toute infraction relevant d’une commission militaire » et précise, conformément au code uniforme de justice militaire (10 U.S.C. § 836), qu’il [TRADUCTION] « n’est pas possible », lors de ces procès, d’appliquer les règles de procédure pénale habituelles. Il prévoit en outre que l’individu qui y est assujéti [TRADUCTION] « ne peut ni directement ni par l’entremise d’un tiers demander une réparation ou engager une procédure en saisissant (i) une cour de justice des États-Unis ou d’un État américain, (ii) une cour de justice d’un pays étranger ou (iii) un tribunal international ». Des décrets subséquents ont eu pour objet de supprimer les garanties des *Conventions de Genève* de 1949 (75 R.T.N.U. 31, 85, 135 et 287) et ont établi des règles de procédure différentes de celles qui s’appliquent normalement en matière pénale quant au type de preuve recevable devant une commission militaire, au droit d’obtenir l’assistance d’un avocat et la communication de la preuve du poursuivant, ainsi qu’à l’indépendance judiciaire.

[7] On several occasions, including in February and September of 2003, Canadian officials, including agents of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS), attended at Guantanamo Bay and interviewed Mr. Khadr for intelligence and law enforcement purposes. The CSIS agents questioned Mr. Khadr with respect to matters connected to the charges he is now facing, and shared the product of these interviews with U.S. authorities.

[8] After formal charges were laid against Mr. Khadr in November 2005, he sought disclosure of all documents relevant to these charges in the possession of the Canadian Crown, including the records of the interviews, invoking *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. The appellants formally refused Mr. Khadr's request in January 2006. Mr. Khadr then applied for an order of *mandamus* in the Federal Court, which was dismissed, *per* von Finckenstein J. ((2006), 290 F.T.R. 313, 2006 FC 509). The Federal Court of Appeal allowed Mr. Khadr's appeal ([2008] 1 F.C.R. 270, 2007 FCA 182), and ordered that unredacted copies of all relevant documents in the possession of the Crown be produced before the Federal Court for review under ss. 38 ff. of the *Canada Evidence Act*. The Minister of Justice now appeals to this Court, asking that the order of the Federal Court of Appeal be set aside.

2. The Fresh Evidence Applications

[9] Mr. Khadr has filed two applications to admit fresh evidence before this Court. We deal with the applications to admit fresh evidence at the outset.

[10] The first application concerns primarily evidence that is part of a related proceeding brought by Mr. Khadr in the Federal Court (file T-536-04), in which Mr. Khadr is seeking a remedy for alleged violations of his *Charter* rights at Guantanamo Bay. This evidence relates primarily to the general situation at Guantanamo Bay, Mr. Khadr's particular

[7] À plusieurs occasions, notamment en février et en septembre 2003, des responsables canadiens, y compris des agents du Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS »), se sont rendus à Guantanamo et y ont interrogé M. Khadr à des fins de renseignement et d'application de la loi. Les agents du SCRS ont interrogé M. Khadr sur des sujets liés aux accusations qui pèsent aujourd'hui contre lui et ils ont relayé l'information aux autorités américaines.

[8] Après que des accusations formelles eurent été portées contre lui en novembre 2005, M. Khadr a demandé, sur le fondement de l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, la communication de tous les documents intéressant ces accusations et se trouvant en la possession de l'État canadien, notamment les documents relatifs aux entretiens. En janvier 2006, les appelants se sont formellement opposés à la demande. M. Khadr a alors saisi la Cour fédérale d'une demande de *mandamus*, que le juge von Finckenstein a rejetée ([2006] A.C.F. n° 640 (QL), 2006 CF 509). La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de M. Khadr ([2008] 1 R.C.F. 270, 2007 CAF 182) et ordonné la remise à la Cour fédérale de copies non expurgées de tous les documents pertinents se trouvant en la possession de l'État canadien en vue d'un examen suivant les art. 38 et suiv. de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le ministre de la Justice se pourvoit aujourd'hui devant notre Cour et demande l'annulation de l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale.

2. Les demandes d'autorisation de présenter des éléments de preuve nouveaux

[9] M. Khadr a saisi notre Cour de deux demandes d'autorisation de présenter des éléments de preuve nouveaux, et nous les examinons d'entrée de jeu.

[10] La première vise essentiellement des éléments de preuve présentés dans le cadre d'une instance connexe dont M. Khadr a saisi la Cour fédérale (dossier T-536-04) afin d'obtenir une réparation pour des atteintes aux droits que lui garantit la *Charte* qui seraient survenues à Guantanamo. Ces éléments de preuve portent principalement sur la

circumstances, and Canadian participation in interviewing Mr. Khadr at Guantanamo Bay. It includes affidavits filed as part of that proceeding from Canadian officials at CSIS and the Department of Foreign Affairs and International Trade, and from Muneer Ahmad, who was counsel for Mr. Khadr in *habeas corpus* proceedings taking place in the United States. The record includes the exhibits that were attached to these affidavits.

[11] Also included in the first application is an affidavit from Lt. Cdr. William Kuebler, Mr. Khadr's defence counsel in the military commission proceedings, updating the Court on developments in relevant U.S. law.

