

T-536-04
2005 FC 1076

T-536-04
2005 CF 1076

Omar Ahmed Khadr by his next friend **Fatmah El-Samnah** (*Plaintiff*)

Omar Ahmed Khadr par sa tutrice à l'instance **Fatmah El-Samnah** (*demandeur*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Defendant*)

Sa Majesté la Reine (*défenderesse*)

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

RÉPERTORIÉ : KHADR c. CANADA (C.F.)

Federal Court, von Finckenstein J.—Edmonton, July 7; Ottawa, August 8, 2005.

Cour fédérale, juge von Finckenstein—Edmonton, 7 juillet; Ottawa, 8 août 2005.

Constitutional Law — Charter of Rights — Arrest, Detention, Imprisonment — Motion for interim injunction prohibiting defendant from conducting further interviews, interrogations, questioning of plaintiff pending trial of action for damages, declaration plaintiff's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms violated — Plaintiff, Canadian citizen, detained in Guantanamo Bay since 2002 by U.S. government because of alleged involvement with Al-Qaida forces in Afghanistan — Facing special Combatant Status Review Tribunal for detainees, designated enemy combatant — Interrogated by officials of Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) and Canadian Security Intelligence Service (CSIS) — Plaintiff claiming right to silence, right to counsel, right to be informed of nature of allegations breached by DFAIT/CSIS agents when questioned — Agents taking on primary role in interviewing plaintiff — Providing U.S. authorities with summaries of interviews — Present case not involving suspension, exemption from any statute constitutionally challenged — Plaintiff invoking Charter to prevent any future U.S. prosecution from being aided by information obtained through Canadian security agents' questioning — Charter rights may apply outside Canada if certain conditions met — Injunction lying against Crown when Charter violation resulting not only from invalid legislation but from prohibited conduct.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Arrestation, détention, emprisonnement — Requête en injonction provisoire interdisant à la défenderesse de procéder à d'autres entrevues ou interrogatoires du demandeur jusqu'à la tenue du procès relatif à l'action en dommages-intérêts et en jugement déclaratoire portant que les droits garantis au demandeur par la Charte canadienne des droits et libertés ont été violés — Le demandeur est un citoyen canadien détenu à Guantanamo depuis 2002 par le gouvernement des États-Unis en raison de son présumé rôle au sein des forces d'Al-Qaïda en Afghanistan — Il a été assigné devant un tribunal militaire spécial appelé Combattant Status Review Tribunal et a été désigné combattant ennemi — Il a été interrogé par des fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAÉCI) et du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) — Le demandeur prétend que les fonctionnaires du MAÉCI et du SCRS ont porté atteinte à son droit de garder le silence, à son droit de consulter un avocat et à son droit d'être informé des accusations portées contre lui en l'interrogeant — Ces fonctionnaires ont joué un rôle de premier plan lors de l'interrogatoire du demandeur — Ils ont remis aux autorités américaines un résumé de ces entrevues — En l'espèce, il n'était pas question de la suspension ou de l'exemption d'application d'une loi dont la constitutionnalité était contestée — Le demandeur a invoqué la Charte afin d'empêcher que les renseignements qu'obtiendraient les agents des services de sécurité canadiens qui l'interrogeraient soient utilisés dans le cadre de tout procès qui pourrait à l'avenir être intenté aux États-Unis — Les droits consacrés par la Charte peuvent s'appliquer à l'extérieur du Canada à certaines conditions — Il est possible de prononcer une injonction contre l'État pour sanctionner une violation de la Charte découlant non seulement d'une loi inconstitutionnelle mais d'agissements interdits.

Crown — Practice — Motion for interim injunction prohibiting defendant from conducting further interviews, interrogations, questioning of plaintiff pending trial of action

Couronne — Pratique — Requête en injonction provisoire interdisant à la défenderesse de procéder à d'autres entrevues ou interrogatoires du demandeur jusqu'à la tenue du procès

for damages, declaration Charter rights breached — Plaintiff, Canadian citizen, detained in Guantanamo Bay since 2002 by U.S. government because of alleged involvement with Al-Qaida forces in Afghanistan — Injunction lying against Crown whether Charter violation resulting from invalid legislation or from prohibited conduct, provided pre-conditions laid down in RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) met.

Injunctions — Motion for interim injunction prohibiting defendant from conducting any further interviews, interrogations, questioning of plaintiff pending trial of action alleging breach of Charter rights — Interlocutory injunctions may be obtained as part of Charter litigation when constitutionality of conduct under valid statute challenged — Purpose of interlocutory injunction to prevent violation of Charter rights while underlying action tried — Plaintiff meeting preconditions laid down by RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) for granting of injunction, i.e. serious issue to be tried; irreparable harm; balance of convenience — Plaintiff may suffer irreparable harm by U.S. prosecution given gravity of allegations against him — Canadian Security Intelligence Service's (CSIS) legitimate intelligence gathering in name of fighting Al-Qaida and Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) activities in support of Canadians abroad weighed against danger to plaintiff information extracted could be used against him — Public interest in ensuring Canadians' Charter rights respected when questioned by Canadian officials in Canada or abroad — Danger to public interest caused by DFAIT/CSIS agents not being able to access plaintiff outweighed by plaintiff's possible conviction in U.S. based on evidence obtained in violation of Charter.

Security Intelligence — Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) and Canadian Security Intelligence Service (CSIS) officials questioning plaintiff regarding alleged involvement with Al-Qaida forces — Officials having duty to collect information for national security purposes but not having right to question person not wanting to be questioned — Officials refusing to undertake to inform themselves on future use of information obtained by Canadian agents from plaintiff and provided to U.S. authorities — Court drawing adverse inference information

relatif à l'action en dommages-intérêts et en jugement déclaratoire portant que les droits garantis au demandeur par la Charte canadienne des droits et libertés ont été violés — Le demandeur est un citoyen canadien détenu à Guantanamo depuis 2002 par le gouvernement des États-Unis en raison de son présumé rôle au sein des forces d'Al-Qaïda en Afghanistan — Il est possible de prononcer une injonction contre l'État pour sanctionner une violation de la Charte découlant d'une loi inconstitutionnelle ou d'agissements interdits, à condition que soient respectées les conditions préalables énoncées dans l'arrêt RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général).

Injunctions — Requête en injonction provisoire interdisant à la défenderesse de procéder à d'autres entrevues ou interrogatoires du demandeur jusqu'à la tenue du procès relatif à son action intentée pour des violations alléguées de la Charte — On peut obtenir une injonction interlocutoire dans le cadre d'une cause où la Charte est invoquée lorsque la constitutionnalité d'agissements accomplis en vertu d'une loi valide est contestée — L'injonction interlocutoire a pour objet d'empêcher la violation des droits garantis par la Charte en attendant que soit tenu le procès relatif à l'action principale — Le demandeur a rempli les conditions préalables énoncées dans l'arrêt RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) en matière d'injonctions : il a établi qu'il y a une question sérieuse à juger, qu'il peut subir un préjudice irréparable et que la prépondérance des inconvénients penche en sa faveur — Compte tenu de la gravité des accusations portées contre le demandeur, tout procès qui serait intenté contre lui aux États-Unis pourrait lui causer un préjudice irréparable — On doit concilier les activités légitimes de cueillette de renseignements effectuées par le SCRS en vue de lutter contre Al-Qaïda et les activités exercées par le MAÉCI à l'appui des Canadiens qui se trouvent à l'étranger, et le risque que court le demandeur que les renseignements obtenus de lui soient utilisés dans des poursuites intentées contre lui — L'intérêt public exige que, lorsqu'ils interrogent des Canadiens, au Canada ou à l'étranger, les fonctionnaires canadiens respectent la Charte — Le risque que court le demandeur d'être condamné aux États-Unis sur la foi d'éléments de preuve obtenus en violation de la Charte l'emportait sur le danger que représente pour l'intérêt public l'impossibilité pour les fonctionnaires du SCRS et du MAÉCI de le rencontrer.

Renseignement de sécurité — Des fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAÉCI) et du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) ont interrogé le demandeur au sujet de son présumé rôle au sein des forces d'Al-Qaïda — Ces fonctionnaires ont l'obligation de recueillir des renseignements à des fins de sécurité nationale, mais ils n'ont pas le droit d'interroger une personne qui ne veut pas être interrogée — Ils ont refusé de s'engager à vérifier l'utilisation future des renseignements qui ont été recueillis auprès du

would be used against plaintiff.

This was a motion for an interim injunction prohibiting the defendant from conducting any further interviews, interrogations or questioning of the plaintiff pending the trial of his action against the defendant. The plaintiff's action is seeking damages and a declaration that his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have been breached. The plaintiff, 17, is a Canadian citizen who has been detained in Guantanamo Bay since 2002 by the U.S. government because of his alleged involvement with Al-Qaida forces in Afghanistan. The plaintiff submitted that during his detention, he was regularly interrogated and had been denied access to consular officials, counsel and his family. He has faced a special Combatant Status Review Tribunal for detainees, has been designated as an enemy combatant (a member of Al-Qaida who has participated in military operations against U.S. Forces) and continues to be detained. He was visited three times by officials of the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) and by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS). Summaries of the information gathered during those visits was provided to both U.S. authorities and the Royal Canadian Mounted Police. It is not known for what purpose the summaries will be used and CSIS has refused to undertake to inform itself as to what use they would be put. There were no allegations or ongoing investigative actions by Canadian police in connection with a crime committed or to be prosecuted in Canada. The issues were: (1) whether relief by way of an injunction against the Crown was available to the plaintiff; (2) whether there was a sufficient nexus to a criminal or quasi-criminal investigation; (3) whether the plaintiff met the threefold conjunctive test laid down in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*.

Held, the motion should be granted.

(1) The question was whether the plaintiff's Charter rights (right to counsel; right to silence; right to be informed of the nature of the allegations against him) would be violated by future interviews, not whether the Crown or its agents are or were acting within the scope of their authorities or under constitutionally valid legislation. It is well established that interlocutory injunctions can be obtained as part of Charter litigation. There is no reason why an injunction would lie when the constitutionality of a statute is challenged but not when the constitutionality of conduct under a valid statute is challenged. The purpose of an interlocutory injunction is to prevent a violation of Charter rights while the underlying

demandeur par les agents canadiens et qui ont été communiqués aux autorités américaines — La Cour en a tiré une inférence défavorable en concluant que ces renseignements seraient utilisés contre le demandeur.

Il s'agissait d'une requête en injonction provisoire interdisant à la défenderesse de procéder à d'autres entrevues ou interrogatoires du demandeur jusqu'à la tenue du procès relatif à son action intentée contre la défenderesse. Le demandeur réclame des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire portant que les droits qui lui sont garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été violés. Le demandeur est un citoyen canadien âgé de 17 ans qui est détenu à Guantanamo depuis 2002 par le gouvernement des États-Unis en raison de son présumé rôle au sein des forces d'Al-Qaïda en Afghanistan. Le demandeur soutenait qu'il avait été interrogé à plusieurs reprises au cours de sa détention et qu'il s'est vu refuser l'accès à des représentants consulaires, à ses avocats et à sa famille. Il a été assigné devant un tribunal militaire spécial appelé *Combattant Status Review Tribunal*, il a été désigné combattant ennemi (membre d'Al-Qaïda ayant participé à des opérations militaires contre les forces des États-Unis) et il est toujours détenu. Il a reçu à trois reprises la visite de fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAÉCI) et du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS). Un résumé des renseignements recueillis lors de ces visites a été communiqué aux autorités américaines et à la Gendarmerie royale du Canada. On ignorait à quelles fins ce résumé devait servir et le SCRS a refusé de s'engager à s'informer à ce sujet. La police canadienne n'a formulé aucune allégation et n'a ouvert aucune enquête qui serait liée à un crime commis ou devant faire l'objet de poursuites au Canada. Les trois questions suivantes se posaient en l'espèce : 1) une réparation sous forme d'injonction contre l'État était-elle ouverte au demandeur?; 2) y avait-t-il un lien suffisant avec une enquête criminelle ou quasi criminelle?; 3) le demandeur satisfaisait-il au critère conjonctif à trois volets énoncé dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*?

