

A-184-06
2007 FCA 182

A-184-06
2007 CAF 182

Omar Ahmed Khadr (*Appellant*)

Omar Ahmed Khadr (*appelant*)

v.

c.

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 (*Respondents*)

Le ministre de la Justice et procureur général du Canada, le ministre des Affaires étrangères, le directeur du Service canadien de renseignement de sécurité et le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada (*intimés*)

INDEXED AS: KHADR v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : KHADR c. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Desjardins, Létourneau and Ryer JJ.A.—Edmonton, March 13; Ottawa, May 10, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Létourneau et Ryer, J.C.A.—Edmonton, 13 mars; Ottawa, 10 mai 2007.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Appeal from Federal Court's dismissal of application for judicial review seeking remedy under Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), s. 24(1) for violation of s. 7 right to full answer and defence to criminal charges laid by U.S. Government — Appellant apprehended in 2002 by American military, currently detained in Guantánamo Bay, Cuba — Charged with several serious terrorism-related crimes, offences — Appellant obtaining redacted copies of some of Crown's documentary materials after submitting Access to Information requests, instituting court proceedings — Canadian officials interviewing appellant in Cuba, playing active role in gathering information, passing on summaries thereof to U.S. authorities — Since Canadian officials assisted U.S. authorities in conducting investigation against appellant, preparing case against him, Federal Court erring in concluding not sufficient causal connection between Canadian government's participation in foreign investigation, appellant's potential deprivation of life, liberty, security of person — Because establishing prima facie case of substantial risk of not being able to present full answer and defence to U.S. charges if denied access to relevant information, appellant having right to full disclosure of all relevant documents within Crown's possession, subject to Crown's privilege, public interest immunity claims reviewable by court of law — Appeal allowed.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir réparation, en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés (la Charte), pour atteinte au droit reconnu par l'art. 7 de présenter une défense pleine et entière en réponse à des accusations criminelles déposées par le gouvernement des États-Unis — L'appellant a été appréhendé par l'armée américaine en 2002 et il est présentement détenu à Guantánamo Bay (Cuba) — Il a été accusé de plusieurs crimes et infractions graves liés au terrorisme — Après avoir soumis des requêtes en application de la Loi sur l'accès à l'information et institué des procédures judiciaires, l'appellant a obtenu des exemplaires, en forme expurgée, de quelques-uns des documents de la Couronne — Les responsables canadiens ont interrogé l'appellant à Cuba, ils ont joué un rôle actif dans la collecte de renseignements et ils ont communiqué des résumés des informations recueillies aux autorités américaines — Comme les responsables canadiens ont aidé les autorités américaines à conduire l'enquête contre l'appellant et à constituer un dossier contre lui, la Cour fédérale a erré en disant qu'il n'y avait pas de lien de causalité suffisant entre le rôle joué par le gouvernement canadien dans l'enquête menée à l'étranger et le risque que l'appellant soit privé du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne — Ayant apporté un commencement de preuve montrant qu'il pourrait fort bien ne pas être en mesure de présenter une défense pleine et entière en réponse aux accusations déposées contre lui aux États-Unis si l'accès aux documents pertinents lui était refusé, l'appellant avait droit à la divulgation intégrale de tous les documents pertinents en la possession de la Couronne, sous réserve des revendications de privilège et d'immunité d'intérêt public de la Couronne, revendications qui sont susceptibles de contrôle par les tribunaux — Appel accueilli.

Criminal Justice — Evidence — Appeal from Federal Court's dismissal of application for judicial review seeking remedy under Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), s. 24(1) for violation of s. 7 right to full answer and defence to criminal charges — Crown having continuing obligation to disclose all relevant information to accused — Failure to do so impeding accused's ability to make full answer and defence — Federal Court erring when finding disclosure of relevant materials to Canadian citizens to defend against foreign prosecutions might lead to interference with foreign legal proceedings, impede provision of consular services by Canada — However, since appellant not seeking direction or order purportedly directing Military Commission to do anything, disclosure order would not interfere with U.S. sovereign authority — Matter returned to Federal Court since impossible to decide whether Crown failed to comply with disclosure obligation as established by case law.

This was an appeal from the Federal Court's dismissal of an application for judicial review seeking a remedy under subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) for a violation of the appellant's section 7 right to a full answer and defence to criminal charges. He sought an order of *mandamus* directing the respondents to make full and complete disclosure of all documents, records and other materials in the possession of all departments of the Crown that might be relevant to the charges laid against him by the U.S. Government. The appellant, a Canadian citizen, was apprehended by the American military in July 2002 and is detained in Guantánamo Bay, Cuba. He was charged with several serious terrorism-related crimes and offences for events alleged to have occurred in Afghanistan and elsewhere when the appellant was 15. He is awaiting prosecution by a U.S. Military Commission. Prior to the laying of charges, which carry a maximum penalty of life imprisonment, Canadian officials from the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) and the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT), with the consent of U.S. authorities, interviewed the appellant in Guantánamo Bay in the absence of his counsel. Canadian agents took a primary role in the interviews and were acting independently of U.S. authorities. Summaries of information collected were passed on to the RCMP and to U.S. authorities. Through requests made pursuant to the *Access to Information Act* (AIA) and through production and disclosure in Federal Court proceedings, the appellant obtained redacted copies of some of the documentary materials in the Crown's possession. The deletions and redactions were made on grounds of international relations, national defence and national security,

Justice criminelle et pénale — Preuve — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir réparation, en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés (la Charte), pour atteinte au droit reconnu par l'art. 7 de présenter une défense pleine et entière en réponse à des accusations criminelles — La Couronne est toujours tenue de communiquer à un accusé toute l'information pertinente — La non-divulgaration entrave à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière — La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la communication de documents pertinents à des citoyens canadiens pour leur permettre de se défendre dans des poursuites engagées contre eux à l'étranger risquait de conduire à une ingérence dans des procédures judiciaires introduites à l'étranger et aussi d'empêcher le Canada de fournir des services consulaires — Cependant, comme l'appellant ne sollicitait aucune directive ou ordonnance qui prétendrait obliger la commission militaire à agir de telle ou telle manière, l'ordonnance de divulgation ne porterait pas atteinte à l'autorité souveraine des États-Unis — L'affaire a été renvoyée à la Cour fédérale parce la Cour ne pouvait dire si la Couronne s'était ou non conformée à son obligation selon la jurisprudence.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir réparation, en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte), pour atteinte au droit de l'appellant que lui reconnaît l'article 7 de présenter une défense pleine et entière en réponse à des accusations criminelles. L'appellant sollicitait une ordonnance de *mandamus* enjoignant aux défendeurs de divulguer dans leur intégralité tous les documents, dossiers et autres pièces en la possession de tous les ministères de la Couronne qui pouvaient intéresser les chefs d'accusation portés contre lui par le gouvernement des États-Unis. L'appellant, un citoyen canadien, a été appréhendé par l'armée américaine en juillet 2002 et il est détenu à Guantánamo Bay (Cuba). L'appellant a été accusé de plusieurs crimes et infractions graves liés au terrorisme qui se rapportent à des événements qui se seraient déroulés en Afghanistan et ailleurs lorsqu'il était âgé de 15 ans. Il attend que des poursuites soient engagées par une commission militaire américaine. Avant le dépôt d'accusations, qui sont assorties d'une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité, des responsables canadiens du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) et du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI) ont, avec l'assentiment des autorités américaines, interrogé l'appellant à Guantánamo Bay en l'absence de son avocat. Les agents canadiens ont joué le rôle principal au cours de ces entrevues et ils agissaient indépendamment des autorités américaines. Des résumés des informations recueillies ont été transmis à la GRC et aux autorités américaines. À la faveur de requêtes présentées en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* (la LAI) ainsi qu'à

and more specifically, under certain statutory exemptions under the AIA and a “specific public interest immunity” under section 38 of the *Canada Evidence Act*. After the charges were laid, the appellant’s counsel formally requested that copies of all materials in the possession of all departments of the Crown that might be relevant to the charges raised against the appellant be provided since it was his client’s constitutional right to raise full answer and defence but the respondents never replied thereto.

On judicial review, the Federal Court held that the requirement that there be a sufficient causal connection between the Government of Canada’s participation and the appellant’s potential deprivation of the right to life, liberty and security of the person was not met. The Court also concluded that the first two requirements for an order of *mandamus* to be granted were not met. The issues were: (1) whether the Federal Court erred in finding that the Charter does not have extraterritorial application in the circumstances of this case; (2) whether the application of the Charter interferes with the sovereign authority of the U.S.; (3) whether section 7 of the Charter was engaged; and (4) what was the nature of the order to be issued.

Held, the appeal should be allowed.

The Supreme Court of Canada decision in *R. v. Stinchcombe* established that the Crown has a continuing obligation, triggered by the request of an accused, to disclose all relevant information, whether inculpatory or exculpatory, subject to the exercise of the Crown’s discretion to refuse to disclose information that is privileged or plainly irrelevant. A failure to disclose impedes an accused’s ability to make full answer and defence and creates the risk of an innocent person being convicted and imprisoned. The right to make full answer and defence has been entrenched in the section 7 protection of the right to life, liberty and security of the person. The Supreme Court of Canada has recognized that in rare circumstances the Charter may apply outside Canada.