[12] The second application relates to an additional affidavit from Lt. Cdr. Kuebler, as well as exhibits filed under seal with the consent of the U.S. Deputy Assistant Secretary of Defense for Detainee Affairs.

[13] The appellants' primary argument against admitting the fresh evidence is that the evidence from the related proceeding was filed as part of an interlocutory motion in which the appellants chose not to lead certain evidence in response: *Khadr v. Canada*, [2006] 2 F.C.R. 505, 2005 FC 1076. The appellants maintain that the nature of the evidence they led was tailored to the specific context of that motion and that this evidence should not be imported into the different context of this proceeding. Furthermore, the T-536-04 proceeding has not yet gone to trial, and so the appellants have not yet had an opportunity to present a complete evidentiary record. The appellants argue that it would be unfair to admit the fresh evidence, because, the appellants allege, they were not given an adequate opportunity to respond to it.

[14] We find that the fresh evidence is admissible. The fresh evidence amplifies and significantly clarifies the record as it relates to Canadian officials' interviews with Mr. Khadr and Canada's participation in handing over the products of these interviews to U.S. authorities. As the basic facts are not

situation générale à Guantanamo, la situation particulière de M. Khadr et son interrogatoire par des Canadiens à Guantanamo. Il s'agit notamment d'affidavits déposés dans le cadre de cette instance par des responsables canadiens du SCRS et du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, et par M. Muneer Ahmad, l'avocat de M. Khadr dans le cadre du recours en *habeas corpus* intenté aux États-Unis. Le dossier renferme les pièces jointes à ces affidavits.

[11] Est également visé par la première demande l'affidavit de l'avocat qui défend M. Khadr devant la commission militaire, le lieutenant-commandant William Kuebler, qui fait le point sur l'évolution du droit américain applicable.

[12] La deuxième demande vise un autre affidavit du lieutenant-commandant Kuebler, de même que des pièces déposées sous scellés avec le consentement du sous-secrétaire d'État adjoint à la Défense des États-Unis chargé des questions relatives aux détenus.

[13] Les appelants s'opposent à l'admission des éléments de preuve nouveaux principalement parce qu'ils ont été déposés pour les besoins d'une instance interlocutoire dans le cadre de laquelle ils se sont abstenus de présenter certains éléments de preuve : *Khadr c. Canada*, [2006] 2 R.C.F. 505, 2005 CF 1076. Ils soutiennent que la preuve convenait intrinsèquement au contexte particulier de la requête et qu'elle ne devrait pas être introduite dans un autre contexte, à savoir celui de la présente instance. En outre, l'instruction n'ayant pas encore débuté dans le dossier T-536-04, ils n'ont pas eu la possibilité de présenter une preuve complète. Ils font valoir qu'il serait injuste d'admettre la preuve nouvelle parce qu'ils n'ont pas eu la possibilité réelle d'y répondre.

[14] Nous concluons que la preuve nouvelle est admissible. Elle clarifie certains points du dossier concernant les entretiens que les responsables canadiens ont eus avec M. Khadr et la participation canadienne ayant consisté à transmettre le fruit de ces entretiens aux autorités américaines. Les faits

contested, the appellants are not disadvantaged by the admission of the material.

3. The Application for Disclosure

(i) *Does the Charter Apply?*

[15] As discussed, CSIS, a Canadian government organization, interviewed Mr. Khadr at his prison in Guantanamo Bay and shared the contents of these interviews with U.S. authorities. Mr. Khadr seeks an order that the appellants be required to disclose to him all documents in the possession of the Canadian Crown relevant to the charges he is facing, for the purpose of his defence.

[16] Had the interviews and process been in Canada, Mr. Khadr would have been entitled to full disclosure under the principles in *Stinchcombe*, which held that persons whose liberty is at risk as a result of being charged with a criminal offence are entitled to disclosure of the information in the hands of the Crown under s. 7 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal applied *Stinchcombe* to Mr. Khadr's situation and ordered disclosure.

[17] The government argues that this constituted an error, because the *Charter* does not apply to the conduct of Canadian agents operating outside Canada. It relies on *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292, 2007 SCC 26, where a majority of this Court held that Canadian agents participating in an investigation into money laundering in the Caribbean were not bound by *Charter* constraints in the manner in which the investigation was conducted. This conclusion was based on international law principles against extraterritorial enforcement of domestic laws and the principle of comity which implies acceptance of foreign laws and procedures when Canadian officials are operating abroad.

principaux ne sont pas contestés, de sorte que l'admission des éléments n'inflige aucun préjudice aux appelants.

3. La demande de communication

(i) *La Charte s'applique-t-elle?*

[15] Rappelons que des agents du SCRS, un organisme de l'appareil gouvernemental canadien, ont interrogé M. Khadr à la prison de Guantanamo, puis communiqué aux autorités américaines le résultat des entretiens. M. Khadr demande qu'il soit ordonné aux appelants de lui communiquer tous les documents qui intéressent les accusations portées contre lui et qui sont en la possession de l'État canadien, afin qu'il puisse présenter une défense.