Jugement : la requête est accueillie.

1) La question qui se posait était de savoir si les droits que la Charte garantit au demandeur (le droit de garder le silence, le droit de consulter un avocat et le droit d'être informé des accusations portées contre lui) seraient violés s'il était de nouveau interrogé, et non pas de savoir si l'État ou ses préposés agissent ou agissaient dans le cadre de leurs attributions ou en vertu d'une loi constitutionnelle. Le droit est bien fixé : on peut obtenir une injonction interlocutoire dans le cadre d'une cause où la Charte est invoquée. Rien ne permet de dire pourquoi il y aurait ouverture à une injonction lorsque la constitutionnalité d'une loi est contestée, mais non pas lorsque la constitutionnalité d'agissements accomplis en

action is being tried. It should make no difference whether the violation occurs as a result of prohibited conduct rather than as a result of invalid legislation. Therefore, an injunction against the Crown for conduct in violation of Charter rights may be granted, provided the preconditions for such an injunction laid down in *RJR-MacDonald* are met.

(2) The key issue to be determined at trial is the alleged violation of the plaintiff's rights and the corollary engagement of the Charter. The evidence adduced regarding the detention and questioning at Guantanamo Bay indicated *inter alia* that the plaintiff was never advised of his Charter rights, that the DFAIT/CSIS visits were purely information-gathering visits with a focus on intelligence and law enforcement and that Canadian agents took a primary role in the interviews and could be expected to do the same in future questioning. Moreover, summaries of the information were passed on to U.S. authorities who may have taped the interviews and who may use the information against the plaintiff in enemy combatant proceedings. By seeking to prohibit Canadian security agents from questioning him further, the plaintiff was really invoking the Charter to prevent any future U.S. prosecution from being aided by information obtained through questioning by Canadian security agents. Charter rights may apply outside Canada if certain conditions are met, a matter the Court will have to address at trial on the basis of the evidence.

(3) The plaintiff met the first branch of the test laid down by *RJR-MacDonald* that there was a serious issue to be tried. With respect to irreparable harm, the plaintiff is being held in the custody of the U.S. and will face serious charges regarding his activities in Afghanistan and his Al-Qaida membership. The summaries of his interviews were provided to his U.S. captors and it was not known what use would be made of them. CSIS had furthermore refused to undertake to inform itself as to what use they would be put. The rules of procedure employed thus far at Guantanamo Bay suggested that material obtained by CSIS would be used against the plaintiff, who is not completely free to resist questioning of his own accord. While CSIS and DFAIT have a duty to collect information for national security purposes, there is nothing amounting to a right to question a person who does not want to be questioned. The refusal of DFAIT and CSIS to undertake to inform

vertu d'une loi valide est contestée. L'objet de l'injonction interlocutoire est d'empêcher la violation de droits garantis par la Charte en attendant que soit tenu le procès relatif à l'action principale. Il devrait être indifférent que la violation découle d'agissements interdits ou d'une loi inconstitutionnelle. Il est donc possible de prononcer une injonction contre l'État pour sanctionner des agissements qui portent atteinte à des droits garantis par la Charte, à condition que soient respectées les conditions préalables énoncées dans l'arrêt *RJR-MacDonald*.

2) La présumée violation des droits du demandeur et de l'application de la Charte qui en découle constitue la question clé qui devra être tranchée lors du procès. De la preuve produite concernant les conditions de détention et d'interrogatoire à Guantanamo, il ressortait notamment que le demandeur n'a jamais été informé des droits que lui garantit la Charte, que les visites du MAÉCI et du SCRS visaient exclusivement à recueillir des renseignements et étaient axées sur les renseignements de sécurité et sur l'application de la loi et que les agents canadiens ont joué un rôle de premier plan lors des entrevues, et on pouvait s'attendre à ce qu'ils fassent de même à l'avenir. En outre, les autorités américaines ont obtenu un résumé de ces entrevues et il se pouvait qu'elles les aient enregistrées, de sorte que les renseignements obtenus pourraient être utilisés dans tout procès qui pourrait être intenté contre le demandeur à titre de combattant ennemi. En cherchant à empêcher les agents des services de sécurité canadiens de l'interroger à nouveau, le demandeur a invoqué en réalité la Charte afin d'empêcher que les renseignements qu'obtiendraient les agents des services de sécurité canadiens qui l'interrogeraient soient utilisés dans le cadre de tout procès qui pourrait à l'avenir être intenté par les autorités américaines. Les droits consacrés par la Charte peuvent s'appliquer à l'extérieur du Canada à certaines conditions, et c'est une question sur laquelle la Cour devra se prononcer au procès en fonction de la preuve produite.

3) Le demandeur a satisfait au premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *RJR-MacDonald* : il existait une question sérieuse à juger. En ce qui concerne la question du préjudice irréparable, le demandeur est détenu aux États-Unis où il risque de faire l'objet de graves accusations concernant ses activités en Afghanistan et son appartenance à Al-Qaïda. Un résumé des entrevues du demandeur a été transmis aux autorités américaines, et on ignorait à quelles fins il devait servir. En outre, le SCRS a refusé de s'engager à s'informer à ce sujet. Les règles de procédure suivies jusqu'ici à Guantanamo donnaient à penser que les éléments obtenus par le SCRS seraient utilisés contre le demandeur, qui n'est pas complètement libre de refuser de se plier aux interrogatoires. Le SCRS et le MAÉCI ont l'obligation de recueillir des renseignements à des fins de sécurité nationale; cependant, rien ne permet de penser qu'ils ont le droit d'interroger une

themselves regarding the future use of information obtained by Canadian agents from the plaintiff and provided to the U.S. led the Court to draw an adverse inference that such information would be used against the plaintiff. Given the gravity of the allegations against the plaintiff, any U.S. prosecution may entail irreparable harm. On the basis of the evidence, the plaintiff met the irreparable harm branch of the *RJR-MacDonald* test.

Determining the balance of convenience branch of the test in a Charter injunction case involves balancing the public interest against the interest of the individual litigant. The present case did not involve the suspension or exemption from any statute that was attacked constitutionally. The plaintiff was seeking to have the intelligence-gathering activities relating to him enjoined while he is in U.S. custody and subject to an undetermined legal process. CSIS' legitimate intelligence gathering in the name of fighting Al-Qaida and DFAIT's activities in support of Canadians abroad had to be weighed against the danger to the plaintiff that any information extracted from him could be used in proceedings against him. In other words, would the public interest suffer irreparable harm if CSIS was deprived of any future opportunity to question the plaintiff? The balance of convenience lay in favour of the plaintiff. After three years, he remained in captivity and it was questionable whether he still had any information of use to CSIS or DFAIT. It was also doubtful that he was free to decide whether to undergo questioning by CSIS/DFAIT agents. The public interest in ensuring that Canadians' Charter rights are respected when they are questioned by Canadian officials in Canada or abroad was also involved. Therefore, the danger to the public interest caused by CSIS/DFAIT agents not being able to access the plaintiff was outweighed by the possible conviction of the plaintiff in the U.S. on the basis of evidence obtained in violation of the Charter. This was a rare exceptional case where granting an injunction was required to prevent a potential grave injustice.

personne qui ne veut pas être interrogée. La Cour a tiré du refus du MAÉCI et du SCRS de s'engager à vérifier l'utilisation future des renseignements recueillis auprès du demandeur par les agents canadiens et qui ont été communiqués aux États-Unis une inférence défavorable en concluant que ces renseignements seraient utilisés contre lui. Compte tenu de la gravité des accusations portées contre le demandeur, tout procès qui serait intenté contre lui aux États-Unis pourrait lui causer un préjudice irréparable. Sur le fondement des éléments de preuve produits, le demandeur a satisfait au volet du critère de l'arrêt *RJR-MacDonald* relatif au préjudice irréparable.

Pour trancher la question de la prépondérance des inconvénients dans les affaires où une injonction est réclamée et où la Charte est invoquée, il fallait concilier l'intérêt public et l'intérêt du plaideur. En l'espèce, il n'était pas question de la suspension ou de l'exemption d'application d'une loi dont la constitutionnalité était contestée. Le demandeur réclamait l'interdiction des activités de cueillette de renseignements qui le concernaient tant qu'il était détenu par les autorités américaines et qu'il risquait de faire l'objet de poursuites dont la nature restait à préciser. On devait concilier les activités légitimes de cueillette de renseignements effectuées par le SCRS en vue de lutter contre Al-Qaïda et les activités exercées par le MAÉCI à l'appui des Canadiens qui se trouvent à l'étranger, et le risque que court le demandeur que les renseignements obtenus de lui soient utilisés dans des poursuites intentées contre lui. En d'autres termes, l'intérêt public subirait-il un préjudice irréparable si l'on privait le SCRS de toute autre possibilité d'interroger le demandeur? Le critère de la prépondérance des inconvénients favorisait le demandeur. Il était toujours en captivité depuis trois ans et l'on pouvait se demander si le demandeur possédait encore des renseignements qui pouvaient être utiles pour le SCRS ou le MAÉCI. Il y avait lieu de douter que le demandeur fût libre de décider s'il voulait ou non être interrogé par des agents du SCRS ou du MAÉCI. Il y avait un autre aspect de l'intérêt public en jeu : il fallait s'assurer que, lorsqu'ils interrogent des Canadiens (au Canada ou à l'étranger), les fonctionnaires canadiens respectent la Charte. Ainsi, le risque que court le demandeur d'être condamné aux États-Unis sur la foi d'éléments de preuve obtenus en violation de la Charte l'emportait sur le danger que représente pour l'intérêt public l'impossibilité pour les fonctionnaires du SCRS et du MAÉCI de le rencontrer. La présente affaire était un de ces cas rares et exceptionnels où il y avait lieu d'accorder une injonction pour empêcher une éventuelle injustice grave.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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

1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21).
Department of Foreign Affairs and International Trade Act, R.S.C., 1985, c. E-22, s. 1 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 2).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14).

Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21).
Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, L.R.C. (1985), ch. E-22, art. 1 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 2).
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241; *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 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; *Attorney General of Canada v. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 F.C. 791; (1985), 61 N.R. 128 (C.A.); *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341; *Morgentaler et al. v. Ackroyd et al.* (1983), 42 O.R. (2d) 659; 150 D.L.R. (3d) 59 (H.C.).

CONSIDERED:

Khadr v. Canada, 2005 FC 632; *Khadr v. Canada (Attorney General)* (2004), 245 D.L.R. (4th) 556; 2004 FC 1394.

AUTHORS CITED

Sharpe, Robert J. *et al. The Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.

MOTION for interim injunction prohibiting the defendant from conducting any further interviews, interrogations or questioning of the plaintiff pending the trial of his action against the defendant for breach of his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Motion allowed.

APPEARANCES:

Nathan J. Whitting and *Dennis Edney* for plaintiff.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1994] 1 R.C.S. 311; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; *Procureur général du Canada c. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 C.F. 791 (C.A.); *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Morgentaler et al. v. Ackroyd et al.* (1983), 42 O.R. (2d) 659; 150 D.L.R. (3d) 59 (H.C.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Khadr c. Canada, 2005 CF 632; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1394.

DOCTRINE CITÉE

Sharpe, Robert J. *et al. The Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2002.

REQUÊTE en injonction provisoire interdisant à la défenderesse de procéder à d'autres entrevues ou interrogatoires du demandeur jusqu'à la tenue du procès relatif à son action intentée contre la défenderesse pour violation des droits qui lui sont garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Requête accueillie.

ONT COMPARU :

Nathan J. Whitting et *Dennis Edney* pour le demandeur.

Doreen C. Mueller and Robert A. L. Drummond for defendant.