(1) The guarantee of fundamental justice applies even to deprivations of life, liberty and security effected by actors other than the Canadian government, if there is a sufficient causal connection between our government’s participation and

la faveur de la production et de la divulgation de documents dans des procédures introduites devant la Cour fédérale, l’appelant a obtenu des exemplaires, en forme expurgée, de quelques-uns des documents en la possession de la Couronne. Les suppressions et retranchements ont été pratiqués en raison de possibles atteintes aux relations internationales, à la défense nationale et à la sécurité nationale, et plus précisément en vertu de certaines exceptions prévues par la LAI et d’une «immunité spécifique d’intérêt public» au titre de l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Après le dépôt des accusations, l’avocat de l’appelant a présenté une demande formelle pour obtenir une copie de tous les documents en la possession de tous les ministères de la Couronne qui pourraient intéresser les accusations portées contre l’appelant puisque ce dernier avait le droit constitutionnel d’opposer une défense pleine et entière aux accusations; les intimés n’ont toutefois pas répondu à cette demande.

Dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour fédérale a conclu que la condition selon laquelle il doit exister un lien de causalité suffisant entre le rôle joué par le gouvernement du Canada et le risque pour l’appelant d’être privé du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne n’était pas remplie. En outre, la Cour fédérale a conclu que les deux premières conditions devant être remplies pour que soit rendue une ordonnance de *mandamus* étaient absentes. Les questions à trancher étaient celles de savoir : 1) si la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a statué que la Charte n’avait pas d’application extraterritoriale en l’espèce; 2) si l’application de la Charte fait obstacle à l’autorité souveraine des États-Unis; 3) si l’article 7 de la Charte a été mis en jeu; et 4) quelle était la nature de l’ordonnance devant être rendue.

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

La décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l’arrêt *R. c. Stinchcombe* établit que la Couronne est toujours tenue de communiquer à un accusé toute l’information pertinente, qu’elle soit inculpatoire ou disculpatoire, sous réserve de son pouvoir discrétionnaire de refuser de divulguer des renseignements qui sont privilégiés ou tout simplement hors de propos; cette obligation découle d’une demande présentée par l’accusé. La non-divulgence entrave à la capacité de l’accusé de présenter une défense pleine et entière et accroît le risque pour une personne innocente d’être déclarée coupable, puis incarcérée. Le droit de présenter une défense pleine et entière a été inscrit dans l’article 7, qui garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. La Cour suprême du Canada a reconnu qu’en de rares circonstances, la Charte peut s’appliquer à l’étranger.

1) La garantie relative à la justice fondamentale s’applique même aux atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui sont le fait d’acteurs autres que le gouvernement canadien, à condition qu’il existe un lien causal

the deprivation ultimately affected. The visits from Canadian officials were purely information-gathering visits with a focus on intelligence/law enforcement. Summaries of the information collected were passed on to U.S. authorities and the Canadian officials were acting independently and were not under U.S. authorities' instructions. The participation of the Canadian officials in gathering evidence against the appellant at a pre-charge level raised a justiciable Charter issue. Canada's participation may have made it more likely that criminal charges would be laid against the appellant and thus increased the likelihood that he would be deprived of his right to life, liberty and security of the person. The Charter applied since there was a sufficient causal connection between the Canadian government's participation in the foreign investigation and the potential deprivation of life, liberty and security of the person which the appellant faced. The Federal Court therefore erred in concluding that a sufficient causal connection did not exist.

(2) The Federal Court also erred when it found that the disclosure of relevant materials to Canadian citizens to defend against foreign prosecutions might lead to interference with foreign legal proceedings and could act as an impediment to the provision of consular services by Canadians. It has been established that a disclosure order does not interfere with the sovereign authority of the U. S. since disclosure does no more than put the individual in the position to offer the evidence obtained to the foreign court. It does not decide whether the evidence is admissible or the weight it deserves and does not take over the discovery process in the foreign court. The appellant was not seeking any direction or order which would purport to direct the Military Commission to do anything.

(3) As a Canadian citizen who falls within the purview of the word "everyone" in section 7 of the Charter, the appellant has the right under section 7 of the Charter not to be deprived of his right to life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. The appellant made a *prima facie* case showing a substantial risk of not being able to present a full answer and defence to the charges he faces in the U.S. if he were denied access to relevant information in the possession of the Crown. He therefore has the right to full disclosure of all relevant documents within the Crown's possession. However, the Crown's disclosure obligation is subject to privilege and public interest immunity claims that are reviewable by a court of law.

suffisant entre la participation de notre gouvernement et l'atteinte qui survient en bout de ligne. Les visites des responsables canadiens visaient exclusivement à recueillir des renseignements et elles étaient axées sur le renseignement de sécurité et sur l'application de la loi. Des résumés des informations recueillies ont été remis aux autorités américaines et les responsables canadiens agissaient indépendamment et ne recevaient pas de directives des autorités américaines. Le rôle des responsables canadiens dans la collecte de preuves à l'encontre de l'appellant, avant que des accusations ne soient déposées contre lui, suscite une question contentieuse au regard de la Charte. Le rôle du Canada a sans doute rendu plus probable le dépôt d'accusations criminelles contre l'appellant, ce qui accroissait par le fait même la probabilité qu'il soit privé de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. La Charte s'appliquait parce qu'il y avait un lien de causalité suffisant entre le rôle joué par le gouvernement canadien dans l'enquête menée à l'étranger et le risque que courait l'appellant d'être privé du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. La Cour fédérale a donc erré en disant qu'il n'y avait pas de lien de causalité suffisant.

2) La Cour fédérale a aussi commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la communication de documents pertinents à des citoyens canadiens pour leur permettre de se défendre dans des poursuites engagées contre eux à l'étranger risquait de conduire à une ingérence dans des procédures judiciaires introduites à l'étranger et aussi d'empêcher le Canada de fournir des services consulaires. On a établi que l'ordonnance de divulgation ne portait pas atteinte à l'autorité souveraine des États-Unis puisque la divulgation ne fait rien de plus que de permettre à l'accusé de présenter au tribunal étranger la preuve obtenue. L'ordonnance ne dit rien de la recevabilité de la preuve ni du poids qu'il convient de lui accorder et elle ne supplante pas le processus de communication de la preuve devant le tribunal étranger. L'appellant ne sollicitait aucune directive ou ordonnance qui prétendrait obliger la commission militaire à agir de telle ou telle manière.

3) En tant que citoyen canadien qui est couvert par le mot « chacun » à l'article 7 de la Charte, l'appellant a le droit, en vertu de cette disposition, de ne pas être privé de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale. L'appellant a apporté un commencement de preuve montrant qu'il pourrait fort bien ne pas être en mesure de présenter une défense pleine et entière en réponse aux accusations déposées contre lui aux États-Unis si l'accès aux documents pertinents qui sont en la possession de la Couronne lui est refusé. L'appellant a donc droit à la divulgation intégrale de tous les documents pertinents qui sont en la possession de la Couronne. Cependant, l'obligation de divulgation imposée à la Couronne est subordonnée aux revendications de privilège

(4) It was not possible to decide whether the Crown failed to comply with its obligation under *Stinchcombe*. There was no way to verify whether there were relevant documents that had not been disclosed to the appellant when they should have been and whether the public interest immunity claims and statutory exemptions previously raised were justified exceptions to *Stinchcombe* disclosure. Therefore, the matter had to be returned to the Federal Court for a determination of the precise documents that the appellant was entitled to obtain under section 7 of the Charter after the respondents were ordered to produce all relevant documents within their possession.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 50.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 (as amended by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141(4)), 38.06 (as enacted *idem*, s. 43).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 24(1), 32(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Purdy v. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 761; 175 C.C.C. (3d) 306; 106 C.R.R. (2d) 106; 2003 BCSC 725; *affd* (2003), 230 D.L.R. (4th) 361; 188 B.C.A.C. 195; 177 C.C.C. (3d) 438; 15 C.R. (6th) 211; 109 C.R.R. (2d) 160; 2003 BCCA 447; *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532; (2001), 197 D.L.R. (4th) 1; 152 C.C.C. (3d) 225; 41 C.R. (5th) 44; 81 C.R.R. (2d) 189; 267 N.R. 310; 145 O.A.C. 36; 2001 SCC 18; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283; (2001), 195 D.L.R. (4th) 1; [2001] 3 W.W.R. 193; 148 B.C.A.C. 1; 85 B.C.L.R. (3d) 1; 151 C.C.C. (3d) 97; 39 C.R. (5th) 205; 81 C.R.R. (2d) 1; 265 N.R. 212; 2001 SCC 7.

CONSIDERED:

R. v. Cook, [1998] 2 S.C.R. 597; (1998), 164 D.L.R. (4th) 1; [1999] 5 W.W.R. 582; 112 B.C.A.C. 1; 57

et d'immunité d'intérêt publique, revendications qui sont susceptibles de contrôle par les tribunaux.