[16] Si les entretiens et la procédure s'étaient déroulés au Canada, M. Khadr aurait eu droit à une communication complète suivant les principes dégagés dans l'arrêt *Stinchcombe*. Dans cet arrêt, notre Cour a statué que la personne dont la liberté est mise en jeu par une accusation criminelle peut, sur le fondement de l'art. 7 de la *Charte*, obtenir la communication des renseignements se trouvant en la possession du ministère public. La Cour d'appel fédérale a appliqué l'arrêt *Stinchcombe* à la situation de M. Khadr et fait droit à la demande de communication.

[17] L'État canadien soutient que la Cour d'appel fédérale a eu tort d'ordonner la communication, car la *Charte* ne s'applique pas aux actes de ses représentants en mission à l'étranger. Il invoque à l'appui l'arrêt *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, 2007 CSC 26, dans lequel les juges majoritaires de notre Cour ont décidé que des policiers canadiens ayant participé à une enquête dans les Caraïbes relativement à une affaire de blanchiment d'argent n'étaient pas assujettis à la *Charte* quant au déroulement de l'enquête. Leur conclusion se fondait sur des principes du droit international écartant l'application extraterritoriale des lois internes et sur le principe de courtoisie selon lequel un responsable canadien en mission à l'étranger se plie aux règles de droit et de procédure étrangères.

[18] In *Hape*, however, the Court stated an important exception to the principle of comity. While not unanimous on all the principles governing extra-territorial application of the *Charter*, the Court was united on the principle that comity cannot be used to justify Canadian participation in activities of a foreign state or its agents that are contrary to Canada's international obligations. It was held that the deference required by the principle of comity "ends where clear violations of international law and fundamental human rights begin" (*Hape*, at para. 52, *per* LeBel J.; see also paras. 51 and 101). The Court further held that in interpreting the scope and application of the *Charter*, the courts should seek to ensure compliance with Canada's binding obligations under international law (para. 56, *per* LeBel J.).

[19] If the Guantanamo Bay process under which Mr. Khadr was being held was in conformity with Canada's international obligations, the *Charter* has no application and Mr. Khadr's application for disclosure cannot succeed: *Hape*. However, if Canada was participating in a process that was violative of Canada's binding obligations under international law, the *Charter* applies to the extent of that participation.

[20] At this point, the question becomes whether the process at Guantanamo Bay at the time that CSIS handed the products of its interviews over to U.S. officials was a process that violated Canada's binding obligations under international law.

[21] Issues may arise about whether it is appropriate for a Canadian court to pronounce on the legality of the process at Guantanamo Bay under which Mr. Khadr was held at the time that Canadian officials participated in that process. We need not resolve those issues in this case. The United States Supreme Court has considered the legality of the conditions under which the Guantanamo detainees were detained and liable to prosecution during the time Canadian officials interviewed Mr. Khadr and gave the information to U.S. authorities, between 2002 and 2004. With the benefit of a full factual record, the United States Supreme Court held that the detainees had illegally been denied access to

[18] Or, dans l'arrêt *Hape*, notre Cour a établi une exception importante au principe de la courtoisie. Bien que les juges n'aient pas tous convenu des principes régissant l'application extraterritoriale de la *Charte*, ils ont estimé à l'unanimité que la courtoisie ne pouvait justifier la participation du Canada aux activités d'un État étranger ou de ses représentants qui vont à l'encontre des obligations internationales du Canada. Ainsi, le respect que commande la courtoisie « cesse dès la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne » (*Hape*, par. 52, le juge LeBel; voir aussi par. 51 et 101). Notre Cour a ajouté que le tribunal appelé à déterminer la portée de la *Charte* et à se prononcer sur son application doit tendre à assurer le respect des obligations du Canada en droit international (par. 56, le juge LeBel).

[19] Si M. Khadr est détenu à Guantanamo en application d'une procédure conforme aux obligations internationales du Canada, la *Charte* ne s'applique pas et sa demande de communication ne peut être accueillie : *Hape*. Cependant, si le Canada a participé à une procédure contraire à ses obligations en droit international, la *Charte* s'applique dans la mesure de cette participation.

[20] Dès lors, la question est de savoir si la procédure en cours à Guantanamo lorsque le SCRS a transmis le résultat de ses entretiens aux autorités américaines contrevenait aux obligations du Canada en droit international.

[21] On peut se demander si un tribunal canadien devrait se prononcer sur la légalité de la procédure en vertu de laquelle M. Khadr était détenu à Guantanamo au moment de la participation canadienne. Or, nous n'avons pas à trancher la question en l'espèce. La Cour suprême des États-Unis s'est penchée sur la légalité des conditions de détention et de mise en accusation qui avaient cours à Guantanamo lorsque les responsables canadiens ont interrogé M. Khadr puis relayé l'information aux autorités américaines, entre 2002 et 2004. Disposant d'un dossier factuel complet, elle a statué que les détenus avaient été illégalement privés du recours à l'*habeas corpus* et que la procédure en

habeas corpus and that the procedures under which they were to be prosecuted violated the *Geneva Conventions*. Those holdings are based on principles consistent with the *Charter* and Canada's international law obligations. In the present appeal, this is sufficient to establish violations of these international law obligations, to which Canada subscribes.