Doreen C. Mueller et Robert A. L. Drummond pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Edney, Hattersley & Dolphin, Edmonton, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Edney, Hattersley & Dolphin, Edmonton, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus par

[1] VON FINCKENSTEIN J.: The plaintiff, Omar Khadr, is a 17 year-old Canadian citizen who has been detained since 2002 by the U.S. government as a result of his alleged involvement with Al-Qaida forces in Afghanistan. He is currently being held at Camp Delta in Guantanamo Bay.

[1] LE JUGE VON FINCKENSTEIN : Le demandeur, Omar Khadr, est un citoyen canadien âgé de 17 ans qui est détenu depuis 2002 par le gouvernement des États-Unis en raison de son présumé rôle au sein des forces d'Al-Qaïda en Afghanistan. Il est actuellement détenu au camp Delta à Guantanamo.

[2] During his detention, the plaintiff submits that he has been regularly interrogated and has been denied access to consular officials, counsel and his family. He has not been brought before an independent tribunal, but has faced a special Combatant Status Review Tribunal for detainees, has been designated as an enemy combatant and continues to be detained. The summary of the evidence for that hearing reveals the gravity of the allegations against him (Summary of Evidence for Combatant Status Review Tribunal; applicant's record, Tab 2N, page 132).

[2] Le demandeur soutient qu'il a été interrogé à plusieurs reprises au cours de sa détention et qu'il s'est vu refuser l'accès à des représentants consulaires, à ses avocats et à sa famille. Il n'a pas été traduit devant un tribunal indépendant, mais a été assigné devant un tribunal militaire spécial appelé Combattant Status Review Tribunal. Il a été désigné combattant ennemi et il est toujours détenu. Le résumé de la preuve recueillie en vue de cette audience permet de mesurer la gravité des accusations dont le demandeur fait l'objet (Résumé de la preuve à présenter devant le Combattant Status Review Tribunal, dossier du demandeur, affidavit d'Ahmad, onglet 2N, à la page 132).

Subject: Summary of Evidence for Combatant Status Review Tribunal.

[TRADUCTION] Objet : Résumé de la preuve à présenter devant le *Combatant Status Review Tribunal*

1. Under the provisions of the Secretary of the Navy Memorandum, dated 29 July 2004, *Implementation of Combatant Status Review Tribunal Procedures for Enemy Combatants Detained at Guantanamo Bay Naval Base Cuba*, a Tribunal has been appointed to review the detainee's designation as an enemy combatant.

1. Conformément aux dispositions d'un mémoire du Secrétariat de la marine daté du 29 juillet 2004 et intitulé *Implementation of Combatant Status Review Tribunal Procedures for Enemy Combatants Detained at Guantanamo Bay Naval Base Cuba*, un Tribunal a été constitué en vue de contrôler la désignation du détenu en tant que combattant ennemi.

2. An enemy combatant has been defined as "an individual who was part of or supporting the Taliban or al Qaida forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners. This includes any person who committed a belligerent act or has directly

2. Par combattant ennemi, on entend tout individu ayant fait partie des forces d'Al-Qaïda ou des Talibans ou ayant appuyé ces groupes ou des mouvements associés engagés dans des hostilités contre les États-Unis ou des partenaires de sa coalition. Est assimilée à un combattant ennemi toute

supported hostilities in aid of enemy armed forces.”

3. The United States Government has previously determined that the detainee is an enemy combatant. This determination is based on information possessed by the United States that indicates that he is a member of al Qaida and participated in military operations against U.S. Forces.

a. The detainee is an al Qaida fighter:

1. The detainee admitted he threw a grenade which killed a U.S. soldier during the battle in which the detainee was captured.

2. The detainee attended an al Qaida training camp in the Kabul, Afghanistan area where he received training in small arms, AK-47, Soviet made PK guns, RPGs.

3. The detainee admitted to working as a translator for al Qaida to coordinate land mine missions. The detainee acknowledged that these land mine missions are acts of terrorism and by participating in them would make him a terrorist.

b. The detainee participated in military operations against U.S. forces.

1. Circa June 2002, the detainee conducted a surveillance mission where he went to an airport near Khost to collect information on U.S. convoy movements.

2. On July 20, 2002 detainee planted 10 mines against U.S. forces in the mountain region between Khost and Ghardez. This region is choke [*sic*] point where U.S. convoys would travel . . .

[3] The decision made on the basis of these allegations states (summary of basis for tribunal decision—Combatant Status Review Tribunal, applicant’s record, Ahmad affidavit, Tab 2N, page 129):

7. Conclusions of the Tribunal

Upon careful review of all the evidence presented in this matter, the Tribunal makes the following determinations:

a. The detainee was mentally and physically capable of participating in the proceeding. No medical or mental health evaluation was deemed necessary.

personne qui a commis un acte de belligérance ou qui a directement appuyé les hostilités de forces armées ennemies.

3. Le gouvernement des États-Unis a déjà déterminé que le détenu est un combattant ennemi. Cette décision est fondée sur les renseignements que possèdent les États-Unis et qui indiquent qu’il est membre d’Al-Qaïda et qu’il a participé à des opérations militaires contre les forces des États-Unis.

a. Le détenu est un combattant d’Al-Qaïda :

1. Le détenu a admis avoir lancé une grenade qui a tué un soldat des États-Unis au cours de la bataille lors de laquelle le détenu a été capturé.

2. Le détenu s’est présenté à un camp d’entraînement d’Al-Qaïda dans la région de Kaboul, en Afghanistan, où il a reçu un entraînement en maniement d’armes légères, d’AK-47, de fusils PK de fabrication russe et de grenades propulsées par fusée.

3. Le détenu a admis avoir travaillé comme traducteur pour Al-Qaïda en vue de coordonner des missions de minage terrestre. Le détenu a reconnu que ces opérations de minage terrestre constituent des actes de terrorisme et qu’en y prenant part, il devenait un terroriste.

b. Le détenu a participé à des opérations militaires contre les forces des États-Unis.

1. Vers le mois de juin 2002, le détenu a conduit une mission de surveillance au cours de laquelle il s’est rendu à un aéroport situé près de Khost pour recueillir des renseignements au sujet des déplacements des convois des États-Unis.

2. Le 20 juillet 2002, le détenu a posé dix mines dirigées contre les forces des États-Unis dans la région montagneuse située entre Khost et Ghardez. Cette région est le point de passage obligé des convois des États-Unis.

[3] La décision suivante a été rendue sur le fondement de ces allégations (Résumé des motifs de la décision du Tribunal-Combatant Status Review Tribunal, dossier du demandeur, affidavit d’Ahmad, onglet 2N, à la page 129):

[TRADUCTION] 7. Conclusions du Tribunal

Après avoir attentivement examiné tous les éléments de preuve présentés dans le cadre de la présente affaire, le Tribunal en arrive aux conclusions suivantes :

a. Le détenu était mentalement et physiquement apte à participer à l’instance. Aucune évaluation portant sur son état de santé physique ou psychologique n’a été jugée nécessaire.

b. The detainee understood the Tribunal proceedings. The detainee chose not to participate in the Tribunal process, as indicated in Exhibit D-a.

c. The detainee is properly classified as an enemy combatant because his [*sic*] is a member of, or affiliated with al-Qaida.

[4] It is undisputed evidence that the plaintiff was visited three times by officials of the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) and the Canadian Security Intelligence Service (CSIS). The defendant's counsel advised at the hearing of this motion that the last visit took place after this action was commenced. Summaries of the information gathered during those visits was provided to both US authorities and the Royal Canadian Mounted Police (RCMP).

[5] The plaintiff argues that by questioning him, but failing to advise him of his right to silence and his right to counsel, his rights under 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) were infringed.

[6] In the statement of claim the plaintiff seeks:

(a) A declaration that the plaintiff's Charter rights have been breached;

(b) Damages for \$ 100,000; and

(c) An injunction against further interrogation by Canadian government agents.

[7] The plaintiff also filed a notice of motion for an interim injunction on February 8, 2005 and on February 18, 2005 seeking:

1. An order in the nature of an interim injunction prohibiting the Defendant from conducting any further interviews, interrogations or questioning of the Plaintiff pending the trial of this action, nothing in the nature of such order to detract from or interfere with the

b. Le détenu comprenait la nature de l'audience qui s'est déroulée devant le Tribunal. Il a choisi de ne pas participer aux débats, ainsi qu'il est précisé à l'annexe D-a.

c. C'est à juste titre que le détenu est considéré comme un combattant ennemi puisqu'il est membre d'Al-Qaïda ou est affilié à ce groupe.

[4] Il est acquis aux débats que le demandeur a reçu à trois reprises la visite de fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (le MAÉCI) et du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS). L'avocat de la défenderesse a informé la Cour lors de l'instruction de la présente requête que la dernière visite avait eu lieu après l'introduction de la présente action. Un résumé des renseignements recueillis lors de ces visites a été communiqué aux autorités des États-Unis et à la Gendarmerie royale du Canada (la GRC).

[5] Le demandeur soutient qu'en l'interrogeant sans l'informer de son droit de garder le silence et de son droit de consulter un avocat, on a violé les droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte).

[6] Dans sa déclaration, le demandeur réclame les réparations suivantes :

a) un jugement déclarant que les droits garantis au demandeur par la Charte ont été violés;

b) la somme de 100 000 \$ à titre de dommages-intérêts;

c) une injonction interdisant aux agents du gouvernement du Canada de l'interroger à nouveau.

[7] Le demandeur a également déposé le 8 février 2005 et le 18 février 2005 un avis de requête en injonction provisoire visant à obtenir les réparations suivantes :

1. Une ordonnance de la nature d'une injonction provisoire interdisant à la défenderesse de procéder à d'autres entrevues ou interrogatoires du demandeur jusqu'à l'instruction de la présente action, cette ordonnance ne devant d'aucune façon atténuer ou modifier l'obligation

Defendant's duty to provide the Plaintiff with humanitarian aid and consular assistance.

[8] In support of his motion, the plaintiff filed an affidavit dated February 8, 2005 by his U.S. counsel Mr. Muneer Ahmad who has actually visited the plaintiff in Guantanamo Bay. Mr. Ahmad was not cross-examined on his affidavit.

[9] To counter the plaintiff's motion, the defendant filed affidavits by Sergeant Labonté on behalf of the RCMP, Serge Paquette on behalf of DFAIT and William Hooper on behalf of CSIS. Subsequent to cross-examinations on the affidavits, which took place on March 2, 2005, the defendant refused to give undertakings and produce documents:

(a) In respect of Hooper, as to what transpired during interviews with the plaintiff, specifically whether he was advised of his rights; and

(b) In respect of Paquette, as to communications between Canadian and U.S. officials, specifically what use the U.S. would make of information obtained during these interviews.

[10] On a motion to produce such undertakings, this Court ruled in *Khadr v. Canada*, 2005 FC 632, at paragraph 20:

Since he is being held in a US prison, but the role of Canadian security officers is not clear, the issue of liability under the Charter needs to be litigated. However, whether he has a right to silence and a right not to be interviewed or interrogated by Canadian Security agents depends on his rights, not on any of the information that would be garnered if the Defendants are compelled to comply with the undertakings. Thus, the answers to the undertakings are simply not relevant to the motion for an interim injunction.

[11] Mr. Ahmad's affidavit contains various U.S. government documents that establish that detention conditions, interrogation techniques used and rules of evidence employed at the Combatant Status Review Tribunal hearings do not comply with Charter standards.

de la défenderesse de procurer au demandeur l'aide humanitaire et consulaire dont il a besoin.

[8] À l'appui de sa requête, le demandeur a déposé un affidavit souscrit le 8 février 2005 par son avocat aux États-Unis, M^e Muneer Ahmad, qui avait effectivement rendu visite au demandeur à Guantanamo. M^e Ahmad n'a pas été contre-interrogé au sujet de son affidavit.