4) La Cour ne pouvait dire si la Couronne s'était ou non conformée à son obligation selon l'arrêt *Stinchcombe*. Elle n'avait aucun moyen de vérifier si des documents pertinents auraient dû être communiqués à l'appelant et si les allégations d'immunité d'intérêt public et les exceptions législatives précédemment invoquées constituaient des exceptions justifiées au critère de divulgation énoncé dans l'arrêt *Stinchcombe*. En conséquence, l'affaire a dû être renvoyée à la Cour fédérale pour qu'elle détermine les documents précis que l'appelant était fondé à obtenir en vertu de l'article 7 de la Charte après que les défendeurs ont reçu l'ordre de produire tous les documents pertinents qu'ils avaient en leur possession.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 24(1), 32(1).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 50.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141(4)), 38.06 (édicte, *idem*, art. 43).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; *Purdy v. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 761; 175 C.C.C. (3d) 306; 106 C.R.R. (2d) 106; 2003 BCSC 725; *conf. par* (2003), 230 D.L.R. (4th) 361; 188 B.C.A.C. 195; 177 C.C.C. (3d) 438; 15 C.R. (6th) 211; 109 C.R.R. (2d) 160; 2003 BCCA 447; *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532; 2001 CSC 18; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283; 2001 CSC 7.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

R. c. Cook, [1998] 2 R.C.S. 597; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002]

B.C.L.R. (3d) 215; 128 C.C.C. (3d) 1; 19 C.R. (5th) 1; 55 C.R.R. (2d) 189; 230 N.R. 83; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; (1997), 33 O.R. (3d) 478; 147 D.L.R. (4th) 399; 115 C.C.C. (3d) 481; 8 C.R. (5th) 79; 44 C.R.R. (2d) 189; 213 N.R. 321; 101 O.A.C. 321.

REFERRED TO:

Khadr v. Canada (Attorney General) (2004), 245 D.L.R. (4th) 556; 2004 FC 1394; *Khadr v. Canada*, [2006] 2 F.C.R. 505; (2005), 257 D.L.R. (4th) 577; 133 C.R.R. (2d) 189; 277 F.T.R. 298; 2005 FC 1076; *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 51 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.); *Gold v. R.*, [1986] 2 F.C. 129; (1986), 25 D.L.R. (4th) 285; 18 Admin. L.R. 212; 64 N.R. 260 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33; (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 FCA 246; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504; (2003), 217 N.S.R. (2d) 301; 231 D.L.R. (4th) 385; 4 Admin. L.R. (4th) 1; 29 C.C.E.L. (3d) 1; 110 C.R.R. (2d) 233; 310 N.R. 22; 2003 SCC 54; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; (1993), 141 A.R. 81; 103 D.L.R. (4th) 678; 82 C.C.C. (3d) 193; 21 C.R. (4th) 186; 15 C.R.R. (2d) 193; 45 M.V.R. (2d) 161; 153 N.R. 272; *R. v. Taillefer*; *R. v. Duguay*, [2003] 3 S.C.R. 307; (2003), 233 D.L.R. (4th) 227; 179 C.C.C. (3d) 353; 17 C.R. (6th) 57; 114 C.R.R. (2d) 60 313 N.R. 1; 2003 SCC 70; *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244; (1998), 166 N.S.R. (2d) 241; 122 C.C.C. (3d) 1; 13 C.R. (5th) 217; 50 C.R.R. (2d) 108; 222 N.R. 243; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; (1995), 162 A.R. 272; 27 Alta. L.R. (3d) 1; 96 C.C.C. (3d) 225; 36 C.R. (4th) 201; 26 C.R.R. (2d) 189; 178 N.R. 118; 83 W.A.C. 272.

APPEAL from a Federal Court decision ((2006), 290 F.T.R. 313; 2006 FC 509) dismissing an application for judicial review seeking a remedy under subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for a violation of the appellant's section 7 right to a full answer and defence to criminal charges. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Nathan J. Whiting and *Dennis Edney* for appellant.

Doreen C. Mueller for respondents.

1 R.C.S. 3; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462.

DÉCISIONS CITÉES :

Khadr c. Canada (Procureur général), 2004 CF 1394; *Khadr c. Canada*, [2006] 2 R.C.F. 505; 2005 CF 1076; *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.); *Gold c. R.*, [1986] 2 C.F. 129 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504; 2003 CSC 54; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Taillefer*; *R. c. Duguay*, [2003] 3 R.C.S. 307; 2003 CSC 70; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727.

APPEL à l'encontre de la décision (2006 CF 509) par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir réparation, en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, pour atteinte au droit de l'appelant que lui reconnaît l'article 7 de présenter une défense pleine et entière en réponse à des accusations criminelles. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Nathan J. Whiting et *Dennis Edney* pour l'appelant.

Doreen C. Mueller pour les intimés.

SOLICITORS OF RECORD:

Parlee McLaws LLP and Edney Hattersley & Dolphin, Edmonton, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DESJARDINS J.A.: This appeal raises the question of whether government action which occurred outside Canada triggers the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter).

[2] The appellant, Omar Ahmed Khadr, is appealing the decision of von Finckenstein J. of the Federal Court (*Khadr v. Canada (Minister of Justice)* (2006), 290 F.T.R. 313), which dismissed his application for judicial review. The appellant sought a remedy under subsection 24(1) of the Charter for a violation of his right under section 7 of the Charter to a full answer and defence to criminal charges. He sought an order in the nature of *mandamus* directing the respondents to make full and complete disclosure of all the documents, records and other materials in the possession of all departments of the Crown in right of Canada which might be relevant to the charges laid against him by the Government of the United States.

[3] The four respondents, 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 (collectively referred to herein as the Crown), are officials of the Government of Canada who are in possession of voluminous documentary materials which are allegedly relevant to the charges against the appellant.

THE FACTS

[4] The appellant, a Canadian citizen, was apprehended by the American military in July 2002. He

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Parlee McLaws LLP et Edney Hattersley & Dolphin, Edmonton, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Le présent appel soulève le point de savoir si une mesure gouvernementale qui a été prise à l'étranger entraîne l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte).

[2] L'appelant, Omar Ahmed Khadr, fait appel du jugement du juge von Finckenstein, de la Cour fédérale (*Khadr c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CF 509), qui a rejeté sa demande de contrôle judiciaire. L'appelant voulait obtenir réparation, en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte, pour atteinte au droit que lui reconnaît l'article 7 de la Charte de présenter une défense pleine et entière en réponse à des accusations criminelles. Il sollicitait une ordonnance de la nature d'un *mandamus*, enjoignant aux défendeurs de divulguer dans leur intégralité tous les documents, dossiers et autres pièces en la possession de tous les ministères de la Couronne du chef du Canada qui pouvaient intéresser les chefs d'accusation portés contre lui par le gouvernement des États-Unis.

[3] Les quatre défendeurs, à savoir 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 (ci-après collectivement appelés la Couronne), sont des responsables du gouvernement du Canada ayant en leur possession une quantité considérable de documents qui prétendent intéresser les chefs d'accusation contre l'appelant.

LES FAITS

[4] L'appelant, un citoyen canadien, a été appréhendé par l'armée américaine en juillet 2002. Il est

is presently detained in U.S. Naval Station, Guantánamo Bay, Cuba.

[5] In November 2005, the appellant was charged with: conspiracy to commit offences triable by Military Commission; murder by an unprivileged belligerent; attempted murder by an unprivileged belligerent; and aiding the enemy. As of February 2, 2007, the charges against him read: murder in violation of the law of war; attempted murder in violation of the law of war; conspiracy; providing material support for terrorism; and spying.

[6] The charges relate to events which are alleged to have occurred in Afghanistan and elsewhere when the appellant was 15 years of age and younger. They carry a maximum penalty of life imprisonment. The prosecution is not seeking the imposition of the death penalty.

[7] The appellant currently awaits prosecution by a Military Commission established by order of the Secretary of Defence of the United States. No date for trial has yet been set.

[8] Prior to the laying of charges, Canadian officials from the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) and the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT), with the consent of U.S. authorities, attended at Guantánamo Bay and interviewed the appellant in the absence of his counsel. These visits were allegedly not welfare visits or covert consular visits but were purely information-gathering visits with a focus on intelligence/law enforcement. The topics discussed with the appellant included matters which were the subject of the charges. Canadian agents took a primary role in these interviews, were acting independently and were not under instructions of U.S. authorities. Summaries of information collected were passed on to the RCMP and to U.S. authorities (*Khadr v. Canada (Attorney General)* (2004), 245 D.L.R. (4th) 556 (F.C.), at paragraph 4; *Khadr v. Canada*, [2006] 2 F.C.R. 505 (F.C.); exhibits to cross-examination of William Robert James Johnston, A.B., Vol. 11, Tab 13, pages 257-265; reasons for order and order of von Finckenstein J., at paragraph 19 (iv)).

présentement détenu à la station navale des États-Unis, à Guantánamo Bay (Cuba).

[5] En novembre 2005, l'appellant fut accusé de complot en vue de commettre des infractions relevant de la Commission militaire, de meurtre commis par un combattant non privilégié, de tentative de meurtre commise par un combattant non privilégié, et d'assistance à l'ennemi. Au 2 février 2007, les chefs d'accusation le visant étaient ainsi formulés : meurtre en contravention du droit de la guerre, tentative de meurtre en contravention du droit de la guerre, complot, appui substantiel au terrorisme, et espionnage.