[22] In *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), the United States Supreme Court held that detainees at Guantanamo Bay who, like Mr. Khadr, were not U.S. citizens, could challenge the legality of their detention by way of the statutory right of *habeas corpus* provided for in 28 U.S.C. § 2241. This holding necessarily implies that the order under which the detainees had previously been denied the right to challenge their detention was illegal. In his concurring reasons, Kennedy J. noted that “the detainees at Guantanamo Bay are being held indefinitely, and without benefit of any legal proceeding to determine their status” (pp. 487-88). Mr. Khadr was detained at Guantanamo Bay during the time covered by the *Rasul* decision, and Canadian officials interviewed him and passed on information to U.S. authorities during that time.

[23] At the time he was interviewed by CSIS officials, Mr. Khadr also faced the possibility of trial by military commission pursuant to Military Commission Order No. 1. In *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006), the United States Supreme Court considered the legality of this Order. The court held that by significantly departing from established military justice procedure without a showing of military exigency, the procedural rules for military commissions violated both the Uniform Code of Military Justice (10 U.S.C. § 836) and Common Article 3 of the *Geneva Conventions*. Different members of the majority of the United States Supreme Court focused on different deviations from the *Geneva Conventions* and the Uniform Code of Military Justice. But the majority was unanimous in holding that, in the circumstances, the deviations were sufficiently significant to deprive the military commissions of the status of “a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as

vertu de laquelle ils étaient poursuivis contrevenait aux *Conventions de Genève*. Ces conclusions se fondent sur des principes compatibles avec la *Charte* et les obligations du Canada en droit international, ce qui permet en l'espèce d'établir le manquement à ces dernières obligations.

[22] Dans l'arrêt *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), la Cour suprême des États-Unis a conclu que les détenus de Guantanamo qui, comme M. Khadr, n'étaient pas citoyens américains, pouvaient contester la légalité de leur détention en exerçant le recours en *habeas corpus* que leur conférait la loi (28 U.S.C. § 2241). Partant, le décret qui avait fait obstacle à la contestation de la détention était illégal. Dans ses motifs concordants, le juge Kennedy a relevé que [TRADUCTION] « les personnes sont détenues pour une période indéterminée et aucune procédure n'est engagée en vue de la détermination de leur statut » (p. 487-488). M. Khadr était détenu à Guantanamo au cours de la période visée par l'arrêt *Rasul* et, pendant la même période, des responsables canadiens l'ont interrogé, puis ont relayé l'information aux autorités américaines.

[23] Au moment où il a été interrogé par les agents du SCRS, M. Khadr risquait également un procès devant une commission militaire suivant le décret n° 1 sur les commissions militaires. Dans l'affaire *Hamdan c. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006), la Cour suprême des États-Unis a examiné la légalité de ce décret. Elle a conclu que parce qu'elles tranchaient avec la procédure judiciaire militaire établie et que l'existence d'une urgence militaire n'avait pas été démontrée, les règles de procédure des commissions militaires contrevenaient au code uniforme de justice militaire (*Uniform Code of Military Justice*, 10 U.S.C § 836) et à l'art. 3 des dispositions générales des *Conventions de Genève*. Les différents juges majoritaires se sont attachés à des entorses différentes au code et aux *Conventions de Genève*, mais tous ont convenu que, dans les circonstances, les écarts étaient suffisamment importants pour qu'une commission militaire ne soit plus « un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme

indispensable by civilized peoples”, as required by Common Article 3 of the *Geneva Conventions*.

[24] The violations of human rights identified by the United States Supreme Court are sufficient to permit us to conclude that the regime providing for the detention and trial of Mr. Khadr at the time of the CSIS interviews constituted a clear violation of fundamental human rights protected by international law.

[25] Canada is a signatory of the four *Geneva Conventions* of 1949, which it ratified in 1965 (Can. T.S. 1965 No. 20) and has incorporated into Canadian law with the *Geneva Conventions Act*, R.S.C. 1985, c. G-3. The right to challenge the legality of detention by *habeas corpus* is a fundamental right protected both by the *Charter* and by international treaties. It follows that participation in the Guantanamo Bay process which violates these international instruments would be contrary to Canada’s binding international obligations.

[26] We conclude 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 the holdings of the United States Supreme Court, the *Hape* comity concerns that would ordinarily justify deference to foreign law have no application here. The effect of the United States Supreme Court’s holdings is that the conditions under which Mr. Khadr was held and was liable for prosecution were illegal under both U.S. and international law at the time Canadian officials interviewed Mr. Khadr and gave the information to U.S. authorities. Hence no question of deference to foreign law arises. The *Charter* bound Canada to the extent that the conduct of Canadian officials involved it in a process that violated Canada’s international obligations.

indispensables par les peuples civilisés » au sens de l’art. 3 des dispositions générales des *Conventions de Genève*.

[24] Les violations des droits de la personne relevées par la Cour suprême des États-Unis sont de nature à nous permettre de conclure que les règles relatives à la détention et à la tenue d’un procès qui s’appliquaient à M. Khadr lorsque le SCRS l’a interrogé constituaient une atteinte manifeste aux droits fondamentaux de la personne reconnus en droit international.