[9] En réponse à la requête du demandeur, la défenderesse a produit les affidavits souscrits par le sergent Labonté pour le compte de la GRC, par M. Serge Paquette, pour le compte du MAÉCI, et par M. William Hooper, au nom du SCRS. À la suite des contre-interrogatoires qui ont eu lieu au sujet des affidavits le 2 mars 2005, la défenderesse a refusé de fournir des engagements et de produire des documents :

a) en ce qui concerne M. Hooper, sur ce qui s'est passé lors des entrevues qu'il a eues avec le demandeur, en particulier quant à savoir si ce dernier a été informé de ses droits;

b) pour ce qui est de M. Paquette, au sujet des communications échangées entre les fonctionnaires du Canada et les fonctionnaires des États-Unis, et plus précisément sur ce que les États-Unis feraient des renseignements obtenus lors de ces entrevues.

[10] Dans le jugement *Khadr c. Canada*, 2005 CF 632, au paragraphe 20, la Cour a dit ce qui suit au sujet d'une requête visant à obtenir de tels engagements :

Puisqu'il est incarcéré dans une prison américaine, mais que le rôle des agents de la sécurité canadienne n'est pas clair, la question de la responsabilité sous le régime de la Charte doit être plaidée. Par ailleurs, la question de savoir s'il a droit de garder le silence et de ne pas être interrogé par les agents de la sécurité canadienne dépend de ses droits, et non des renseignements qui seraient recueillis si la défenderesse était contrainte de respecter ses engagements. Par conséquent, les réponses aux engagements pris ne sont tout simplement pas pertinentes quant à la requête en injonction provisoire.

[11] L'affidavit de M. Ahmad contient divers documents du gouvernement des États-Unis qui permettent d'établir que les conditions de détention, les techniques d'interrogatoire et les règles de preuve utilisées lors des audiences du Combatant Status Review

(Applicant's record, Ahmad affidavit, Tabs 2J, 2K, and 2W, at pages 62, 64 and 179 respectively.)

[12] However, treatment of the plaintiff by U.S. officials is not the issue before this Court. What is at issue in these proceedings is the questioning of the plaintiff by Canadian authorities.

[13] Through his U.S. counsel, the plaintiff (applicant's record, Ahmad affidavit, Tab 2, page 4, paragraph 4):

[S]trenuously object[s] to any future interviews . . . (being) conducted by agents or officials of the Canadian government (and) invokes his rights under the *Canadian Charter* . . . including his right to remain silent, his right to counsel, and his right to be advised as to the nature of any and all allegations raised against him.

Issues:

[14] Three issues present themselves:

1. Is relief by way of an injunction against the Crown available to the plaintiff?
2. Is there a sufficient nexus to a criminal or quasi-criminal investigation?
3. Does the plaintiff meet the threefold conjunctive test set out in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311?

[15] The defendant advances three arguments. First, the defendant argues that:

- (a) At common law, no injunction can lie against the Crown;
- (b) The *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] and the *Crown Liability and Proceedings Act* [R.S.C., 1985, c. C-50, s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)] expressly prohibit injunctions against the Crown or a Crown servant acting within the scope of his/her authority; and

Tribunal ne satisfait pas aux normes de la Charte (dossier du demandeur, affidavit d'Ahmad, onglets 2J, 2K et 2W, aux pages 62, 64 et 179 respectivement.)

[12] Toutefois, la façon dont les fonctionnaires des États-Unis ont traité le demandeur n'est pas en litige devant la Cour. Ce qui est en litige dans la présente instance, c'est l'interrogatoire que les autorités canadiennes ont fait subir au demandeur.

[13] Par le truchement de son avocat aux États-Unis, le demandeur (dossier du demandeur, affidavit d'Ahmad, onglet 2, à la page 4, paragraphe 4) :

[TRADUCTION] S'oppose énergiquement à ce que les agents ou les fonctionnaires du gouvernement du Canada l'interrogent à nouveau et il invoque les droits que lui garantit la *Charte canadienne* [. . .] y compris son droit de garder le silence, son droit de consulter un avocat et son droit d'être informé des accusations portées contre lui.

Les questions en litige

[14] Les trois questions suivantes se posent en l'espèce :

1. Une réparation sous forme d'injonction contre l'État est-elle ouverte au demandeur?
2. Y a-t-il un lien suffisant avec une enquête criminelle ou quasi criminelle?
3. Le demandeur satisfait-il au critère conjonctif à trois volets posé dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311?

[15] La défenderesse invoque trois arguments. En premier lieu, la défenderesse soutient que :

- a) en common law, une injonction ne peut être prononcée contre l'État;
- b) la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] et la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* [L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)] interdisent explicitement de prononcer des injonctions contre l'État ou un préposé de l'État agissant dans le cadre de ses attributions;

(c) Injunctions may only be granted where the Crown or Crown servant acts outside its scope of authority or where the statute granting the authority is itself unconstitutional.

In the defendant's view, neither of these conditions apply as it is not alleged that either DFAIT or CSIS agents were acting outside the scope of their authority or under constitutionally invalid statutes.

[16] Secondly, in so far as Charter violations are concerned, the defendant argues that the Charter is not engaged without a sufficient connection to a criminal or quasi-criminal investigation or prosecution. In this case, there are no allegations or ongoing investigative actions, let alone charges, by Canadian police in connection with a crime committed or to be prosecuted in Canada. Rather, the visits provided DFAIT (which was denied consular visits to the plaintiff) an opportunity to evaluate the plaintiff's well-being and general circumstances. They also allowed CSIS officials to interview the plaintiff for the purpose of collecting intelligence information that may be of assistance in its investigation of Al-Qaida.

[17] Thirdly, the defendant maintains that the plaintiff has not, in any event, met the threefold test of *RJR-MacDonald*. In that case the Supreme Court stated, at page 334:

Metropolitan Stores adopted a three-stage test for courts to apply when considering an application for either a stay or an interlocutory injunction. First, a preliminary assessment must be made of the merits of the case to ensure that there is a serious question to be tried. Secondly, it must be determined whether the applicant would suffer irreparable harm if the application were refused. Finally, an assessment must be made as to which of the parties would suffer greater harm from the granting or refusal of the remedy pending a decision on the merits.

Issue No. 1—Is relief by way of an injunction against the Crown available to the plaintiff?

[18] The first contention by the Crown misses the point. None of the propositions put forward are really in issue. The plaintiff is not relying on common law relief.

c) l'injonction n'est ouverte que lorsque l'État ou l'un de ses préposés déborde le cadre de ses pouvoirs ou lorsque la loi conférant ces pouvoirs est elle-même inconstitutionnelle.

Suivant la défenderesse, aucune de ces conditions ne s'applique, car il n'est pas allégué que les agents du MAÉCI ou du SCRS ont débordé le cadre de leurs attributions ou qu'ils ont agi en vertu de lois inconstitutionnelles.

[16] Deuxièmement, pour ce qui est des violations de la Charte, la défenderesse soutient que la Charte ne s'applique que s'il existe un lien suffisant avec une enquête ou une poursuite criminelle ou quasi criminelle. Or, en l'espèce, la police canadienne n'a formulé aucune allégation, n'a ouvert aucune enquête et n'a porté encore moins aucune accusation qui serait liée à un crime commis ou devant être jugé au Canada. Les visites effectuées par le MAÉCI (à qui l'on a refusé de procéder à des visites consulaires) lui ont permis de mesurer l'état général du demandeur. Elles ont également permis aux fonctionnaires du SCRS d'interroger le demandeur en vue de recueillir des renseignements qui peuvent être utiles au SCRS dans son enquête sur Al-Qaïda.

[17] Troisièmement, la défenderesse maintient qu'en tout état de cause, le demandeur ne satisfait pas au critère à trois volets de l'arrêt *RJR-MacDonald*, dans lequel la Cour suprême dit ce qui suit, à la page 334 :

L'arrêt *Metropolitan Stores* établit une analyse en trois étapes que les tribunaux doivent appliquer quand ils examinent une demande de suspension d'instance ou d'injonction interlocutoire. Premièrement, une étude préliminaire du fond du litige doit établir qu'il y a une question sérieuse à juger. Deuxièmement, il faut déterminer si le requérant subirait un préjudice irréparable si sa demande était rejetée. Enfin, il faut déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse le redressement en attendant une décision sur le fond.

Première question—Une réparation sous forme d'injonction contre l'État est-elle ouverte au demandeur?

[18] Le premier argument de la défenderesse passe à côté de la question. Aucune des affirmations qu'elle fait n'a véritablement rapport avec le litige. Le demandeur

The question here is whether the plaintiff's Charter rights will be violated by future interviews, not whether the Crown or its agents are or were acting within the scope of their authorities or under constitutionally valid legislation. The injunction sought is with regard to breaches of the plaintiff's Charter rights; there is no allegation of constitutional invalidity of the DFAIT or CSIS statutes.

[19] It is well established that interlocutory injunctions can be obtained as part of Charter litigation. As Robert J. Sharpe so clearly stated in *The Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed., 2002, at pages 295-296:

Another form of injunction that may be used as a *Charter* remedy is the interlocutory injunction that is awarded pending a full trial on the merits. This remedy, which may also involve a temporary stay or suspension of legislation pending a full trial on its constitutionality may be of great practical importance. In a series of cases, the Supreme Court has outlined the test for granting pre-trial or interlocutory relief in *Charter* cases. (*Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832*, [1987] 1 S.C.R. 110, 38 D.L.R. (4th) 321; *RJR Macdonald Inc. v. Canada*, [1994] 1 S.C.R. 311, 111 D.L.R. (4th) 385; *143471 Canada Inc. v. Québec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339, 90 C.C.C. (3d) 1; *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2000] 2 S.C.R. 764, 193 D.L.R. (4th) 38.) First, the applicant must establish that he or she is raising a serious question under the *Charter* that is not frivolous or vexatious. There is no presumption that legislation is constitutional and there will be a serious question in cases in which the applicant demonstrated that the state must justify a violation under section 1 of the *Charter*. Second, the applicant must establish a risk of irreparable harm should the pre-trial relief not be granted. Again, this is not often an onerous requirement given that many *Charter* rights would not be adequately repaired by the award of damages after a full trial. The third and, in most cases, more difficult and crucial requirement is whether the balance of convenience favours granting the relief. Here it is important for the court to consider the public interest. Democratically enacted legislation is presumed to be in the public interest.

ne réclame pas une réparation fondée sur la common law. La question qui se pose ici est de savoir si les droits que la Charte garantit au demandeur seront violés s'il est de nouveau interrogé, et non de savoir si l'État ou ses préposés agissent dans le cadre de leurs attributions ou en vertu d'une loi constitutionnelle. L'injonction réclamée concerne des atteintes aux droits qui sont garantis au demandeur par la Charte et personne ne prétend que les lois instituant le MAÉCI ou le SCRS sont inconstitutionnelles.