[6] Les accusations se rapportent à des événements qui se seraient déroulés en Afghanistan et ailleurs, alors que l'appellant était âgé de 15 ans ou moins. Elles sont assorties d'une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité. La poursuite ne requiert pas l'imposition de la peine de mort.

[7] L'appellant attend aujourd'hui que des poursuites soient engagées par une commission militaire établie par décret du secrétaire à la défense des États-Unis. Aucune date n'a encore été fixée pour le procès.

[8] Avant le dépôt d'accusations, des responsables canadiens du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) et du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI) se sont présentés à Guantánamo Bay et, avec l'assentiment des autorités américaines, ils ont interrogé l'appellant en l'absence de son avocat. Les visites en question n'étaient pas semble-t-il des visites de bien-être ni des visites consulaires déguisées. Elles visaient simplement à recueillir des informations et étaient axées sur le renseignement de sécurité et sur l'application de la loi. Les sujets discutés avec l'appellant ont porté notamment sur des points qui intéressaient les accusations. Les agents canadiens ont joué le rôle principal au cours de ces entrevues; ils agissaient indépendamment et ils n'étaient pas soumis aux directives des autorités américaines. Des résumés des informations recueillies ont été transmis à la GRC et aux autorités américaines (*Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1394, au paragraphe 4; *Khadr c. Canada*, [2006] 2 R.C.F. 505 (C.F.); pièces annexées au contre-interrogatoire de William Robert James Johnston, D.A., vol. 11, onglet

[9] Through requests pursuant to the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (AIA) and through production and disclosure in Federal Court proceedings T-536-04 (an action by the appellant seeking various remedies under the Charter for an alleged violation by Canadian officials of his right to silence and his right to counsel in conducting interviews in Guantánamo Bay) and T-686-04 (an application by the appellant's family in order to compel the government to extend consular and diplomatic services to him), the appellant obtained redacted copies of some of the documentary materials in the Crown's possession. The deletions and redactions were made on grounds of international relations, national defence and national security, and more specifically, pursuant to certain statutory exemptions under the AIA and a "specific public interest immunity" under section 38 [as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141(4)] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA). Over 3,000 pages of documents were provided by the respondents. No steps were taken by the appellant to challenge the redactions and deletions made to these documents.

[10] On November 21, 2005, the appellant's counsel sent a letter to the respondents which read (A.B., Vol. 1, pages 20-21):

The writer, Mr. Dennis Edney and Professors Muneer Ahmad and Richard Wilson of American University act as counsel for Mr. Omar Ahmed Khadr. Mr. Khadr is currently detained by U.S. forces in Guantanamo Bay, Cuba. Mr. Khadr has recently been charged by the United States with the offences of Conspiracy, Murder by an Unprivileged Belligerent, Attempted Murder by an Unprivileged Belligerent, and Aiding the Enemy as detailed in the enclosed Charge Sheet. Kindly receive this letter as our formal joint demand pursuant to s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms for production of all relevant documents in the possession of the Crown in Right of Canada which might be relevant to the

13, pages 257 à 265; motifs d'ordonnance et ordonnance du juge von Finckenstein, paragraphe 19(iv)).

[9] À la faveur de requêtes présentées en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la LAI), ainsi qu'à la faveur de la production et de la divulgation de documents dans deux procédures introduites devant la Cour fédérale, T-536-04 (une action par laquelle l'appellant demandait diverses réparations en vertu de la Charte pour la présumée violation par les responsables canadiens de son droit au silence et de son droit à l'assistance d'un avocat au cours des entrevues qui s'étaient déroulées à Guantánamo Bay) et T-686-04 (demande déposée par la famille de l'appellant afin de contraindre le gouvernement à lui fournir des services consulaires et diplomatiques), l'appellant a obtenu des exemplaires, en forme expurgée, de quelques-uns des documents en la possession de la Couronne. Les suppressions et retranchements ont été pratiqués en raison de possibles atteintes aux relations internationales, à la défense nationale et à la sécurité nationale, et plus précisément en vertu de certaines exceptions prévues par la LAI, et d'une « immunité spécifique d'intérêt public », au titre de l'article 38 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141(4)] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC). Plus de 3 000 pages de documents ont été communiquées par les intimés. L'appellant n'a pris aucune mesure pour contester les suppressions et retranchements faits dans ces documents.

[10] Le 21 novembre 2005, l'avocat de l'appellant a envoyé aux intimés une lettre qui était rédigée ainsi (D.A., vol. 1, pages 20 et 21) :

[TRADUCTION] Le soussigné, M. Dennis Edney, et les professeurs Muneer Ahmad et Richard Wilson, de l'American University, sommes les conseillers juridiques de M. Omar Ahmed Khadr. M. Khadr est actuellement détenu par les forces américaines à Guantanamo Bay, à Cuba. M. Khadr a été récemment accusé par les États-Unis d'infractions de complot, de meurtre commis par un combattant non privilégié, de tentative de meurtre commise par un combattant non privilégié, et d'assistance à l'ennemi, infractions dont le détail est donné dans l'acte d'accusation ci-joint. Nous vous prions de considérer la présente lettre comme notre demande conjointe formelle, conformément à l'article 7 de la Charte

charges raised against Mr. Khadr and as such, are necessary to enable Mr. Khadr to raise full answer and defence to the charges.

Through our experience as Mr. Khadr's counsel, we have obtained copies of voluminous materials from DFAIT, CSIS and the RCMP under both the *Access to Information Act* and the Crown's production requirements in Federal Court of Canada Numbers T-536-04 and T-686-04. Much of the content of these documents has been redacted or withheld from us on the basis of assertions of privilege, including the statutory privilege created by s. 38 of the *Canada Evidence Act*. For further information regarding these materials, their content and the claims of privilege raised therein, we direct you to Mrs. Doreen Mueller, Department of Justice Canada, Counsel for Her Majesty the Queen in Action Numbers T-536-04 and T-686-04, (780) 495-8352.

Based on our review of these materials, it is apparent that DFAIT, CSIS, the RCMP and possibly other departments of the Crown in Right of Canada are in possession of materials which are relevant to the serious charges now raised against our client, and which materials are therefore necessary for Mr. Khadr to raise full answer and defence to said charges.

At the time that the claims of privilege referred to above were made, Mr. Khadr was not facing the charges. Consequently, Mr. Khadr's constitutional right to raise full answer and defence to the charges would not have been a factor taken into account. We take it you agree that Mr. Khadr's right to raise full answer and defence to the charges now overrides and outweighs the interests forming the basis of these previous assertions of privilege.

In light of the above, we hereby demand that you now provide us with copies of all materials in the possession of all departments of the Crown in Right of Canada which might be relevant to the charges raised against Mr. Khadr in accordance with the requirements of *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326 as applied to extraterritorial prosecutions in such cases as *Purdy v. Canada (Attorney General)* (2003), 230 D.L.R. (4th) 361 (B.C.C.A.). Without limitations, these materials include all the content redacted from the documents referred to above. Relevance in this regard should be determined by reference to the matters pleaded in the enclosed charge sheet.

canadienne des droits et libertés, pour que soient produits tous les documents pertinents, en la possession de la Couronne du chef du Canada, qui pourraient intéresser les accusations portées contre M. Khadr et qui sont par conséquent nécessaires pour que M. Khadr puisse opposer une défense pleine et entière aux accusations.

En notre qualité de conseillers juridiques de M. Khadr, nous avons obtenu copie de volumineux documents du MAECI, du SCRS et de la GRC, à la fois en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* et en vertu des obligations de production imposées à la Couronne dans des instances introduites devant la Cour fédérale du Canada, numéros du greffe T-536-04 et T-686-04. Ces documents ont été largement expurgés, ou la communication d'une bonne partie de leur contenu nous a été refusée, sur la foi de revendications de privilèges, notamment le privilège établi par l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Pour de plus amples renseignements concernant ces documents, leur contenu et les revendications de privilèges s'y rapportant, nous vous prions de vous adresser à M^{me} Doreen Mueller, ministère de la Justice du Canada, procureur de Sa Majesté la Reine, dans les actions portant les numéros T-536-04 et T-686-04, numéro de téléphone 780-495-8352.

Notre examen de ces documents fait ressortir que le MAECI, le SCRS, la GRC et peut-être aussi d'autres ministères de la Couronne du chef du Canada sont en possession de pièces qui intéressent les graves accusations portées contre notre client et qui lui sont par conséquent nécessaires pour opposer une défense pleine et entière auxdites accusations.

À l'époque où ont été revendiqués les privilèges susmentionnés, M. Khadr n'était pas encore accusé. Son droit constitutionnel d'opposer une défense pleine et entière aux accusations n'aurait donc pas été un facteur à prendre en considération. Vous conviendrez, nous en sommes certains, que le droit de M. Khadr d'opposer une défense pleine et entière aux accusations l'emporte aujourd'hui sur les intérêts qui constituent le fondement de ces revendications antérieures de privilèges.