[25] Le Canada est signataire des quatre *Conventions de Genève* de 1949, qu’il a ratifiées en 1965 (R.T. Can. 1965 n° 20) et intégrées à sa législation par la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. 1985, ch. G-3. Le droit de contester la légalité d’une détention par voie d’*habeas corpus* est un droit fondamental garanti à la fois par la *Charte* et par des traités internationaux. La participation du Canada à la procédure engagée à Guantanamo, qui viole ces instruments internationaux, contrevient donc à ses obligations internationales.

[26] Nous concluons 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 aux autorités américaines à Guantanamo. Vu les conclusions de la Cour suprême des États-Unis, le souci de courtoisie manifesté dans l’arrêt *Hape* et qui justifie normalement le respect de la loi étrangère ne s’applique aucunement en l’espèce. La Cour suprême des États-Unis a statué que les conditions de détention et de mise en accusation de M. Khadr étaient illégales tant en droit américain qu’en droit international lorsque les responsables canadiens l’ont interrogé puis ont relayé l’information aux autorités américaines. Par conséquent, la question du respect de la loi étrangère ne se pose pas. La *Charte* s’appliquait dans la mesure où les actes des responsables canadiens ont emporté la participation du Canada à une procédure qui contrevenait à ses obligations internationales.

(ii) *Participation in the Process*

[27] By making the product of its interviews of Mr. Khadr available to U.S. authorities, Canada participated in a process that was contrary to Canada's international human rights obligations. Merely conducting interviews with a Canadian citizen held abroad under a violative process may not constitute participation in that process. Indeed, it may often be essential that Canadian officials interview citizens being held by violative regimes to provide assistance to them. Nor is it necessary to conclude that handing over the fruits of the interviews in this case to U.S. officials constituted a breach of Mr. Khadr's s. 7 rights. It suffices to note that at the time Canada handed over the fruits of the interviews to U.S. officials, it was bound by the *Charter*, because at that point it became a participant in a process that violated Canada's international obligations.

(iii) *Implications of Participation in the Process*

[28] Having concluded that the *Charter* applied to Canadian officials when they participated in the Guantanamo Bay process by handing over the fruits of its interviews with Mr. Khadr, the next question concerns what obligations, if any, this entails.

[29] With Mr. Khadr's present and future liberty at stake, s. 7 of the *Charter* required that CSIS conduct itself in conformity with the principles of fundamental justice. The principles of fundamental justice are informed by Canada's international human rights obligations: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 60; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, at paras. 82-92; *Hape*, at paras. 55-56.

[30] In the domestic context, the principles of fundamental justice impose a duty on the prosecuting Crown to provide disclosure of relevant information in its possession to the accused whose liberty is in jeopardy: *Stinchcombe*. In a domestic

(ii) *Participation à la procédure*

[27] En mettant à la disposition des autorités américaines le fruit de ses entretiens avec M. Khadr, le Canada a participé à une procédure contraire à ses obligations internationales en matière de droits de la personne. Le simple fait d'avoir des entretiens avec un citoyen canadien détenu à l'étranger en application d'une procédure attentatoire n'emporte pas nécessairement la participation à cette procédure. En effet, il peut arriver fréquemment que des responsables canadiens doivent s'entretenir avec des citoyens détenus en vertu de règles attentatoires afin de leur venir en aide. La conclusion que le Canada a porté atteinte aux droits de M. Khadr garantis à l'art. 7 en relayant l'information aux autorités américaines ne s'impose pas non plus. Il suffit de relever qu'au moment où il a transmis l'information aux Américains, le Canada était soumis à la *Charte*, car il participait dès lors à une procédure contraire à ses obligations internationales.

(iii) *Conséquences de la participation à la procédure*

[28] Vu notre conclusion que la *Charte* s'appliquait aux responsables canadiens lorsqu'ils ont participé à la procédure en cours à Guantanamo par la transmission du fruit de leurs entretiens avec M. Khadr, il faut maintenant déterminer les obligations qui en découlent, le cas échéant.

[29] La liberté actuelle et future de M. Khadr étant en jeu, l'art. 7 de la *Charte* obligeait le SCRS à observer les principes de justice fondamentale, et les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne permettent de dégager la portée de ces principes : *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 60; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, par. 82-92; *Hape*, par. 55-56.

[30] Sur le plan interne, les principes de justice fondamentale obligent le poursuivant à communiquer à l'accusé dont la liberté est en jeu les renseignements pertinents qu'il possède : *Stinchcombe*. Dans le cadre d'une poursuite interne, le poursuivant

prosecution, the Crown has put the accused's liberty at risk, which engages s. 7 of the *Charter* and the attendant duty of disclosure.

[31] To the extent that Canadian officials operating abroad are bound by s. 7 of the *Charter*, as we have earlier concluded was the case in this appeal, they are bound by the principles of fundamental justice in an analogous way. Where, as in this case, an individual's s. 7 right to liberty is engaged by Canada's participation in a foreign process that is contrary to Canada's international human rights obligations, s. 7 of the *Charter* imposes a duty on Canada to provide disclosure to the individual. Thus, s. 7 imposes a duty on Canada to provide disclosure of materials in its possession arising from its participation in the foreign process that is contrary to international law and jeopardizes the liberty of a Canadian citizen.