[19] Il est de jurisprudence constante qu'on peut obtenir une injonction interlocutoire dans le cadre d'un procès dans lequel la Charte est invoquée. Ainsi que Robert J. Sharpe l'explique de façon limpide dans son ouvrage *The Charter of Rights and Freedoms*, 2^e éd. 2002, aux pages 295 et 296 :

[TRADUCTION] Une autre forme d'injonction qui peut être réclamée à titre de réparation fondée sur la *Charte* est l'injonction interlocutoire qui est accordée en attendant que l'affaire soit instruite sur le fond. Cette réparation, qui peut également se traduire par un sursis ou une suspension temporaire de la loi en attendant un examen au fond de la constitutionnalité de cette dernière peut s'avérer très pratique. Dans une série de décisions, la Cour suprême a défini le critère régissant l'octroi de réparations interlocutoires ou préalables au procès dans les litiges mettant en cause la *Charte* (*Metropolitan Stores (MTS) Ltd. c. Manitoba Food and Commercial Workers, section locale 832*, [1987] 1 R.C.S. 110, 38 D.L.R. (4th) 321; *RJR Macdonald Inc. c. Canada*, [1994] 1 R.C.S. 311, 111 D.L.R. (4th) 385; *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339, 90 C.C.C. (3d) 1; *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 764, 193 D.L.R. (4th) 38). Premièrement, le demandeur doit établir qu'il soulève en vertu de la *Charte* une question sérieuse qui n'est ni frivole ni vexatoire. La loi n'est pas présumée constitutionnelle et une question sérieuse est soulevée lorsque le demandeur démontre que l'État doit justifier une violation en vertu de l'article premier de la *Charte*. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer qu'il risque de subir un préjudice irréparable si la réparation préalable à l'instruction qu'il sollicite ne lui est pas accordée. Là encore, il ne s'agit pas d'une exigence très lourde compte tenu du fait que l'octroi de dommages-intérêts à l'issue d'un procès en bonne et due forme ne constituerait pas une réparation suffisante en cas de violation de bon nombre des droits protégés par la *Charte*. La troisième condition, qui est dans la plupart des cas la condition la plus difficile à remplir tout en étant la plus cruciale, est de savoir si la prépondérance des inconvénients favorise l'octroi de la réparation demandée. Ici, il importe que le tribunal tienne

[20] While I appreciate that the cases cited by Sharpe all deal with challenges to the constitutional validity of statutes and the issue of whether suspension of the statute in issue or exemption therefrom should be granted, I fail to appreciate why an injunction would lie when the constitutionality of a statute is challenged, but not when the constitutionality of conduct under a valid statute is challenged. Surely the purpose of an interlocutory injunction is to prevent a violation of Charter rights while the underlying action is being tried. It should make no difference whether the violation occurs as a result of prohibited conduct, rather than as a result of invalid legislation. Accordingly, I find that an injunction against the Crown for conduct in violation of Charter rights may be granted, provided the preconditions for such an injunction, as laid down in *RJR-MacDonald*, are met.

Issue No. 2—Is there a sufficient nexus to a criminal or quasi-criminal investigation?

[21] With respect to the defendant's second contention concerning the alleged violation of the plaintiff's rights and the corollary engagement of the Charter, this is the key issue to be decided in the upcoming trial. Previously the defendant brought a motion to strike the statement of claim for disclosing no cause of action. In refusing to strike, this Court ruled in *Khadr v. Canada (Attorney General)* (2004), 245 D.L.R. (4th) 556 (F.C.), at paragraphs 18-20:

In this case, it is impossible at this time to make a contextual analysis. The Statement of Claim is relatively sparse in terms of what actually happened at Guantanamo Bay. The relative provisions of the Statement of Claim state:

5. On two or more occasions since the Plaintiff's detention in Camp X-Ray, agents or employees of the Defendants

compte de l'intérêt du public. Une loi démocratiquement votée est présumée avoir été édictée dans l'intérêt du public.

[20] Bien que je sois conscient du fait que les décisions citées par Sharpe portent toutes sur la contestation de la constitutionnalité de lois et sur la question de savoir s'il y avait lieu de suspendre l'application de ces lois ou de dispenser de leur application, je ne comprends pas pourquoi il y aurait ouverture à une injonction lorsque la constitutionnalité d'une loi est contestée mais non lorsque la constitutionnalité d'un acte accompli en vertu d'une loi valide est contestée. Certes, l'objet de l'injonction interlocutoire est d'empêcher la violation de droits garantis par la Charte en attendant que soit instruite l'action principale. Or, il devrait être indifférent que la violation découle d'un acte interdit ou d'une loi inconstitutionnelle. Je conclus donc qu'il est possible de prononcer une injonction contre l'État pour sanctionner un acte qui porte atteinte à des droits garantis par la Charte, à condition que soient respectées les conditions préalables qui doivent être remplies pour donner ouverture à une injonction et qui ont été énoncées dans l'arrêt *RJR-MacDonald*.

Deuxième question—Y a-t-il un lien suffisant avec une enquête criminelle ou quasi criminelle?

[21] Pour ce qui est du deuxième argument invoqué par la défenderesse au sujet de la présumée violation des droits du demandeur et de l'application de la Charte qui en découle, il s'agit là de la question clé qui devra être tranchée lors du procès. La défenderesse a déjà déposé une requête en vue d'obtenir la radiation de la déclaration au motif que celle-ci ne révèle aucune cause d'action. Pour refuser de radier la déclaration, la Cour a expliqué ce qui suit dans l'ordonnance *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1394, aux paragraphes 18 à 20 :

En l'espèce, il est impossible actuellement d'effectuer une analyse contextuelle. La déclaration est relativement avare de renseignements sur ce qui s'est effectivement produit à la Baie de Guantanamo. Les dispositions pertinentes de la déclaration exposent ce qui suit :

[TRADUCTION]

5. À deux ou plusieurs reprises depuis la détention du demandeur au camp X-Ray, des agents ou des employés

whose identity is unknown to the Plaintiff attended at Camp X-Ray for the purpose of extracting incriminating statements from the Plaintiff by interrogating him, and did in fact conduct such interrogations of the Plaintiff.

6. The interrogations of the Plaintiff conducted by the unidentified agents or employees of the Defendants were conducted for the whole or partial purpose of assisting the government of the United States of America in gathering incriminating evidence to be used against the Plaintiff in future military justice proceedings.
7. At no time prior to the Defendant's interrogations of the Plaintiff did the Defendants or their employees or agents advise the Plaintiff as to the reasons for his detention or as to the nature of any charges laid against him, thereby violating the Plaintiff's rights under inter alia ss. 7 and 10 (a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.
8. At no time prior to the Defendant's interrogations of the Plaintiff did the Defendant or her agents advise the Plaintiff of his rights to remain silent and to retain and instruct counsel, thereby violating the Plaintiff's rights under inter alia ss. 7 and 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Without evidence it is impossible to construe what is meant by "for the whole or partial purpose of assisting the government of the United States of America in gathering incriminating evidence". Several questions have to be answered first. For instance: What was the role of Canadian Authorities? Who was in charge of the interviews? What did they ask Omar Khadr? How are the results of the interrogation going to be used?

Once all these questions are answered, it will be possible to establish a context, make the necessary analysis and then determine if Omar Khadr's Charter rights were engaged or not. Assuming the Statement of Claim to be true, it is possible (although difficult at this time to surmise from the sparse facts pleaded) that there is sufficient context for Charter rights to be engaged. Given that possibility, the Statement of Claim cannot be struck, at this point, for failing to disclose a cause of action.

[22] Since that time, the affidavits of Sergeant Labonté of the RCMP, Serge Paquette of DFAIT and William Hooper of CSIS have been filed.

des défendeurs dont l'identité est inconnue du demandeur se sont présentés au camp X-Ray pour soutirer des déclarations incriminant le demandeur en l'interrogeant et ont effectivement procédé à des interrogatoires du demandeur.

6. Ces interrogatoires du demandeur par des agents ou des employés non identifiés des défendeurs ont été menés en tout ou en partie dans le but d'aider le gouvernement des États-Unis d'Amérique à recueillir des éléments de preuve incriminant le demandeur pour les utiliser dans une procédure ultérieure devant la justice militaire.
7. À aucun moment avant les interrogatoires du demandeur faits par le défendeur, les défendeurs, ou leurs agents ou employés, n'ont informé le demandeur des raisons de sa détention ou de la nature des accusations portées contre lui, ce qui constitue une atteinte aux droits du demandeur en vertu, notamment, de l'article 7 et de l'alinéa a) de l'article 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
8. À aucun moment avant les interrogatoires du demandeur faits par le défendeur, le défendeur, ou son agent ou employé, n'a informé le demandeur de ses droits au silence ainsi qu'au recours et aux instructions données à un avocat, ce qui constitue une atteinte aux droits du demandeur en vertu, notamment, de l'article 7 et de l'alinéa b) de l'article 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Sans éléments de preuve, il est impossible d'interpréter le sens des termes [TRADUCTION] « en tout ou en partie dans le but d'aider le gouvernement des États-Unis à recueillir des éléments de preuve incriminant le demandeur ». Diverses questions appellent d'abord des réponses. Par exemple : Quel était le rôle des autorités canadiennes? Qui était chargé des entrevues? Quelles questions a-t-on posées à Omar Khadr? Comment les résultats des interrogatoires seront-ils utilisés?

Une fois qu'on aura répondu à ces questions, il sera possible d'établir le contexte et de procéder à l'analyse nécessaire pour établir si les droits d'Omar Khadr en vertu de la Charte sont touchés. Si l'on pose pour hypothèse la véracité de la déclaration, il se peut (encore qu'il soit difficile à ce point-ci de le prévoir à partir des rares faits invoqués) que le contexte soit suffisant pour faire jouer les droits conférés par la Charte. Compte tenu de cette possibilité, la déclaration ne peut être radiée à ce moment-ci pour défaut de révéler une cause d'action.

[22] Depuis, les affidavits du sergent Labonté de la GRC, de M. Serge Paquette du MAÉCI et de M. William Hooper du SCRS ont été déposés et MM. Serge

Cross-examinations of Serge Paquette and William Hooper have taken place. In addition, the plaintiff's U.S. counsel Muneer Ahmad filed a lengthy memorandum with numerous exhibits containing U.S. and Canadian documents, which (although some are heavily redacted) shed further light on the situation. Muneer Ahmad was not cross-examined on his affidavit and thus his evidence stands uncontradicted.

[23] The relevant portions of this body of evidence indicate that:

(a) Conditions at Guantanamo Bay do not meet Charter standards (FBI note dated August 2, 2004; applicant's record, Ahmad affidavit, Tab 2J);

(b) The plaintiff is in poor mental and physical shape (plaintiff's statement to his U.S. counsel; applicant's record, Ahmad affidavit, Tab 2F, pages 49 and 50, paragraph 21);

(c) The DFAIT/CSIS visits were not welfare visits or covert consular visits but were purely information-gathering visits with a focus on intelligence/law enforcement (DFAIT note of November 1, 2002; applicant's record, Ahmad affidavit, Tab 2Q, page 148, paragraph 7; and cross-examination of Serge Paquette; respondent's record, Tab 4, pages 35 and 70);

(d) Summaries of information collected in the interviews were passed on to the RCMP (cross-examination of William Hooper; respondent's record, Tab 5, page 7);

(e) Canadian agents took a primary role in the interviews, were acting independently and were not under instructions of U.S. authorities (cross-examination of William Hooper; respondent's record, Tab 5, page 22);

(f) Summaries of the information were passed on to U.S. authorities (cross-examination of William Hooper;

Paquette et William Hooper ont été contre-interrogés. Par ailleurs, l'avocat du demandeur aux États-Unis, M^o Muneer Ahmad, a déposé un long mémoire auquel il a joint de nombreuses annexes dans lesquelles se trouvent des documents des États-Unis et des documents du Canada qui donnent des éclaircissements malgré le fait que certains soient difficiles à lire. M^o Muneer Ahmad n'a pas été contre-interrogé au sujet de son affidavit, de sorte que son témoignage n'a pas été contredit.