Eu égard à ce qui précède, nous vous demandons instamment de nous transmettre une copie de tous les documents en la possession de tous les ministères de la Couronne du chef du Canada qui pourraient intéresser les accusations portées contre M. Khadr, conformément aux règles exposées dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, telles qu'elles ont été appliquées aux poursuites extraterritoriales dans des précédents tels que *Purdy c. Canada (Attorney General)* (2003), 230 D.L.R. (4th) 361 (C.A.C.-B.). Les pièces en question comprennent notamment l'intégralité des passages qui ont été supprimés des documents susmentionnés. Leur pertinence devrait être établie par référence aux points soulevés dans l'acte d'accusation ci-joint.

We confirm that we are willing to accept the materials requested above upon the provision of formal undertakings by the writer, Mr. Edney, Professor Ahmad and Professor Wilson that said materials may only be reviewed by ourselves and Mr. Khadr's soon-to-be-appointed military defence counsel absent consent from the Crown or direction from the Court. [Emphasis added.]

[11] The request covered all materials in the possession of all departments of the Crown in Right of Canada which might be relevant to the charges against Mr. Khadr in accordance with the requirements of *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. It included all of the content redacted from the documents previously obtained under the AIA and in the context of Federal Court proceedings T-536-04 and T-686-04.

[12] The respondents did not respond to the request. On January 3, 2006, the appellant brought a judicial review application seeking:

An Order in the nature of *mandamus* directing the Respondents to provide counsel for the Appellant with full and complete disclosure of all documents, records and other materials in the possession of all departments of the Crown in Right of Canada which might be relevant to the Charges and which are therefore necessary for the purpose of allowing the Applicant to raise full answer and defence to the Charges
....

THE JUDGMENT BELOW

[13] The main issue before the applications Judge was whether the Charter applied in the circumstances of this case and whether a *mandamus* should issue.

[14] The applications Judge considered the Supreme Court of Canada decisions in *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597 and *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3. He also examined the decision in *Purdy v. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 761 (B.C.S.C.), *aff'd* (2003), 230 D.L.R. (4th) 361 (B.C.C.A.). He decided that the requirement that there be a sufficient causal connection between the Government of Canada's participation and the

Nous confirmons que nous sommes disposés à recevoir les pièces demandées ci-dessus moyennant la promesse formelle du soussigné, M. Edney, du professeur Ahmad et du professeur Wilson que, sauf consentement de la Couronne ou directives de la Cour, lesdites pièces ne seront examinées que par nous-mêmes et par l'avocat de la défense militaire qui sera prochainement nommé pour M. Khadr. [Non souligné dans l'original.]

[11] La demande portait sur l'ensemble des documents en la possession de tous les ministères de la Couronne du chef du Canada qui pouvaient intéresser les chefs d'accusation contre M. Khadr, en application des exigences énoncées dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Elle englobait tous les passages supprimés des documents auparavant obtenus en vertu de la LAI, ainsi que dans le contexte des procédures T-536-04 et T-686-04 introduites devant la Cour fédérale.

[12] Les intimés n'ont pas répondu à la demande. Le 3 janvier 2006, l'appelant a introduit une demande de contrôle judiciaire sollicitant :

[TRADUCTION] Une ordonnance de la nature d'un *mandamus* enjoignant aux défendeurs (intimés) de communiquer intégralement à l'avocat du demandeur (appelant) tous les documents, dossiers et autres pièces en la possession de tous les ministères de la Couronne du chef du Canada, qui pourraient intéresser les accusations et qui sont par conséquent nécessaires pour permettre au demandeur (appelant) d'opposer une défense pleine et entière aux accusations [...]

LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

[13] Le point principal que devait décider le juge de première instance était celui de savoir si la Charte s'appliquait aux circonstances de cette affaire et s'il convenait de rendre une ordonnance de *mandamus*.

[14] Le juge de première instance a examiné deux arrêts de la Cour suprême du Canada, *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, et *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3. Il a aussi examiné la décision, *Purdy v. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 761 (C.S. C.-B.); *conf. par* (2003), 230 D.L.R. (4th) 361 (C.A. C.-B.). Il a conclu que la condition selon laquelle il doit exister un lien de causalité suffisant entre le rôle joué par le gouvernement du Canada et le risque pour l'appelant

appellant's potential deprivation of the right to life, liberty and security of the person was not met. Furthermore, he was not convinced that the unique circumstances of *Purdy* applied.

[15] The applications Judge concluded that the first two requirements for an order of *mandamus* to be granted were not met (*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.), at pages 766-769).

[16] He dismissed the application.

ISSUES

[17] This Court must decide whether the applications Judge erred in finding that the Charter does not have extraterritorial application in the circumstances of this case. If it finds that the Charter applies and that section 7 is engaged, it must determine the nature of the order to be issued.

SUBMISSIONS

[18] According to the appellant, the applications Judge erred in concluding that the Charter does not apply in the circumstances of this case. By withholding relevant documents, the Crown has itself frustrated the appellant's ability to raise full answer and defence to the charges and has itself increased the risk that the appellant might be wrongly convicted of the charges. The conduct of the Crown in gathering information and evidence which was then passed on to U.S. authorities is relevant in this regard. The Crown's refusal to disclose relevant documents constitutes a violation of the appellant's right under section 7 of the Charter and warrants a just and appropriate remedy pursuant to subsection 24(1) of the Charter.

[19] The respondents submit that the applications Judge correctly dismissed the application since there is no causal connection between the actions of Canadian officials and the prosecution of the appellant by U.S. authorities.

[20] The respondents claim that the disclosure of documents pursuant to AIA requests and in the context of Federal Court proceedings T-536-04 and T-686-04

d'être privé du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne n'était pas remplie. Il n'était pas non plus convaincu que, en raison des circonstances particulières de l'affaire *Purdy*, ce précédent devait s'appliquer.

[15] Le juge de première instance a conclu que les deux premières conditions devant être remplies pour que soit rendue une ordonnance de *mandamus* étaient absentes (*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.), aux pages 766 à 769).

[16] Il a rejeté la demande.

LES POINTS EN LITIGE

[17] La Cour doit décider si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la Charte n'a pas d'application extraterritoriale dans les circonstances de la présente affaire. Si elle arrive à la conclusion que la Charte est applicable et que son article 7 entre en jeu, elle doit déterminer la nature de l'ordonnance à rendre.

LES PRÉTENTIONS DES PARTIES

[18] Selon l'appellant, le juge de première instance a erré en concluant que la Charte ne s'applique pas aux circonstances de la présente affaire. En refusant la communication des documents, la Couronne a elle-même réduit la capacité de l'appellant d'opposer une défense pleine et entière aux accusations et elle a elle-même augmenté le risque pour l'appellant d'être à tort déclaré coupable. La conduite de la Couronne dans la collecte des informations et des preuves qui ont par la suite été transmises aux autorités américaines est ici pertinente. Le refus de la Couronne de divulguer les documents constitue une atteinte au droit que reconnaît à l'appellant l'article 7 de la Charte, et il justifie une réparation convenable et juste en application du paragraphe 24(1) de la Charte.

[19] Selon les intimés, le juge de première instance a eu raison de rejeter la demande puisqu'il n'y a pas de lien de causalité entre la conduite des responsables canadiens et les poursuites engagées contre l'appellant par les autorités américaines.

[20] Les intimés soutiennent que la divulgation des documents en application de la LAI et dans le contexte des procédures T-536-04 et T-686-04 introduites devant

constitutes an adequate alternative remedy to an order under subsection 24(1) of the Charter. The appellant, they say, seeks concurrent disclosure of essentially the same documents already provided because, in the appellant's view, the allegations made in this underlying judicial review application allow for a more persuasive argument to challenge the redactions of the documents than in previous proceedings.

[21] The appellant admits that many of the documents at issue in these proceedings have been produced in Federal Court proceedings T-536-04 and T-686-04 and/or pursuant to requests under the AIA. He accepts the legal limits to disclosure. He wishes however to challenge, in the most effective manner possible, the respondents' reliance on public interest immunity claims and statutory exemptions under the AIA to provide heavily redacted copies of the documents sought or to withhold documents entirely. He wants to ensure that his challenge is determined under section 38 of the *Canada Evidence Act* and not under section 50 of the AIA. He also wants to ensure that his right to make full answer and defence will be taken into consideration in the balancing of interests (*Gold v. R.*, [1986] 2 F.C. 129 (C.A.), at pages 137-138; *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33 (F.C.A.), at paragraphs 13-32). He was not facing charges at the time the earlier proceedings were initiated. Consequently, when applying section 38.06 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the *Canada Evidence Act* in the context of T-536-04 and T-686-04, it is doubtful, in his opinion, that the designated Judge may consider and weigh the appellant's right to raise full answer and defence in the balancing of interests required by subsection 38.06(2).

STANDARD OF REVIEW

[22] The Federal Court Judge found that the Charter does not apply in the circumstances of this case. This is a question of law reviewable on the correctness standard: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504, at paragraph 31.

la Cour fédérale constitue un recours suffisant pouvant se substituer à une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte. L'appellant, affirment-ils, voudrait la divulgation simultanée des mêmes documents déjà communiqués, parce que, selon lui, les allégations contenues dans cette demande sous-jacente de contrôle judiciaire autorisent un argument plus convaincant que dans les instances précédentes pour contester la suppression de certains passages.