[32] It is not necessary to define for all fact situations the scope of the duty of disclosure, when the *Charter* is engaged by the actions of Canadian officials abroad, but it may differ from the scope of the duty of disclosure in a domestic criminal prosecution. In this case, although Canada participated in the U.S. process by giving the product of its interviews with Mr. Khadr to U.S. authorities, it did not by virtue of that action step into the shoes of the U.S. prosecutors. The scope of the disclosure obligation in this context is defined by the nature of Canada's participation in the foreign process. The crux of that participation was providing information to U.S. authorities in relation to a process which is contrary to Canada's international human rights obligations. Thus, the scope of the disclosure obligation must be related to the information provided to U.S. authorities.

[33] As noted at the outset, the appellants formally refused Mr. Khadr's request for disclosure in January 2006. This refusal of disclosure has put the appellants in breach of s. 7 of the *Charter* and entitles Mr. Khadr to a remedy.

met en jeu la liberté de l'accusé, ce qui emporte l'application de l'art. 7 de la *Charte* et fait naître l'obligation de communiquer la preuve.

[31] Dans la mesure où il est assujéti à l'art. 7 de la *Charte*, comme nous avons conclu précédemment que c'était le cas en l'espèce, le responsable canadien en mission à l'étranger est soumis aux principes de justice fondamentale de manière analogue. Lorsque, comme en l'espèce, le droit à la liberté que garantit l'art. 7 à une personne est en jeu du fait de la participation du Canada à une procédure étrangère qui va à l'encontre de ses obligations internationales en matière de droits de la personne, l'art. 7 exige de l'État canadien qu'il communique à l'intéressé les renseignements qu'il possède. L'article 7 contraint donc le Canada à cette communication à cause de sa participation à une procédure étrangère qui est contraire au droit international et qui compromet la liberté d'un Canadien.

[32] Lorsque l'application de la *Charte* découle d'actes accomplis par des responsables canadiens à l'étranger, la portée de l'obligation n'a pas à être précisée pour toutes les situations factuelles, mais elle peut différer de celle imposée dans le cadre d'une poursuite pénale interne. Dans la présente affaire, même s'il a pris part à une procédure états-unienne en transmettant aux autorités américaines le fruit de ses entretiens avec M. Khadr, le Canada ne s'est pas pour autant substitué au poursuivant américain. La portée de l'obligation de communication est déterminée, dans ce contexte, par la nature de la participation canadienne à la procédure étrangère. Cette participation a essentiellement consisté à relayer l'information aux autorités américaines en liaison avec une procédure qui allait à l'encontre des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne. Partant, la portée de l'obligation de communication doit être rattachée aux renseignements transmis aux Américains.

[33] Comme nous l'avons déjà signalé, en janvier 2006, les appelants se sont formellement opposés à la demande de communication de M. Khadr. De ce fait, ils ont contrevenu à l'art. 7 de la *Charte*, de sorte que M. Khadr a droit à une réparation.

[34] Canada has an obligation under s. 7 to provide disclosure to Mr. Khadr to mitigate the effect of Canada's participation by passing on the product of the interviews to U.S. authorities. It is not clear from the record before this Court if all portions of all of the interviews were given to U.S. authorities. If Mr. Khadr is given only partial disclosure of the interviews on the ground that only parts of the interviews were shared with U.S. authorities, it may be impossible for him to evaluate the significance of the parts of the interviews that are disclosed to him. For example, by analogy with *Stinchcombe*, disclosure of an inculpatory statement shared with the U.S. authorities might require disclosure of an exculpatory statement not shared to permit Mr. Khadr to know his jeopardy and prepare his defence. It would seem to follow that fairness requires disclosure of all records in any form of the interviews themselves — whether or not passed on to U.S. authorities — including any transcripts, recordings or summaries in Canada's possession. For similar reasons, it would seem to follow that Mr. Khadr is entitled to disclosure of information given to U.S. authorities as a direct consequence of Canada's having interviewed him.

[35] In making these observations, we are acutely aware that the record before us is incomplete. As this Court does not have the information given to U.S. authorities before it, we are unable to assess precisely what information is so connected to the shared information that it in fairness must be disclosed to Mr. Khadr. The designated judge of the Federal Court who hears the application under s. 38 of the *Canada Evidence Act* may be expected to have a fuller picture of what was shared with the U.S. authorities and what other material, if any, should be disclosed, bearing in mind the reasons of this Court and the principles enunciated in *Stinchcombe*. The ultimate process against Mr. Khadr may be beyond Canada's jurisdiction and control. However, to the extent that Canada has participated in that process, it has a constitutional duty to disclose information obtained by that participation to a Canadian citizen whose liberty is at stake.

