

A-149-08  
2008 FCA 401

A-149-08  
2008 CAF 401

**Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association** (*Appellants*)

**Amnistie internationale Canada et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique** (*appelantes*)

v.

c.

**Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces, Minister of National Defence and Attorney General of Canada** (*Respondents*)

**Le Chef d'état-major de la Défense des Forces canadiennes, le ministre de la Défense nationale et le procureur général du Canada** (*intimés*)

and

et

**Canadian Civil Liberties Association** (*Intervener*)

**L'Association canadienne des libertés civiles** (*intervenante*)

**INDEXED AS: AMNESTY INTERNATIONAL CANADA v. CANADA (CHIEF OF THE DEFENCE STAFF) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : AMNISTIE INTERNATIONALE CANADA c. CANADA (CHEF D'ÉTAT-MAJOR DE LA DÉFENSE) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Desjardins and Noël J.J.A.—Ottawa, December 10 and 17, 2008.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard, juges Desjardins et Noël, J.C.A.—Ottawa, 10 et 17 décembre 2008.

*Constitutional Law — Charter of Rights — Arrest, Detention, Imprisonment — (1) Whether Charter applying to detention of non-Canadians by Canadian Forces (CF) in Afghanistan, transfer of these individuals to Afghan authorities — (2) If not, whether Charter nonetheless applying if transfer of detainees exposing them to substantial risk of torture — As to latter question Canada (Justice) v. Kadhr not changing principles applicable to concepts of territoriality, comity set out in R. v. Hape — Factual underpinning in Kadhr different from present case — Deference, comity ending where clear violations of international law, human rights — However, Charter not necessarily applying as result of violations; all circumstances must be examined — As to first question, CF having no “effective control” over territory in Afghanistan — As such, not possible to give Charter territorial application over Afghan territory, people — Motions Judge not erring in rejecting notion of “effective control over person” on basis problematic in context of multinational military effort, giving preference to consent-based test developed in Hape — Charter having no application herein — Appeal dismissed.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Arrestation, détention, emprisonnement — 1) Il s'agissait de savoir si la Charte s'appliquait à la détention de non-Canadiens par les Forces canadiennes (FC) en Afghanistan et au transfèrement de ces personnes aux autorités afghanes — 2) Si la réponse était non, il s'agissait de savoir si la Charte s'appliquait néanmoins si le transfèrement des détenus les exposerait à un risque élevé de torture — S'agissant de la deuxième question, l'arrêt Canada (Justice) c. Kadhr n'a pas modifié les principes applicables aux notions de territorialité et de courtoisie formulées dans l'arrêt R. c. Hape — Le fondement factuel de l'arrêt Kadhr diffère de celui des présentes — Le respect et la courtoisie prennent fin là où commence la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne — Cependant, la Charte ne s'applique pas nécessairement en raison de ces violations; il faut examiner l'ensemble des circonstances — S'agissant de la première question, les FC n'exercent pas de « contrôle effectif » sur le territoire de l'Afghanistan — Il n'était donc pas possible de permettre une application territoriale de la Charte en territoire afghan et sur des ressortissants afghans — La juge des requêtes n'a commis aucune erreur lorsqu'elle a rejeté la notion d'« autorité réelle sur la personne » comme présentant des difficultés dans le contexte d'une opération militaire multinationale et lorsqu'elle a préféré adopter le*

*Armed Forces — Charter not applicable to non-Canadians detained by Canadian Forces (CF) deployed in Afghanistan, transfer of these individuals to Afghan authorities — Factual underpinning in Canada (Justice) v. Kadr different from present case, where foreigners with no attachment to Canada held in CF detention facilities in Afghanistan — CF having no effective control over territory in Afghanistan — Afghan authorities consenting to application of Canadian law to Canadian personnel only.*

*International Law — Non-Canadians detained by Canadian Forces (CF) in Afghanistan — CF not occupying force — Governing authorities not acquiescing to extension of Canadian law over Afghan nationals — International law, including humanitarian law, identified by Afghan, Canadian governments as governing treatment of detainees in Canadian custody — While Afghan authorities consenting to application of Canadian law to all “Canadian personnel”, this consent specifically excluding Afghan nationals.*

This was an appeal from a Federal Court order made pursuant to rule 107 of the *Federal Courts Rules* in which the motions Judge dismissed an application for judicial review with respect to detainees held by the Canadian Forces (CF) in the Islamic Republic of Afghanistan and to the transfer of these individuals to Afghan authorities. The motions Judge found that the Charter did not apply in these circumstances.