[21] L'appellant reconnaît que nombre des documents en cause dans la présente instance ont été produits dans les instances T-536-04 et T-686-04 de la Cour fédérale et/ou à la suite de demandes de divulgation présentées en vertu de la LAI. Il prend acte des limites juridiques de la divulgation. Il voudrait cependant contester, le plus efficacement possible, la position des intimés, qui allèguent une immunité d'intérêt public et invoquent les exceptions prévues par la LAI, pour ainsi se limiter à divulguer des versions largement expurgées des documents demandés ou pour refuser entièrement la divulgation de tels documents. Il veut que sa contestation soit étudiée d'après l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* et non d'après l'article 50 de la LAI. Il veut aussi que son droit de présenter une défense pleine et entière soit pris en compte dans la pondération des intérêts (*Gold c. R.*, [1986] 2 C.F. 129 (C.A.), aux pages 137 et 138; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.), paragraphes 13 à 32). Il n'avait pas à répondre à des accusations lorsque les instances antérieures ont été introduites. Par conséquent, si l'on applique l'article 38.06 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la *Loi sur la preuve au Canada* dans le contexte des instances T-536-04 et T-686-04, il est douteux, selon lui, que le juge désigné puisse, dans la pondération des intérêts selon ce que requiert le paragraphe 38.06(2), prendre en compte le droit de l'appellant de présenter une défense pleine et entière.

LA NORME DE CONTRÔLE

[22] Le juge de première instance a conclu que la Charte ne s'appliquait pas aux circonstances de cette affaire. Il s'agit là d'une question de droit qui doit être revue selon la norme de la décision correcte : *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504, paragraphe 31.

LEGISLATIVE PROVISIONS

[23] The relevant legislative provisions are the following:

Section 7 of the Charter:

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.

Subsection 24(1) of the Charter:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Subsections 38.06(1) and (2) of the *Canada Evidence Act*:

38.06 (1) Unless the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information.

(2) If the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may by order, after considering both the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the judge considers appropriate, of all of the information, a part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information.

ANALYSIS

Duty to disclose

[24] Since the landmark decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Stinchcombe*, it is trite law that the Crown has a continuing obligation to disclose all relevant information to an accused, whether inculpatory or exculpatory, subject to the exercise of the Crown's discretion to refuse to disclose information that is privileged or plainly irrelevant (at pages 339-340 and 343-344). The obligation to disclose is triggered by a request by or on behalf of the accused (page 343).

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

[23] Les dispositions législatives applicables sont les suivantes :

Article 7 de la Charte :

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.

Paragraphe 24(1) de la Charte :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Paragraphe 38.06(1) et (2) de la *Loi sur la preuve au Canada* :

38.06 (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements, sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

(2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

ANALYSE

L'obligation de divulguer

[24] Depuis l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, une décision de la Cour suprême du Canada qui a fait date, il est bien établi en droit que la Couronne est toujours tenue de communiquer à un accusé toute l'information pertinente, qu'elle soit inculpatrice ou disculpatoire, sous réserve de son pouvoir discrétionnaire de refuser de divulguer des renseignements qui sont privilégiés ou tout simplement hors de propos (aux pages 339, 340, 343 et 344). Une demande de divulgation, présentée par l'accusé ou en son nom, fait naître une obligation en ce sens (à la page 343).

[25] The Supreme Court of Canada has broadly defined the concept of “relevance” such that little information will be exempt from the Crown’s duty to disclose: *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at page 467; *R. v. Taillefer*; *R. v. Duguay*, [2003] 3 S.C.R. 307, at paragraph 60. The Crown’s duty to disclose is triggered whenever there is a reasonable possibility of the information being useful to the accused in making full answer and defence: *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, at paragraph 21; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at paragraphs 26-27.

[26] A failure to disclose relevant information impedes an accused’s ability to make full answer and defence and creates the risk of an innocent person being convicted and imprisoned. As one of the principles of fundamental justice, the right to make full answer and defence has been entrenched in the section 7 protection of the right to life, liberty and security of the person (*Stinchcombe*, at pages 336-338).

[27] In *Stinchcombe*, the accused seeking disclosure from the Crown was facing criminal charges in Canada. It is in this context that the Supreme Court of Canada set out the guiding principles governing disclosure by the Crown. In the case at bar, the charges are not being prosecuted in Canada.

[28] In *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, the Supreme Court of Canada has recognized that there may be rare circumstances in which the Charter may apply outside Canada, namely where (1) the impugned act falls within subsection 32(1) of the Charter; and (2) the application of the Charter to the actions of the Canadian detectives in the United States does not interfere with the sovereign authority of the foreign state and thereby generate an objectionable extraterritorial effect (paragraph 25).

Does the Charter have an extraterritorial reach in the circumstances of this case?

[29] In *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532, the Supreme Court of Canada explained that “[o]nly where a justiciable Charter issue can arise from

[25] La Cour suprême du Canada a défini largement la notion de « pertinence », de telle sorte que peu nombreux seront les renseignements qui seront soustraits à l’obligation de la Couronne de divulguer : *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, à la page 467; *R. c. Taillefer*; *R. c. Duguay*, [2003] 3 R.C.S. 307, au paragraphe 60. L’obligation de la Couronne de divulguer prend naissance dès lors qu’il est raisonnablement possible que les renseignements soient utiles à l’accusé pour présenter une défense pleine et entière : *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, au paragraphe 21; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, aux paragraphes 26 et 27.

[26] La non-divulgence de renseignements pertinents entrave à la capacité de l’accusé de présenter une défense pleine et entière et accroît le risque pour une personne innocente d’être déclarée coupable, puis incarcérée. En tant que l’un des principes de justice fondamentale, le droit de présenter une défense pleine et entière a été inscrit dans l’article 7 de la Charte, qui garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne (*Stinchcombe*, aux pages 336 à 338).

[27] Dans l’affaire *Stinchcombe*, l’accusé, qui voulait forcer la Couronne à divulguer des documents, devait répondre à des accusations criminelles au Canada. C’est dans ce contexte que la Cour suprême du Canada a exposé les principes directeurs régissant la divulgation de documents par la Couronne. En l’espèce, les accusations ne font pas l’objet de poursuites au Canada.

[28] Dans l’arrêt *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, la Cour suprême du Canada a reconnu qu’en de rares circonstances, la Charte peut s’appliquer à l’étranger, premièrement lorsque l’acte reproché tombe sous le coup du paragraphe 32(1) de la Charte, et deuxièmement lorsque l’application de la Charte aux actes de détectives canadiens aux États-Unis ne constitue pas une atteinte à l’autorité souveraine de l’État étranger et ne produit donc pas un effet extraterritorial inacceptable (paragraphe 25).

La Charte a-t-elle une application extraterritoriale en l’espèce?

[29] Dans l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532, la Cour suprême du Canada expliquait que « [c]e n’est que dans les cas où une

the potential involvement of the Canadian authorities in the gathering of evidence is it necessary to consider the degree of disclosure that might be required of the Requested State” (paragraph 106) [emphasis added]. In doing so, the Supreme Court of Canada distinguished its earlier decision in *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462 where it had stated that the disclosure requirements of *Stinchcombe* only applied to domestic criminal proceedings: “In *Dynar*, the fugitive was not entitled to further disclosure from the Canadian authorities because no justiciable *Charter* issue arose. Canadian authorities had not provided any assistance to the Americans in gathering evidence and, in any event, the latter were not relying on anything but their own evidence” (paragraph 106) (emphasis added).

[30] In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 54, the Supreme Court of Canada reaffirmed a principle previously recognized in *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283:

. . . the guarantee of fundamental justice applies even to deprivations of life, liberty or security effected by actors other than our government, if there is a sufficient causal connection between our government’s participation and the deprivation ultimately effected. We reaffirm that principle here. At least where Canada’s participation is a necessary precondition for the deprivation and where the deprivation is an entirely foreseeable consequence of Canada’s participation, the government does not avoid the guarantee of fundamental justice merely because the deprivation in question would be effected by someone else’s hand. [Emphasis added.]

[31] In *Purdy v. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 761 (B.C.S.C.), a Canadian citizen, facing criminal charges in the United States following a joint sting operation involving the RCMP and American police, petitioned the British Columbia Supreme Court for an order pursuant to subsection 24(1) of the Charter compelling the RCMP to provide copies of the materials within its possession that related to the investigation. The British Columbia Supreme Court granted the order

question contentieuse au regard de la *Charte* pourrait découler de la participation potentielle des autorités canadiennes dans l’obtention de la preuve qu’il est nécessaire d’examiner l’étendue de la communication de cette preuve qui pourrait être exigée de l’État requis » (paragraph 106) (non souligné dans l’original). Ce faisant, la Cour suprême a fait une distinction d’avec son arrêt précédent, *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, où elle avait conclu que les conditions de divulgation énoncées dans l’arrêt *Stinchcombe* ne s’appliquaient qu’aux procédures pénales internes : « Dans cette affaire [l’affaire *Dynar*], le fugitif n’avait pas droit à la communication d’éléments de preuve additionnels par les autorités, étant donné qu’aucune question contentieuse ne se posait au regard de la *Charte*. Les autorités canadiennes n’avaient d’aucune façon aidé les Américains à recueillir la preuve et, de toute manière, ces derniers ne se fondaient sur rien d’autre que leurs propres éléments de preuve » (paragraph 106) (non souligné dans l’original).