[34] Le Canada a une obligation de communication suivant l'art. 7 afin d'atténuer les conséquences de la participation canadienne ayant consisté à relayer l'information obtenue aux autorités américaines. Le dossier de la Cour n'est pas clair quant à savoir si l'intégralité des entretiens a été transmise aux Américains. Si M. Khadr n'obtient que la communication d'une partie des entretiens au motif que seules certaines parties de ceux-ci ont été partagées avec les autorités américaines, il pourrait ne pas être en mesure d'évaluer l'importance des parties qui lui sont communiquées. Par exemple, par analogie avec l'affaire *Stinchcombe*, une déclaration inculpatoire relayée aux Américains pourrait nécessiter la communication d'une déclaration exculpatoire non relayée afin que M. Khadr connaisse le risque qu'il court et puisse préparer sa défense. Dès lors, l'équité exigerait du Canada qu'il communique tout document relatif aux entretiens comme tels qu'il a en sa possession, quelle que soit sa forme et qu'il ait ou non été transmis aux autorités américaines, tels les transcriptions, les enregistrements ou les résumés. Pour des raisons apparentées, M. Khadr aurait donc droit à la communication de tout renseignement dont la transmission aux autorités américaines découle directement des entretiens.

[35] Néanmoins, nous demeurons parfaitement conscients des lacunes du dossier dont nous disposons. Étant donné que l'information relayée aux Américains n'y figure pas, nous ne pouvons déterminer avec précision quels éléments sont si étroitement liés à l'information transmise que l'équité commande leur communication à M. Khadr. Le juge désigné de la Cour fédérale qui entendra la demande en application de l'art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* pourra être plus à même de déterminer quels éléments ont été partagés avec les Américains et quels autres documents, s'il en est, devraient être communiqués, compte tenu des présents motifs et des principes dégagés dans l'arrêt *Stinchcombe*. L'issue de la procédure engagée contre M. Khadr peut échapper à la compétence et à la volonté du Canada, mais dans la mesure où il y a participé, il a l'obligation constitutionnelle de communiquer au citoyen canadien dont la liberté est en jeu les renseignements obtenus à la faveur de cette participation.

[36] The Minister of Justice has argued that Mr. Khadr's right to disclosure is confined to disclosure from the U.S. authorities who are prosecuting him. We disagree. The remedy of disclosure being granted to Mr. Khadr is for breach of a constitutional duty that arose when Canadian agents became participants in a process that violates Canada's international obligations. Whether or not he is given similar disclosure by U.S. officials, he is entitled to a remedy for the Canadian government's failure to provide disclosure to him after having given U.S. authorities access to the product of the interviews, in circumstances that engaged s. 7 of the *Charter*.

4. Conclusion

[37] In reaching its conclusions on disclosure, the Federal Court of Appeal held that the *Stinchcombe* disclosure regime should apply, and consequently held that the scope of disclosure extended to all materials in the Crown's possession which might be relevant to the charges against the appellant, subject to ss. 38 ff. of the *Canada Evidence Act*. Our holding is not based on applying *Stinchcombe* directly to these facts. Rather, as described above, the s. 7 duty of disclosure to Mr. Khadr is triggered on the facts of this case by Canadian officials' giving U.S. authorities access to interviews conducted at Guantanamo Bay with Mr. Khadr. As a result, the disclosure order we make is different in scope than the order of the Federal Court of Appeal. The appellants must disclose (i) all records in any form of the interviews conducted by Canadian officials with Mr. Khadr, and (ii) records of any information given to U.S. authorities as a direct consequence of Canada's having interviewed him. This disclosure is subject to the balancing of national security and other considerations as required by ss. 38 ff. of the *Canada Evidence Act*.

[38] As noted above, it is not possible on the record before this Court to determine what specific records should be disclosed to Mr. Khadr. In order to assess what specific documents must be disclosed

[36] Le ministre de la Justice fait valoir que M. Khadr a droit à la communication de renseignements seulement de la part du poursuivant américain. Nous ne sommes pas de cet avis. La réparation accordée à M. Khadr résulte du manquement à l'obligation constitutionnelle qu'a fait naître la participation de responsables canadiens à une procédure qui contrevient aux obligations internationales du Canada. Qu'il ait droit ou non à la même mesure aux États-Unis, une réparation doit lui être accordée en raison de l'omission de l'État canadien de lui communiquer l'information relayée aux autorités américaines après les entretiens, dans des circonstances emportant l'application de l'art. 7 de la *Charte*.

4. Conclusion

[37] Pour statuer sur la demande, la Cour d'appel fédérale a conclu que le régime de communication établi dans l'arrêt *Stinchcombe* devait s'appliquer, de sorte qu'il y avait obligation de communiquer tous les documents en la possession de l'État canadien susceptibles d'intéresser les accusations portées contre M. Khadr, sous réserve des art. 38 et suiv. de la *Loi sur la preuve au Canada*. Or, notre conclusion selon laquelle l'art. 7 commande la communication ne résulte pas de l'application directe de l'arrêt *Stinchcombe* à la présente affaire, mais du fait que les responsables canadiens ont permis aux autorités américaines de prendre connaissance de la teneur de leurs entretiens avec M. Khadr à Guantanamo. Par conséquent, la portée de notre ordonnance diffère de celle de la Cour d'appel fédérale. Les appelants doivent communiquer (i) tous les documents, sous quelque forme, relatifs aux entretiens des responsables canadiens avec M. Khadr, ainsi que (ii) tout renseignement dont la communication aux autorités américaines découle directement du fait que le Canada a interrogé M. Khadr. La communication demeure conditionnée par la prise en compte de la sécurité nationale et d'autres considérations conformément aux art. 38 et suiv. de la *Loi sur la preuve au Canada*.