[23] Il ressort ce qui suit des extraits pertinents de ces éléments de preuve :

a) Les conditions de détention à Guantanamo ne respectent pas les normes de la Charte (note du FBI datée du 2 août 2004, dossier du demandeur, affidavit d'Ahmad, onglet 2J);

b) Le demandeur est dans un piètre état, tant sur le plan psychologique que sur le plan physique (déclaration du demandeur à son avocat aux États-Unis; dossier du demandeur, affidavit d'Ahmad, onglet 2F, aux pages 49 et 50, paragraphe 21);

c) Les visites du MAÉCI et du SCRS n'étaient pas des visites des services sociaux ou des visites consulaires déguisées; elles visaient exclusivement à recueillir des renseignements et étaient axées sur les renseignements de sécurité et sur l'application de la loi (note du 1^{er} novembre 2002 du MAÉCI; dossier du demandeur, affidavit d'Ahmad, onglet 2Q, à la page 148, paragraphe 7 et contre-interrogatoire de M. Serge Paquette; dossier de la défenderesse, onglet 4, aux pages 35 et 70);

d) Des résumés des renseignements recueillis lors des entrevues ont été transmis à la GRC (contre-interrogatoire de M. William Hooper; dossier de la défenderesse, onglet 5, à la page 7);

e) Les agents canadiens ont joué un rôle de premier plan lors des entrevues. Ils agissaient de leur propre chef et n'avaient pas reçu d'instructions des autorités américaines (contre-interrogatoire de M. William Hooper; dossier de la défenderesse, onglet 5, à la page 22);

f) Des résumés des renseignements ont été transmis aux fonctionnaires des États-Unis (contre-interrogatoire de

respondent's record, Tab 5, pages 14, 15);

(g) There is no evidence that the plaintiff was advised of his Charter rights, e.g. right to silence, right to counsel (cross-examination of William Hooper; respondent's record, Tab 5, pages 30-31);

(h) There is no evidence that assurances were sought or provided by U.S. authorities that the interviews would not be taped or that the evidence would not be used against the plaintiff (cross-examination of William Hooper; respondent's record, Tab 5, page 16); and

(i) CSIS would like to reserve the right to question the plaintiff in future so that the plaintiff can help CSIS contextualize information that they have or may acquire (cross-examination of William Hooper; respondent's record, Tab 5, pages 30 and 44).

[24] Lastly, it is of considerable significance that DFAIT's own documents advise that the purpose of the visits is dual, intelligence gathering and law enforcement. As a November 1, 2002 e-mail from DFAIT Washington stated (applicant's record, Ahmad affidavit, Tab 2Q, page 148, paragraph 10):

First, the purpose of the visit was the collection and sharing of information for intelligence and law enforcement purposes. Consular visits were a non-starter, and applications that appeared to be consular visits by other means would be scrutinized very closely—which could lead to delays. We noted that, as part of our normal practice, a Canadian mission to Guantanamo would include a DFAIT official and asked if this would [*sic*] problematic. The US responded that this would not necessarily be a problem. Foreign ministry officials had been part of the other visiting delegations. The US initially noted that these officials were often indispensable to confirming the *identification* of the detainees, but then stressed that, as long as the core of the mission—to maximize

M. William Hooper; dossier de la défenderesse, onglet 5, aux pages 14 et 15);

g) Rien ne permet de penser que le demandeur a été informé des droits que lui garantit la Charte, par ex., son droit de garder le silence, de consulter un avocat (contre-interrogatoire de M. William Hooper; dossier de la défenderesse, onglet 5, aux pages 30 et 31);

h) Rien ne permet de penser que l'on a demandé aux autorités des États-Unis qu'elles garantissent que les entrevues ne seraient pas enregistrées ou que les éléments de preuve recueillis ne seraient pas utilisés contre le demandeur, ou que ces autorités aient fournies de telles garanties (contre-interrogatoire de M. William Hooper; dossier de la défenderesse, onglet 5, à la page 16);

i) Le SCRS souhaiterait se réserver le droit d'interroger de nouveau le demandeur pour qu'il l'aide à mettre en contexte les renseignements que le SCRS a obtenus ou qu'ils pourrait acquérir (contre-interrogatoire de M. William Hooper; dossier de la défenderesse, onglet 5, aux pages 30 et 44).

[24] Finalement, il est fort révélateur que, dans ses propres documents, le MAÉCI indique que le but de ses visites était double : recueillir des renseignements et veiller au respect de la loi. À cet égard, dans un extrait d'un courriel en date du 1^{er} novembre 2002 provenant des bureaux du MAÉCI à Washington, on trouve l'affirmation suivante (dossier du demandeur; affidavit d'Ahmad, onglet 2Q, à la page 148, paragraphe 10) :

[TRADUCTION] Il importe tout d'abord de rappeler que cette visite avait pour objet de recueillir et de partager des renseignements de sécurité et de veiller au respect de la loi. Toute visite consulaire était exclue et toute demande qui aurait semblé viser à obtenir une visite consulaire par des moyens détournés aurait été analysée de très près, ce qui aurait pu entraîner des retards. Nous avons expliqué que, normalement, une mission canadienne à Guantanamo compterait un fonctionnaire du MAÉCI et nous avons demandé si sa présence serait problématique. Les États-Unis ont répondu que cela ne causerait pas nécessairement un problème. D'autres délégations qui avaient effectué des visites comptaient dans leurs rangs des fonctionnaires de leur ministère des Affaires

cooperation on the intelligence and law enforcement front—was not affected, a DFAIT presence would be acceptable. [Underlining added.]

[25] The Supreme Court established in *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597 that Charter rights may apply outside Canada. As stated by Iacobucci J., at paragraph 25:

In our view, the *Charter* applies to the actions of the Vancouver detectives in interviewing the appellant in New Orleans. Two factors are critical to this conclusion and provide helpful guidelines for recognizing those rare circumstances where the *Charter* may apply outside of Canada: (1) the impugned act falls within s. 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, in this particular case, interfere with the sovereign authority of the foreign state and thereby generate an objectionable extraterritorial effect.

[26] *Cook*, of course, concerned the actions of Vancouver police in the U.S. for the purpose of obtaining evidence in support of a prosecution in Canada. Bastarache J. in his concurring reasons stated at paragraph 127:

If the Canadian officials were primarily responsible for obtaining the evidence in a manner which violated the *Charter*, then the *Charter* will apply to them and to the evidence obtained by them.

[27] In the present case, there is no question of a prosecution or even an investigation in Canada. Canadian agents are in the U.S., with the permission of the U.S., for the purpose of gathering intelligence. By their own admission, Canadian agents took a primary and directing role in previous interviews and can be expected to do the same in future questioning. However, the U.S. authorities were provided with summaries of the interviews, they may have taped the interviews, and any such information may be used in proceedings against the plaintiff as an enemy combatant. There is no

étrangères. Les États-Unis ont d'abord signalé que la présence de ces fonctionnaires était souvent indispensable pour confirmer l'*identité* des détenus pour ensuite souligner que dès lors que le but essentiel de la mission—maximiser la collaboration en matière de collecte de renseignements et d'application de la loi—n'était pas touché, la présence du MAÉCI serait acceptable. [Non souligné dans l'original.]

[25] La Cour suprême a déclaré, dans l'arrêt *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, que les droits consacrés par la Charte peuvent s'appliquer à l'extérieur du Canada. Ainsi que le juge Iacobucci l'a expliqué, au paragraphe 25 :

À notre avis, la *Charte* s'applique aux actes des détectives de Vancouver qui ont interrogé l'appelant à La Nouvelle-Orléans. Deux facteurs décisifs autorisent cette conclusion et fournissent des indications utiles pour reconnaître les rares circonstances où la *Charte* peut s'appliquer à l'étranger : premièrement, l'acte reproché tombe sous le coup du par. 32(1) de la *Charte*; deuxièmement, l'application de la *Charte* aux actes des détectives canadiens aux États-Unis ne constitue pas, dans ce cas particulier, une atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger et ne produit donc pas d'effet extraterritorial inacceptable.

[26] L'affaire *Cook* concernait, bien sûr, des mesures prises par des policiers de Vancouver aux États-Unis pour recueillir des éléments de preuve en vue d'intenter des poursuites au Canada. Le juge Bastarache a dit ce qui suit, dans ses motifs concourants, au paragraphe 127 :

Si l'obtention des éléments de preuve de façon contraire à la *Charte* est principalement imputable aux fonctionnaires canadiens, ces derniers ainsi que la preuve qu'ils auront recueillie seront assujettis à la *Charte*.

[27] En l'espèce, il n'est pas question de poursuite ou même d'enquête menée au Canada. Les agents canadiens se trouvent aux États-Unis, avec la permission des États-Unis, dans le but d'y recueillir des renseignements. De leur propre aveu, les agents canadiens ont joué un rôle important dans les entrevues qui ont eu lieu : ce sont eux qui ont dirigé ces entrevues et on peut s'attendre à ce qu'ils fassent de même à l'avenir. Les États-Unis ont toutefois obtenu un résumé de ces entrevues et il se peut qu'ils les aient enregistrées de sorte que les renseignements obtenus peuvent être

evidence that any future questioning will be conducted under different rules.

[28] Once all the evidence as to what happened at Guantanamo Bay is in, the Court will have to decide whether it makes any difference that the information may be used for a U.S. prosecution, as opposed to a Canadian prosecution. The plaintiff will argue that it should not. As long as Canadian officials are primarily responsible for obtaining information from the plaintiff, he is entitled to the protection of the Charter. The defendant, undoubtedly, will submit that the Charter is not engaged unless there are prosecutorial consequences in Canada.

[29] By seeking to prohibit Canadian security agents from questioning him further, the plaintiff is really invoking the Charter to prevent any future U.S. prosecution from being aided by information obtained through questioning by Canadian security agents (such agents who are, in his view, acting in violation of the Charter).

[30] If the new evidence is proven to the satisfaction of the Court at trial, in light of the evidence regarding the detention and questioning at Guantanamo Bay, the Court will have to decide if the conditions of *Cook* apply. Depending on the evidence, there may be a sufficient nexus between the investigation by Canadian agents, the passing of information to the U.S. and subsequent prosecution by the U.S. to engage the Charter. Thus, the defendant's second contention will have to be dealt with at trial and cannot, nor should it be, disposed of in this motion. The evidence presented via affidavits and cross-examinations, while helpful, is not in itself determinative.

utilisés dans tout procès qui pourrait être intenté contre le demandeur en tant que combattant ennemi. Rien ne nous autorise à croire qu'une procédure différente serait suivie en ce qui concerne les interrogatoires qui pourraient avoir lieu à l'avenir.

[28] Une fois que tous les éléments de preuve portant sur ce qui s'est produit à Guantanamo auront été recueillis, le tribunal aura à décider si le fait que ces renseignements puissent être utilisés en vue d'intenter un procès aux États-Unis plutôt qu'au Canada tire à conséquence. Le demandeur soutiendra que cela ne devrait pas faire de différence. Dès lors que des fonctionnaires canadiens sont principalement responsables d'obtenir des renseignements du demandeur, celui-ci a droit à la protection de la Charte. La défenderesse affirmera sans doute que la Charte ne s'applique que si des poursuites sont engagées au Canada.

[29] En cherchant à empêcher les agents des services de sécurité canadiens de l'interroger à nouveau, le demandeur invoque en réalité la Charte afin d'empêcher que les renseignements qu'obtiendraient les agents des services de sécurité canadiens qui l'interrogeraient (et qui, à son avis, agiraient en violation de la Charte) soient utilisés dans le cadre de tout procès qui pourrait à l'avenir être intenté aux États-Unis.

[30] Si les nouveaux éléments de preuve sont établis à la satisfaction du tribunal lors du procès à la lumière des éléments de preuve concernant la détention et l'interrogatoire à Guantanamo, le tribunal devra alors décider si les conditions énumérées dans l'arrêt *Cook* sont réunies. Selon la preuve qui sera produite, on pourrait constater l'existence d'un lien suffisant entre l'enquête menée par les agents canadiens, la transmission des renseignements aux États-Unis et les poursuites qui pourraient par la suite être engagées aux États-Unis pour que la Charte s'applique. Ainsi, la deuxième prétention de la défenderesse devra être examinée au procès et ne peut pas et ne doit pas être tranchée dans le cadre de la présente requête. Bien qu'utile, la preuve soumise sous forme d'affidavits et de contre-interrogatoires n'est pas en soi concluante.

Issue No. 3—Does the plaintiff meet the threefold conjunctive test set out in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311?

Serious issue

[31] Proceeding to the defendant's third contention regarding the three-fold conjunctive test of *RJR-MacDonald*, the Court notes that the defendant does not dispute that there is a serious issue, namely whether Charter rights were engaged when CSIS or DFAIT interviewed the plaintiff in Guantanamo Bay. Thus, the plaintiff clearly meets this leg of the test.