[30] Dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 54, la Cour suprême du Canada a réitéré un principe précédemment reconnu dans l’arrêt *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283 :

[. . .] la garantie relative à la justice fondamentale s’applique même aux atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui sont le fait d’acteurs autres que le gouvernement canadien, à condition qu’il existe un lien causal suffisant entre la participation de notre gouvernement et l’atteinte qui survient en bout de ligne. Nous réaffirmons ce principe en l’espèce. À tout le moins, dans les cas où la participation du Canada est un préalable nécessaire à l’atteinte et où cette atteinte est une conséquence parfaitement prévisible de la participation canadienne, le gouvernement ne saurait être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale uniquement parce que l’atteinte en cause serait le fait d’autrui. [Non souligné dans l’original.]

[31] Dans la décision *Purdy v. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 761 (C.S. C.-B.), un citoyen canadien qui faisait face à des accusations criminelles aux États-Unis à la suite d’une opération d’infiltration menée par la GRC et par la police des États-Unis pria la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre, en application du paragraphe 24(1) de la Charte, une ordonnance contraignant la GRC à produire des copies des documents qu’elle avait en sa

sought. It explained, at paragraphs 19-22 of its reasons:

In the case at bar, the Attorney General of Canada submits there is no justiciable Charter issue because in the absence of criminal charges in Canada, Mr. Purdy has no right to disclosure and the Crown has no obligation to disclose.

This is a formidable argument worthy of consideration, but in my view, the unique circumstances of this case allow me to apply the general principle of *Stinchcombe*, that information ought not to be withheld if there is a reasonable possibility that the withholding of information will impair the right to make full answer and defence.

The right to make full answer and defence is a common law right that has been incorporated in s. 7 of the Charter as one of the principles of fundamental justice:

The right to make full answer and defence is one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted. Recent events have demonstrated that the erosion of this right due to non-disclosure was an important factor in the conviction and the incarceration of an innocent person. [*Stinchcombe*, supra, at p. 336.]

The petitioner is a Canadian national whose life and liberty has been put in jeopardy because of an investigation which took place in Canada and in which Canadian authorities played a major part. In a joint investigation, such as this one, the ultimate forum in which the accused is tried should not deprive the accused from the observance by Canadian authorities of Charter rights to which the accused would otherwise have been entitled. [Emphasis added.]

[32] The British Columbia Supreme Court ordered disclosure as a remedy for the infringement of Mr. Purdy's constitutional rights, finding that this was "[t]he only practical remedy" (paragraph 28). This decision was affirmed by the British Columbia Court of Appeal, (2003), 230 D.L.R. (4th) 361, which found that the causal connection between Canada's participation and the deprivation of a liberty interest in a foreign state was direct and obvious (paragraph 20) and emphasized that "a justiciable issue on disclosure may arise in relation to foreign proceedings where Canadian authorities gathered some of the evidence" (paragraph 22)

possession et qui intéressaient l'enquête. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a accordé l'ordonnance sollicitée. Elle écrivait ce qui suit, aux paragraphes 19 à 22 de ses motifs :

[TRADUCTION] En l'espèce, le procureur général du Canada dit qu'il n'y a pas de point à décider au regard de la Charte parce que, en l'absence d'accusations criminelles au Canada, M. Purdy n'a pas droit à la communication de documents, et la Couronne n'a aucune obligation de communication.

C'est là un argument d'une portée extrême, qui mérite examen, mais, à mon avis, les circonstances particulières de la présente affaire m'autorisent à appliquer le principe général de l'arrêt *Stinchcombe*, selon lequel l'information demandée ne doit pas être refusée s'il y a des raisons de croire que sa non-communication portera atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

Le droit de présenter une défense pleine et entière est un droit de common law qui a été incorporé dans l'article 7 de la Charte comme l'un des principes de justice fondamentale :

Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables. Or, certains événements récents démontrent que l'affaiblissement de ce droit résultant de la non-communication de la preuve a été pour beaucoup dans la condamnation et l'incarcération d'un innocent. [arrêt *Stinchcombe*, précité, p. 336.]

Le requérant est un ressortissant canadien dont la vie et la liberté ont été mises en péril à la suite d'une enquête qui s'est déroulée au Canada et dans laquelle les autorités canadiennes ont joué un rôle important. Dans une enquête conjointe, comme celle dont il s'agit ici, l'instance ultime où l'accusé est jugé ne doit pas priver l'accusé de l'observation, par les autorités canadiennes, des droits garantis par la Charte dont l'accusé aurait par ailleurs pu se prévaloir. [Non souligné dans l'original.]

[32] La Cour suprême de la Colombie-Britannique a ordonné la divulgation à titre de réparation pour l'atteinte aux droits fondamentaux de M. Purdy, estimant que c'était là [TRADUCTION] « la seule réparation concrète » (paragraphe 28). Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel de la province, (2003), 230 D.L.R. (4th) 361, qui a estimé que le lien de causalité entre le rôle du Canada et le fait d'être privé du droit à la liberté dans un État étranger était direct et évident (paragraphe 20), en soulignant que [TRADUCTION] « une question contentieuse touchant la divulgation peut surgir dans le cadre d'une procédure étrangère pour laquelle

(emphasis added).

[33] In the case at bar, Canadian officials questioned the appellant in Guantánamo Bay prior to the laying of charges. As previously mentioned, the visits were purely information-gathering visits with a focus on intelligence/law enforcement. Summaries of the information collected were passed on to U.S. authorities. The Canadian officials were acting independently and were not under instructions of U.S. authorities.

[34] In these circumstances, the participation of Canadian officials in gathering evidence against the appellant at the pre-charge level raises, in my view, a justiciable Charter issue (*Kwok*, at paragraph 106; *Purdy* at paragraph 22 (B.C.C.A.)). They took an active role in interviewing the appellant and in transmitting summaries of the information collected to U.S. authorities. In doing so, they assisted U.S. authorities in conducting the investigation against the appellant and in preparing a case against him. Canada's participation may have made it more likely that criminal charges would be laid against the appellant thereby increasing the likelihood that he would be deprived of his right to life, liberty and security of the person. I believe that in these circumstances the Charter applies. There is a sufficient causal connection between the Canadian government's participation in the foreign investigation and the potential deprivation of life, liberty and security of the person which the appellant now faces. I am satisfied that the applications Judge erred in concluding that a sufficient causal connection did not exist.

Does the application of the Charter interfere with the sovereign authority of the United States?

[35] As an additional ground for dismissing the application before him, the applications Judge found that the disclosure of relevant materials to Canadian citizens to defend against foreign prosecutions might lead to interference with foreign legal proceedings and could act as an impediment to the provision of consular

les autorités canadiennes ont recueilli certaines des preuves » (paragraphe 22) (non souligné dans l'original).

[33] En l'espèce, les responsables canadiens ont interrogé l'appelant à Guantánamo Bay avant le dépôt d'accusations contre lui. Comme je l'ai dit plus haut, les visites visaient exclusivement à recueillir des renseignements et elles étaient axées sur le renseignement de sécurité et sur l'application de la loi. Des résumés des informations recueillies ont été remis aux autorités américaines. Les responsables canadiens agissaient indépendamment et ne recevaient pas de directives des autorités américaines.

[34] Dans ces conditions, le rôle des responsables canadiens dans la collecte de preuves à l'encontre de l'appelant, avant que des accusations ne soient déposées contre lui, suscite, selon moi, une question contentieuse au regard de la Charte (arrêt *Kwok*, paragraphe 106; arrêt *Purdy*, paragraphe 22 (C.A. C.-B.)). Ils ont joué un rôle actif par leurs entretiens avec l'appelant et par la transmission aux autorités américaines de résumés des informations recueillies. Ce faisant, ils ont aidé les autorités américaines à conduire l'enquête contre l'appelant et à constituer un dossier contre lui. Le rôle du Canada a sans doute rendu plus probable le dépôt d'accusations criminelles contre l'appelant, ce qui accroissait par le fait même la probabilité qu'il soit privé de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Je crois que, dans ces conditions, la Charte est applicable. Il y a un lien de causalité suffisant entre le rôle joué par le gouvernement canadien dans l'enquête menée à l'étranger et le risque que court aujourd'hui l'appelant d'être privé du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Je suis convaincu que le juge de première instance a erré en disant qu'un lien de causalité suffisant était absent.

L'application de la Charte fait-elle obstacle à l'autorité souveraine des États-Unis?

[35] Comme motif additionnel de rejeter la demande dont il était saisi, le juge de première instance a estimé que la communication de documents à des citoyens canadiens pour leur permettre de se défendre dans des poursuites engagées contre eux à l'étranger risquait de conduire à une ingérence dans des procédures judiciaires

services by Canadians.