[38] Rappelons que le dossier ne permet pas à la Cour de déterminer quels documents précis doivent être communiqués à M. Khadr. Pour décider des documents visés au par. 37 des présents motifs et

as falling within the group of documents described in para. 37, a designated judge of the Federal Court must review the documents. The designated judge will also consider any privilege or public interest immunity claim that is raised, including any claim under ss. 38 ff. of the *Canada Evidence Act*.

[39] The Federal Court of Appeal ordered that the appellants produce unredacted copies of all documents, records and other materials in their possession which might be relevant to the charges against Mr. Khadr to a designated judge of the Federal Court. In view of the fact that production has already been made pursuant to the Court of Appeal's order and this Court's order of January 23, 2008, we see no reason to interfere with this order.

[40] The designated judge will review the material and receive submissions from the parties, and decide which documents fall within the categories set out in para. 37 above. In particular, the designated judge will determine which records fall within the scope of the disclosure obligation as being (i) records of the interviews conducted by Canadian officials with Mr. Khadr, or (ii) records of information given to U.S. authorities as a direct consequence of Canada's having interviewed Mr. Khadr.

[41] Pursuant to s. 38.06 of the *Canada Evidence Act*, the designated judge will then consider whether disclosure of the records described in (i) and (ii) to Mr. Khadr would be injurious to international relations or national defence or national security, and whether the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure. The designated judge will decide whether to authorize the disclosure of all the information, a part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information, subject to any conditions that the judge considers appropriate. We note that this review is currently ongoing pursuant to this Court's order of January 23, 2008.

[42] Subject to these variations, we would dismiss the appeal with costs in this Court, and issue an order directing that:

par l'ordonnance de communication, le juge désigné de la Cour fédérale devra examiner les documents en cause. Il statuera également sur tout privilège ou exception d'intérêt public revendiqué, notamment sur le fondement des art. 38 et suiv. de la *Loi sur la preuve au Canada*.

[39] La Cour d'appel fédérale a ordonné aux appelants de remettre à un juge désigné de la Cour fédérale des copies non expurgées de tous les documents, dossiers et autres pièces en leur possession susceptibles d'intéresser les accusations portées contre M. Khadr. La remise ayant déjà eu lieu suivant cette ordonnance et celle de notre Cour datée du 23 janvier 2008, il n'y a pas lieu de revenir sur la mesure.

[40] Le juge désigné examinera les documents et entendra les parties, puis il déterminera quels documents sont visés au par. 37 des présents motifs. Plus spécialement, il décidera des documents devant être communiqués du fait (i) qu'ils se rapportent aux entretiens des responsables canadiens avec M. Khadr ou (ii) qu'ils constituent des renseignements dont la communication aux autorités américaines découle directement du fait que le Canada a interrogé M. Khadr.

[41] Conformément à l'art. 38.06 de la *Loi sur la preuve au Canada*, le juge désigné déterminera ensuite si la communication à M. Khadr des documents visés aux points (i) et (ii) susmentionnés porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou sécurité nationales et si les raisons d'intérêt public qui la justifient l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui s'y opposent. Il autorisera ou non la communication de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés, aux conditions qu'il estimera indiquées. Signalons que cet examen est actuellement en cours par suite de notre ordonnance du 23 janvier 2008.

[42] Sous réserve de ces nuances, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant notre Cour et de rendre l'ordonnance suivante :

(a) the Minister of Justice and Attorney General of Canada, the Minister of Foreign Affairs, the Director of the Canadian Security Intelligence Service and the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police produce to a “judge” as defined in s. 38 of the *Canada Evidence Act* unredacted copies of all documents, records and other materials in their possession which might be relevant to the charges against Mr. Khadr;

and

(b) the “judge” as defined in s. 38 of the *Canada Evidence Act* shall consider any privilege or public interest immunity claim that is raised, including any claim under ss. 38 ff. of the Act, and make an order for disclosure in accordance with these reasons.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellants: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Parlee McLaws, Edmonton.

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

Solicitors for the intervenor the Criminal Lawyers’ Association (Ontario): Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitors for the interveners the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic and Human Rights Watch: Goodmans, Toronto.

a) le ministre de la Justice et procureur général du Canada, le ministre des Affaires étrangères, le directeur du Service canadien du renseignement de sécurité et le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada remettront à un « juge » au sens de l’art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* des copies non expurgées de tous les dossiers, documents et autres pièces en leur possession susceptibles d’intéresser les accusations portées contre M. Khadr;

et

b) le « juge » au sens de l’art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* statuera sur tout privilège ou exception d’intérêt public revendiqué, notamment sur le fondement des art. 38 et suiv. de la même loi, et rendra une ordonnance de communication conformément aux présents motifs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur des appelants : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l’intimé : Parlee McLaws, Edmonton.

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

Procureurs de l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario) : Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureurs des intervenantes University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch : Goodmans, Toronto.