Irreparable harm

[32] Will the plaintiff suffer irreparable harm if the injunction is not granted? The plaintiff is being held in the custody of the U.S. and he will face serious charges regarding his activities in Afghanistan and his Al-Qaida membership. There is no evidence as to whether the interviews are tape recorded. No assurances were sought that they would not be recorded. The summaries of his interviews are being provided to his U.S. captors. It is not known for what purpose they will be used and CSIS has refused to undertake to inform itself as to what use they would be put.

[33] It is unclear what form the U.S. prosecution against the plaintiff will take and what rules of procedure and evidence will apply. The rules of procedure employed thus far regarding detainees at Guantanamo Bay suggest that little confidence is warranted that material obtained by CSIS will not be used against the plaintiff (Ahmad affidavit; U.S. documents regarding detention, treatment and trial of combatants in war on terrorism; applicant's record, Tabs 2U, V, and W).

[34] Although not so stated, the defendant in effect argues that it has a right to question the plaintiff as long as it is done for national security purposes. It claims there will be no consequences in Canada for the plaintiff as a result of this questioning. If the plaintiff does not

Troisième question—Le demandeur satisfait-il au critère conjonctif à trois volets posé dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311?

La question sérieuse à juger

[31] Sur le troisième argument de la défenderesse portant sur le critère conjonctif à trois volets énoncé dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, la Cour relève que la défenderesse ne conteste pas qu'il existe une question sérieuse à juger, en l'occurrence de savoir si des droits protégés par la Charte étaient en cause lorsque le demandeur a été interrogé par le SCRS ou par le MAÉCI à Guantanamo. Le demandeur satisfait donc de toute évidence au premier volet du critère.

Le préjudice irréparable

[32] Le demandeur subira-t-il un préjudice irréparable si l'injonction ne lui est pas accordée? Le demandeur est détenu aux États-Unis où il risque de faire l'objet de graves accusations en ce qui concerne ses activités en Afghanistan et son appartenance à Al-Qaïda. Rien ne permet de savoir si les entrevues ont été enregistrées sur bande magnétique. On n'a pas demandé aux autorités des États-Unis de s'engager à ne pas les enregistrer. Un résumé des entrevues du demandeur a été transmis à ces autorités. On ignore à quelle fin ce résumé va servir et le SCRS a refusé de s'engager à s'informer à ce sujet.

[33] On ne sait pas avec certitude quelle forme prendront les poursuites que les États-Unis pourraient intenter contre le demandeur et quelles règles de procédure et de preuve s'appliqueraient. Les règles de procédure employées jusqu'ici au sujet des détenus de Guantanamo ne permettent pas de penser que les éléments obtenus par le SCRS ne seront pas utilisés contre le demandeur (affiavit d'Ahmad; documents des États-Unis concernant la détention, le traitement et le procès des combattants dans le cadre de la guerre au terrorisme; dossier du demandeur, onglets 2U, V et W).

[34] Sans le dire explicitement, la défenderesse laisse entendre en réalité qu'elle a le droit d'interroger le demandeur à condition de le faire pour la sécurité nationale. Elle affirme que cet interrogatoire n'entraînera aucune conséquence pour le demandeur au Canada.

want to answer, he does not have to. He, however, should have the option of assisting the defendant if he changes his mind and wants to cooperate. Any possibility of prosecution by the U.S. based on the interviews is remote and purely speculative.

[35] I find it difficult to agree with the defendant's submission. Evidently, the plaintiff seeks the protection of this Court from further questioning. It stands to reason that he feels he is not completely free to resist questioning of his own accord. Obviously, if an injunction is issued and he changes his mind, he could always apply to have the injunction lifted. While CSIS and DFAIT have a duty to collect information for national security purposes, I fail to see anything amounting to the right to question a person who does not want to be questioned. Whether DFAIT and/or CSIS should have such a right, or need such a right is something for Parliament to decide, it should not be established by judicial interpretation.

[36] In addition, DFAIT itself stated that "the core of the mission [was] to maximize cooperation on the intelligence and law enforcement front" (see paragraph 24 above). DFAIT and CSIS refused to undertake during cross-examination to inform themselves as to how the U.S. would use information provided to it as a result of interviews with the plaintiff.

[37] DFAIT and CSIS also refused on cross-examination to undertake to inform themselves as to whether assurances were sought from the U.S. (or given by the U.S.) as to the future use of any information obtained by Canadian agents from the plaintiff and provided to the U.S. This leads the Court to draw an adverse inference that such information will be used against the plaintiff. In the absence of such evidence, it is impossible at this stage to determine if prosecution by the U.S. is too remote and purely speculative. Given the gravity of the allegations against him, any U.S. prosecution may entail irreparable harm. I am convinced that on the basis of evidence presented thus far (and on the failure of the defendant to present evidence

Le demandeur n'est pas obligé de répondre s'il ne le souhaite pas. Il devrait toutefois avoir la possibilité d'aider la défenderesse s'il change d'avis et désire collaborer. Le risque qu'il soit poursuivi aux États-Unis en raison de ces entrevues est faible et relève de la pure conjecture.

[35] J'ai du mal à souscrire à la position de la défenderesse. De toute évidence, le demandeur réclame la protection de la Cour contre tout autre interrogatoire. On peut comprendre qu'il estime qu'il n'est pas entièrement libre de refuser de se soumettre à d'autres interrogatoires. Manifestement, si la Cour prononce une injonction et que le demandeur change d'avis, il peut toujours demander la levée de l'injonction. Certes, le SCRS et le MAÉCI ont l'obligation de recueillir des renseignements à des fins de sécurité nationale, mais rien selon moi ne permet de penser qu'ils ont le droit d'interroger une personne qui ne veut pas être interrogée. C'est au législateur et non aux tribunaux qu'il appartient de décider si le MAÉCI et/ou le SCRS devraient avoir ce droit ou s'ils ont besoin de ce droit.

[36] Qui plus est, le MAÉCI a lui-même reconnu que [TRADUCTION] « le but essentiel de la mission—maximiser la collaboration en matière de collecte de renseignements et d'application de la loi » (paragraphe 24 des présents motifs). Le MAÉCI et le SCRS ont refusé de s'engager, au cours du contre-interrogatoire, à s'informer sur l'utilisation que les États-Unis feraient des renseignements qui leur sont communiqués par suite des entrevues réalisées auprès du demandeur.

[37] Le MAÉCI et le SCRS ont également refusé lors du contre-interrogatoire de s'engager à vérifier si des assurances avaient été demandées aux États-Unis (ou données par les États-Unis) au sujet de l'utilisation future des renseignements qui ont été recueillis auprès du demandeur par les agents canadiens et qui ont été communiqués aux États-Unis. La Cour en a tiré une inférence défavorable en concluant que ces renseignements seraient utilisés contre le demandeur. Faute d'éléments de preuve de cette nature, il est impossible à cette étape-ci de déterminer si les risques de poursuites aux États-Unis sont trop faibles et s'ils relèvent de la pure conjecture. Compte tenu de la gravité des accusations portées contre le demandeur, tout procès

regarding use by the U.S. of the results of the plaintiff's questioning) the plaintiff has met the irreparable harm leg of the *RJR-MacDonald*, test.

Balance of convenience

[38] As the above quote from Robert J. Sharpe points out, balance of convenience is usually a difficult issue in Charter injunction cases as it involves balancing the public interest against the interest of the individual litigant. The basic principle was clearly stated in *Attorney General of Canada v. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 F.C. 791 (C.A.) [at page 795]:

When a public authority is prevented from exercising its statutory powers, it can be said, (. . .) that the public interest, of which that authority is the guardian, suffers irreparable harm;

[39] In this case the defendant argues:

(a) The courts should be loath to define how CSIS may conduct its intelligence-gathering activities. There are already restrictions with regard to CSIS' ability to gather intelligence through intrusive measures without a court order. Any further non-statutory restriction on the ability of CSIS or other government agencies to discover and counter potential threats to Canada's national security would be extremely prejudicial to the public interest.

(b) American authorities have not yet allowed the Canadian government to exercise consular access to the plaintiff. The visits complained of in the amended statement of claim involving DFAIT officials were, at that point in time, the only opportunity for Canadian officials to observe and evaluate the plaintiff's well-

qui serait intenté contre lui aux États-Unis pourrait lui causer un préjudice irréparable. Je suis convaincu, sur le fondement des éléments de preuve présentés jusqu'ici— et compte tenu du défaut de la défenderesse de présenter des éléments de preuve au sujet de l'utilisation que les États-Unis feraient des interrogatoires du demandeur— que le demandeur a satisfait au volet du critère de l'arrêt *RJR-MacDonald* relatif au préjudice irréparable.

Prépondérance des inconvénients

[38] Ainsi que l'extrait précité de l'ouvrage de Robert J. Sharpe le démontre, la prépondérance des inconvénients est d'habitude une question difficile à trancher dans les affaires dans lesquelles une injonction est réclamée et où la Charte est invoquée, car il faut alors pondérer l'intérêt du public et celui du plaideur. Le principe de base a été clairement formulé dans la décision *Procureur général du Canada c. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 C.F. 791 (C.A.) [à la page 795] :

Lorsqu'on empêche un organisme public d'exercer les pouvoirs que la loi lui confère, on peut alors affirmer [. . .] que l'intérêt public, dont cet organisme est le gardien, subit un tort irréparable;

[39] Dans le cas qui nous occupe, la défenderesse soutient que :

a) les tribunaux devraient répugner à définir comment le SCRS peut mener ses activités de cueillette de renseignements. Il existe déjà des restrictions en ce qui concerne la capacité du SCRS de recueillir des renseignements en recourant à des mesures attentatoires sans qu'il soit nécessaire d'obtenir d'ordonnance judiciaire. Toute autre restriction non prévue par la loi apportée à la capacité du SCRS ou d'autres organismes gouvernementaux de découvrir et de contrer les menaces éventuelles à la sécurité nationale du Canada nuirait considérablement à l'intérêt public.

b) Les autorités des États-Unis n'ont pas encore permis aux autorités consulaires canadiennes de rencontrer le demandeur. Les visites dont il est fait état dans la déclaration modifiée et qui mettaient en cause des fonctionnaires du MAÉCI étaient, à ce moment-là, la seule occasion donnée à des fonctionnaires canadiens

being. Any restriction on the ability of DFAIT officers to visit the plaintiff in the future may hinder DFAIT's ability to provide services to him and will not improve DFAIT's chances of obtaining permission for future access from the American authorities.

[40] The defendant relies on *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110 where Beetz J. stated at pages 135-136:

Whether or not they are ultimately held to be constitutional, the laws which litigants seek to suspend or from which they seek to be exempted by way of interlocutory injunctive relief have been enacted by democratically-elected legislatures and are generally passed for the common good, for instance: the providing and financing of public services such as educational services, or of public utilities such as electricity, the protection of public health, natural resources and the environment, the repression of what is considered to be criminal activity, the controlling of economic activity such as the containing of inflation, the regulation of labour relations, etc. It seems axiomatic that the granting of interlocutory injunctive relief in most suspension cases and, up to a point, as will be seen later, in quite a few exemption cases, is susceptible temporarily to frustrate the pursuit of the common good.

While respect for the Constitution must remain paramount, the question then arises whether it is equitable and just to deprive the public, or important sectors thereof, from the protection and advantages of impugned legislation, the invalidity of which is merely uncertain, unless the public interest is taken into consideration in the balance of convenience and is given the weight it deserves. As could be expected, the courts have generally answered this question in the negative. In looking at the balance of convenience, they have found it necessary to rise above the interests of private litigants up to the level of the public interest, and, in cases involving interlocutory injunctions directed at statutory authorities, they have correctly held it is erroneous to deal with these authorities as if they have any interest distinct from that of the public to which they owe the duties imposed upon them by statute. [Emphasis added by the defendant.]

d'observer le demandeur et de s'enquérir de son bien-être. Toute restriction qui pourrait être à l'avenir apportée à la capacité des fonctionnaires du MAÉCI de rendre visite au demandeur risquerait d'entraver la capacité du MAÉCI de lui fournir des services et n'améliorerait pas les chances du MAÉCI d'obtenir des autorités des États-Unis la permission de rencontrer le demandeur à l'avenir.