[36] A similar argument was raised in *Purdy*. In that case, the British Columbia Court of Appeal found that the order did not interfere with the sovereign authority of the United States since disclosure does no more than put the individual in the position to offer the evidence obtained to the foreign court. It does not decide whether the evidence is admissible or the weight it deserves. The order did not take over the discovery process in the foreign court (at paragraph 24). This reasoning equally applies here. The appellant is not seeking any direction or order which would purport to direct the Military Commission to do anything.

Is section 7 of the Charter engaged?

[37] It is uncontested that as a Canadian citizen the appellant falls within the purview of the word “everyone” in section 7 of the Charter. He has the right under section 7 of the Charter not to be deprived of his right to life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. As recognized by the Supreme Court of Canada in *Stinchcombe*, the right to make full answer and defence to criminal charges is a principle of fundamental justice (at pages 336-338). Withholding relevant documents from an accused increases the risk or danger of that person being wrongfully convicted or imprisoned. The appellant has made a *prima facie* case showing a substantial risk of not being able to present a full answer and defence to the charges he faces in the United States if he is denied access to relevant information in the possession of the Crown. The appellant therefore has the right to full disclosure of all relevant documents within the Crown’s possession. However, the Crown’s disclosure obligation is not absolute. It is subject to privilege and public interest immunity claims which are reviewable by a court of law.

The nature of the order to be issued

[38] Where a court is persuaded that undisclosed information meets the *Stinchcombe* threshold, an

introduites à l’étranger et aussi d’empêcher le Canada de fournir des services consulaires.

[36] Un argument semblable avait été invoqué dans l’affaire *Purdy*. Dans cette affaire, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a estimé que l’ordonnance ne portait pas atteinte à l’autorité souveraine des États-Unis puisque la divulgation ne fait rien de plus que de permettre à l’accusé de présenter au tribunal étranger la preuve obtenue. L’ordonnance ne dit rien de la recevabilité de la preuve, ni du poids qu’il convient de lui accorder. Elle n’a pas supplanté le processus de communication de la preuve devant le tribunal étranger (paragraphe 24). Ce raisonnement s’applique également ici. L’appelant ne sollicite aucune directive ou ordonnance qui prétendrait obliger la Commission militaire à agir de telle ou telle manière.

L’article 7 de la Charte est-il mis en jeu?

[37] Il n’est pas contesté que, en tant que citoyen canadien, l’appelant est couvert par le mot « chacun » à l’article 7 de la Charte. En vertu de l’article 7, il ne peut être porté atteinte à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale. Comme l’a reconnu la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Stinchcombe*, le droit de présenter une défense pleine et entière en réponse à des accusations criminelles est un principe de justice fondamentale (aux pages 336 à 338). Le fait de refuser à un accusé la communication de documents pertinents accroît pour lui le risque qu’il soit à tort déclaré coupable ou incarcéré. L’appelant a apporté un commencement de preuve montrant qu’il pourrait fort bien ne pas être en mesure de présenter une défense pleine et entière en réponse aux accusations déposées contre lui aux États-Unis, si l’accès aux documents pertinents qui sont en la possession de la Couronne lui est refusé. L’appelant a donc droit à la divulgation intégrale de tous les documents pertinents qui sont en la possession de la Couronne. Cependant, l’obligation de divulgation imposée à la Couronne n’est pas absolue. Elle est subordonnée aux revendications de privilège et d’immunité d’intérêt public, revendications qui sont susceptibles de contrôle par les tribunaux.

La nature de l’ordonnance devant être rendue

[38] Lorsqu’une cour de justice est persuadée que des renseignements non divulgués répondent au critère

accused has met his burden of establishing a violation of his Charter right to disclosure: *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, at paragraph 33.

[39] This Court is not in a position to decide, in the case at bar, whether the Crown failed to comply with its obligation under *Stinchcombe*. A number of documents have already been disclosed to the appellant pursuant to requests under the AIA and in the context of Federal Court proceedings T-536-04 and T-686-04. At this stage, this Court has no way of verifying whether there are other relevant documents which should have been disclosed and whether the public interest immunity claims and statutory exemptions previously raised are justified exceptions to *Stinchcombe* disclosure in the circumstances of this case.

[40] In *Purdy*, the British Columbia Supreme Court found a breach of section 7. In that case, however, no disclosure at all had been made by the Crown. It was therefore not necessary for the Court to examine the materials withheld.

[41] The matter should be returned to the Federal Court for a determination of the precise documents the appellant is entitled to obtain under section 7 of the Charter. Since the applications Judge concluded that the Charter did not apply in the circumstances of the case, he did not turn his mind to that section of the Charter.

[42] The Federal Court will be unable to decide whether the Crown has complied with its disclosure obligation without having access to all the relevant documents including the unredacted documents at issue. For this reason, the respondents will be ordered to produce before a designated judge of the Federal Court all relevant documents within their possession. Any privilege or public interest immunity claim the Crown wishes to raise will be considered at that time. It will be up to the Federal Court to decide whether the Crown has complied with its disclosure obligation and exactly what documents the appellant may be entitled to.

préliminaire de l'arrêt *Stinchcombe*, l'accusé s'est acquitté de son obligation d'établir l'existence d'une violation du droit à la divulgation que lui garantit la Charte : *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, au paragraphe 33.

[39] La Cour ne peut dire ici si la Couronne s'est ou non conformée à son obligation selon l'arrêt *Stinchcombe*. Plusieurs documents ont déjà été communiqués à l'appelant à la suite de demandes présentées en vertu de la LAI, ainsi que dans le contexte des instances T-536-04 et T-686-04 introduites devant la Cour fédérale. À ce stade, la Cour n'a aucun moyen de vérifier si d'autres documents pertinents auraient dû être communiqués et si les allégations d'immunité d'intérêt public et les exceptions législatives précédemment invoquées constituent, dans les circonstances de la présente affaire, des exceptions justifiées au critère de divulgation énoncé dans l'arrêt *Stinchcombe*.

[40] Dans la décision *Purdy*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu à une transgression de l'article 7. Dans cette affaire, toutefois, la Couronne n'avait communiqué aucun document. Il n'était donc pas nécessaire pour le tribunal d'examiner les documents dont la divulgation avait été refusée.

[41] La présente affaire devrait être renvoyée à la Cour fédérale, qui déterminera les documents précis que l'appelant est fondé à obtenir en vertu de l'article 7 de la Charte. Puisque le juge de première instance a conclu que la Charte ne s'appliquait pas aux circonstances de cette affaire, il n'a pas porté son attention sur cette disposition de la Charte.

[42] La Cour fédérale ne sera pas en mesure de dire si la Couronne s'est conformée à son obligation de divulgation si elle n'a pas accès à tous les documents pertinents, y compris les documents non expurgés en cause ici. Pour cette raison, il sera ordonné aux défendeurs de produire devant un juge désigné de la Cour fédérale tous les documents pertinents qu'ils ont en leur possession. Toute allégation de privilège ou d'immunité d'intérêt public que la Couronne pourrait vouloir faire sera examinée à ce moment-là. Il appartiendra à la Cour fédérale de dire si la Couronne s'est conformée à son obligation de divulgation et de dire exactement quels documents l'appelant pourrait être fondé à obtenir.

CONCLUSION

[43] I am satisfied that the Charter applies in the circumstances of this case and that section 7 of the Charter is engaged. It may be that the respondents' refusal to disclose relevant information goes as far as violating the appellant's constitutional right to full answer and defence. This issue can only be determined by a review of the redacted and other relevant material and a balancing of the competing interests at stake with a view to reconciling them under the Charter.

[44] Consequently, I would allow this appeal with costs, I would set aside the decision of the applications Judge and I would grant the following order:

An order is issued directing that:

(a) the respondents, 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 before the Federal Court unredacted copies of all documents, records and other materials in their possession which might be relevant to the charges against the appellant and which are therefore necessary for the purpose of allowing him to raise full answer and defence to the charges;

(b) the material produced be reviewed by a judge as defined in section 38 of the *Canada Evidence Act*; and

(c) the review be conducted pursuant to section 38 of the *Canada Evidence Act*.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

RYER J.A.: I agree.

DISPOSITIF

[43] J'arrive à la conclusion que la Charte est applicable aux circonstances de la présente affaire et que l'article 7 de la Charte est mis en jeu. Il se pourrait que le refus des défendeurs de divulguer les renseignements pertinents aille jusqu'à enfreindre le droit fondamental de l'appelant de produire une défense pleine et entière. Ce point ne pourra être décidé qu'après examen des documents pertinents, expurgés ou non, et après pondération des intérêts rivaux en jeu, l'objectif étant de les concilier dans le cadre de la Charte.

[44] En conséquence, j'accueillerais le présent appel, avec dépens, j'annulerais le jugement du juge de première instance et j'accorderais l'ordonnance suivante :

Une ordonnance est rendue dans les termes suivants :

a) les défendeurs, à savoir 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, devront produire devant la Cour fédérale des copies non expurgées de tous les documents, dossiers et autres pièces en leur possession, qui pourraient intéresser les accusations portées contre l'appelant et qui sont par conséquent nécessaires pour qu'il soit en mesure d'opposer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui;

b) les pièces produites devront être examinées par un juge, comme prévu à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*; et

c) l'examen devra être effectué conformément à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE RYER, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.