[40] La défenderesse invoque l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, où le juge Beetz dit ce qui suit, aux pages 135 et 136 :

Qu'elles soient ou non finalement jugées constitutionnelles, les lois dont les plaideurs cherchent à obtenir la suspension, ou de l'application desquelles ils demandent d'être exemptés par voie d'injonction interlocutoire, ont été adoptées par des législatures démocratiquement élues et visent généralement le bien commun, par exemple : assurer et financer des services publics tels que des services éducatifs ou l'électricité; protéger la santé publique, les ressources naturelles et l'environnement; réprimer toute activité considérée comme criminelle; diriger les activités économiques notamment par l'endiguement de l'inflation et la réglementation des relations du travail, etc. Il semble bien évident qu'une injonction interlocutoire dans la plupart des cas de suspension et, jusqu'à un certain point, comme nous allons le voir plus loin, dans un bon nombre de cas d'exemption, risque de contrecarrer temporairement la poursuite du bien commun.

Quoique le respect de la Constitution doive conserver son caractère primordial, il y a lieu à ce moment-là de se demander s'il est juste et équitable de priver le public, ou d'importants secteurs du public, de la protection et des avantages conférés par la loi attaquée, dont l'invalidité n'est qu'incertaine, sans tenir compte de l'intérêt public dans l'évaluation de la prépondérance des inconvénients et sans lui accorder l'importance qu'il mérite. Comme il fallait s'y attendre, les tribunaux ont généralement répondu à cette question par la négative. Sur la question de la prépondérance des inconvénients, ils ont jugé nécessaire de subordonner les intérêts des plaideurs privés à l'intérêt public et, dans les cas où il s'agit d'injonctions interlocutoires adressées à des organismes constitués en vertu d'une loi, ils ont conclu à bon droit que c'est une erreur que d'agir à leur égard comme s'ils avaient un intérêt distinct de celui du public au bénéfice duquel ils sont tenus de remplir les fonctions que leur impose la loi. [Passage souligné par la défenderesse.]

[41] *Metropolitan Stores*, is indeed one of the key cases regarding suspension or exemption of statutes while their constitutionality is being litigated. The principles of *Metropolitan Stores* should also be applied in the present case. However, it should be borne in mind that in this case there is no question of suspension or exemption from the *Canadian Security Intelligence Service Act* [R.S.C., 1985, c. C-23] or the DFAIT Act *Department of Foreign Affairs and International Trade Act* [R.S.C., 1985, c. E-22, s. 1 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 2)] due to a constitutional attack on those statutes. Rather, the plaintiff asks that intelligence-gathering activities that relate to him are enjoined while he is in U.S. custody and subject to an as yet undetermined legal process.

[42] The final conclusion reached by Beetz J. in *Metropolitan Stores* can be found at page 150, namely:

On the whole, I thus find myself in agreement with the following excerpt from Sharpe, *op. cit.*, at pp. 176-77:

Indeed, in many situations, problems will arise if no account is taken of the general public interest where interlocutory relief is sought. In assessing the risk of harm to the defendant from an interlocutory injunction which might later be dissolved at trial, the courts may be expected to be conscious of the public interest. Too ready availability of interlocutory relief against government and its agencies could disrupt the orderly functioning of government.

[43] Applying this finding to the present case, one must weigh CSIS' legitimate intelligence gathering in the name of fighting Al-Qaida and DFAIT's activities in support of Canadians abroad, against the danger to the plaintiff that any information extracted from him may be used in proceedings against him, which may lead to his long term imprisonment or worse. In other words, will the public interest suffer irreparable harm if CSIS is deprived of any future opportunity to question the plaintiff?

[41] L'arrêt *Metropolitan Stores*, est effectivement un des arrêts de principe en ce qui concerne la suspension ou l'exemption d'application des lois pendant que leur constitutionnalité est débattue devant les tribunaux. Les principes dégagés dans l'arrêt *Metropolitan Stores* devraient aussi s'appliquer en l'espèce. Il ne faut toutefois pas oublier qu'en l'espèce, il n'est pas question de la suspension ou de l'exemption d'application de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* [L.R.C. (1985), ch. C-23] ou de la *Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international* [L.R.C. (1985), ch. E-22, art. 1 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 2)] par suite d'une contestation de la constitutionnalité de ces lois. Le demandeur réclame plutôt l'interdiction des activités de cueillette de renseignements qui le concernent tant qu'il est détenu aux États-Unis et qu'il risque de faire l'objet de poursuites en justice dont la nature reste à préciser.

[42] La conclusion finale tirée par le juge Beetz dans l'arrêt *Metropolitan Stores* se trouve à la page 150 :

Dans l'ensemble, j'approuve donc le passage suivant tiré de Sharpe, *op. cit.*, aux pp. 176 et 177 :

[TRADUCTION] En fait, dans bien des situations, des problèmes surgiront si l'intérêt public général n'est pas pris en considération lorsqu'on demande un redressement interlocutoire. On peut s'attendre que, dans l'appréciation du risque de préjudice que peut présenter pour un défendeur une injonction interlocutoire susceptible d'être annulée au procès, les tribunaux aient à l'esprit l'intérêt public. S'il était trop facile d'obtenir un redressement interlocutoire contre le gouvernement et ses organismes, cela pourrait venir perturber le bon fonctionnement du gouvernement.

[43] Si l'on applique cette conclusion au cas qui nous occupe, on doit pondérer les activités légitimes de cueillette de renseignements effectuées par le SCRS en vue de lutter contre Al-Qaïda et les activités exercées par le MAÉCI à l'appui des Canadiens qui se trouvent à l'étranger avec le risque que court le demandeur que les renseignements obtenus de lui soient utilisés dans des poursuites intentées contre lui qui seraient susceptibles de prolonger son incarcération ou de l'exposer à des conséquences pires encore. En d'autres termes, l'intérêt public subira-t-il un préjudice irréparable si l'on prive le SCRS de toute autre possibilité d'interroger le demandeur?

[44] It strikes me that when so posited, the balance of convenience (fully taking into account the public interest as served by the activities of CSIS and DFAIT and the public's need to have the protection of these organizations in the fight against terrorism) has to lie in favour of the plaintiff. First of all, the plaintiff is in captivity and, at the very least, his freedom is at stake. Secondly, it is questionable whether after three years of captivity the plaintiff still has any information of use to CSIS or DFAIT. Thirdly, given the conditions at Guantanamo Bay, there is considerable doubt as to whether he is free to decide (without fear of consequences) whether he wants to be interviewed by CSIS/DFAIT agents. Fourthly, there is also another public interest at play and that is assuring that Canadian officials, when questioning Canadians (whether in Canada or abroad) respect the Charter. Thus, the danger to the public interest caused by CSIS/DFAIT agents not being able to access the plaintiff is outweighed by the possible conviction of the plaintiff in the U.S. on the basis of evidence obtained in violation of the Charter.

[45] In *Morgentaler et al. v. Ackroyd et al.* (1983), 42 O.R. (2d) 659 (H.C.), (admittedly another case dealing with suspension or exemption from an allegedly unconstitutional law but containing persuasive reasoning that can equally be applied here), Linden J. stated, at page 668:

In my view, therefore, the balance of convenience normally dictates that those who challenge the constitutional validity of laws must obey those laws pending the court's decision. If the law is eventually proclaimed unconstitutional, then it need no longer be complied with, but until that time, it must be respected and this court will not enjoin its enforcement. Such a course of action seems to be the best method of ensuring that our society will continue to respect the law at the same time as it is being challenged in an orderly way in the courts. This does not mean, however, that in exceptional circumstances this court is precluded from granting an interim injunction to prevent grave injustice, but that will be rare indeed.

[44] Je suis frappé par le fait que, lorsqu'il est présenté de cette façon, le critère de la prépondérance des inconvénients (en tenant pleinement compte de l'intérêt public qui est servi par les activités du SCRS et du MAÉCI et de la nécessité pour le public de bénéficier de la protection de ces organismes dans la lutte contre le terrorisme) favorise nécessairement le demandeur. Rappelons tout d'abord que le demandeur est incarcéré et que le moins qu'on puisse dire, c'est que sa liberté est en jeu. Deuxièmement, il y a lieu de se demander si, après trois années de captivité, le demandeur possède encore des renseignements qui peuvent être utiles pour le SCRS ou le MAÉCI. Troisièmement, compte tenu des conditions de détention à Guantanamo, il y a fortement lieu de douter que le demandeur soit libre de décider (sans craindre les conséquences) s'il souhaite ou non être interrogé par des agents du SCRS ou du MAÉCI. Quatrièmement, il y a un autre intérêt public en jeu, en l'occurrence celui de s'assurer que lorsqu'ils interrogent des Canadiens (au Canada ou à l'étranger), les fonctionnaires canadiens respectent la Charte. Ainsi, le risque que court le demandeur d'être condamné aux États-Unis sur la foi d'éléments de preuve obtenus en violation de la Charte l'emporte sur le danger que représente pour l'intérêt public l'impossibilité pour les fonctionnaires du SCRS et du MAÉCI de rencontrer le demandeur.

[45] Dans l'arrêt *Morgentaler et al. c. Ackroyd et al.* (1983), 42 O.R. (2d) 659 (H.C.), (qui, il est vrai, portait aussi sur la suspension ou l'exemption d'application d'une loi dont la constitutionnalité était contestée mais dans lequel on trouve un raisonnement convaincant qui s'applique également au cas qui nous occupe), le juge Linden déclare, à la page 668 :

[TRADUCTION] À mon avis donc, la règle du plus grand préjudice dicte normalement que ceux qui contestent la validité constitutionnelle des lois doivent leur obéir tant que la cour n'a pas statué. Si la loi est en fin de compte jugée inconstitutionnelle, il n'y a plus lieu alors de la respecter, mais jusqu'à ce moment, elle doit être appliquée et la cour n'ordonnera pas qu'elle ne le soit pas. Cette solution paraît être le meilleur moyen d'assurer dans notre société le respect de la loi au moment même où elle est contestée régulièrement devant les tribunaux. Cela ne signifie pas, toutefois que, dans des cas exceptionnels, il ne sera pas permis à la cour d'accorder une injonction provisoire pour prévenir une grave

[Underlining added.]

[46] In my view, the present case is one of these rare exceptional cases where granting an injunction is required to prevent a potential grave injustice. Accordingly, an interim injunction will issue prohibiting the defendant and its agents from conducting any further interviews of the plaintiff pending the trial of this action.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The defendant and its agents are prohibited from conducting any further interviews or questioning of the plaintiff pending trial of this action. However, nothing in this order shall detract from or interfere with any efforts of the defendant to provide consular assistance to the plaintiff.
2. Costs of this motion to follow the cause.

injustice, mais ces cas seront évidemment très rares. [Non souligné dans l'original.]

[46] À mon avis, la présente affaire est un de ces cas rares et exceptionnels où il y a lieu d'accorder une injonction pour empêcher une éventuelle injustice grave. En conséquence, la Cour prononcera une injonction provisoire interdisant à la défenderesse et à ses agents d'interroger à nouveau le demandeur en attendant que la présente action soit jugée.

ORDONNANCE

LA COUR :

1. Interdit à la défenderesse et à ses agents de procéder à d'autres entrevues ou interrogatoires du demandeur en attendant que la présente action soit jugée et dit que la présente ordonnance ne doit d'aucune façon atténuer ou modifier les mesures prises par la défenderesse pour offrir de l'assistance consulaire au demandeur;
2. Dit que les dépens de la présente requête suivront le sort du principal.