The questions which were determined by the motions Judge under the rule 107 motion were: (1) whether the Charter applied during the armed conflict in Afghanistan to the detention of non-Canadians by the CF or their transfer to Afghan authorities; and, in the negative, (2) whether the Charter would nonetheless apply if the appellants were able to establish that the transfer of the detainees would expose them to a substantial risk of torture.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The Supreme Court did not, in *R. v. Hape*, create a fundamental human rights exception to the general rule against territoriality. *Canada (Justice) v. Kadr* which was rendered after the decision under appeal herein, has not changed the principles applicable to the concepts of territoriality and comity set out in *Hape*. *Kadr* stands as a

*critère fondé sur le consentement élaboré dans l’arrêt Hape — La Charte ne s’appliquait pas en l’espèce — Appel rejeté.*

*Forces armées — La Charte ne s’applique pas à la détention de non-Canadiens par les Forces canadiennes (FC) déployées en Afghanistan ou au transfèrement de ces personnes aux autorités afghanes — Le fondement factuel de l’arrêt Canada (Justice) c. Kadr diffère de celui des présentes, où des étrangers n’ayant aucune espèce d’attache avec le Canada sont sous garde dans des établissements de détention des FC en Afghanistan — Les FC n’exercent pas de contrôle effectif sur le territoire de l’Afghanistan — Les autorités afghanes ont seulement consenti à l’application du droit canadien au personnel canadien.*

*Droit international — Non-Canadiens détenus par les Forces canadiennes (FC) en Afghanistan — Les FC ne sont pas une force d’occupation — Le gouvernement afghan n’a pas consenti à ce que le champ d’application du droit canadien soit élargi pour inclure les ressortissants afghans — Les gouvernements afghan et canadien avaient désigné le droit international, y compris le droit humanitaire, comme régissant le traitement des prisonniers détenus par le Canada — Bien que le gouvernement afghan ait consenti à l’application du droit canadien à l’ensemble du « personnel canadien », ce consentement excluait spécifiquement les ressortissants afghans.*

Il s’agissait d’un appel interjeté à l’encontre de l’ordonnance rendue par la Cour fédérale en vertu de la règle 107 des *Règles des Cours fédérales* dans laquelle la juge des requêtes a rejeté une demande de contrôle judiciaire concernant des prisonniers détenus par les Forces canadiennes (FC) sur le territoire de la République islamique d’Afghanistan et leur transfèrement aux autorités afghanes. La juge des requêtes a statué que la Charte ne s’appliquait pas dans ces circonstances.

Les questions suivantes ont été tranchées par la juge des requêtes dans le cadre de la requête fondée sur la règle 107, soit celles de savoir : 1) si la Charte s’appliquait durant le conflit armé en Afghanistan à la détention de non-Canadiens par les FC ou à leur transfèrement aux autorités afghanes; et, dans la négative, 2) si la Charte s’appliquerait néanmoins si les appelants étaient en mesure d’établir que le transfèrement des détenus les exposerait à un risque élevé de torture.

*Arrêt* : l’appel doit être rejeté.

La Cour suprême n’a pas, dans l’arrêt *R. c. Hape*, créé d’exception fondée sur les droits fondamentaux de la personne à l’encontre de la règle générale de la compétence fondée sur la territorialité. L’arrêt *Canada (Justice) c. Kadr*, qui a été rendu après la décision portée en appel en l’espèce, n’a pas modifié les principes applicables aux notions de territorialité

case where a Canadian citizen obtained disclosure of documents held in Canada and produced by Canadian officials for a breach of his Charter rights by Canadian officials participating in a foreign process that violated Canada's international human rights obligations. The factual underpinning in *Kadhr* can be distinguished from the situation of the present case, where foreigners with no attachment to Canada or its laws are held in CF detention facilities in Afghanistan. Deference and comity end where clear violations of international law and human rights begin, but the Charter does not necessarily apply as a result of these violations; all the circumstances in a given situation must be examined before it can be said that the Charter applies. The motions Judge did not err in answering the second question in the negative.

The key issue in the first question was whether the CF have "effective control" over territory in Afghanistan so that the Charter should be given territorial application over Afghan territory and people. As the detention facilities at the Kandahar Airfield are also shared by several International Security and Assistance Force countries, the control over these facilities by the CF cannot be considered effective. Moreover, the CF are not an occupying force. They are in Afghanistan at the request of the governing authority, which has not acquiesced to the extension of Canadian law over its nationals. In fact, there was evidence before the motions Judge that both the governments of Afghanistan and Canada have expressly identified international law, including international humanitarian law, as the law governing the treatment of detainees in Canadian custody. There was also evidence that the Government of Afghanistan has expressly consented to the application of Canadian law to all "Canadian personnel". The motions Judge concluded that this consent specifically excludes Afghan nationals. There was no reason to intervene with these findings.

Finally, the motions Judge did not err in rejecting the notion of "effective control over the person" as being problematic in the context of a multinational military effort and by giving preference to the consent-based test developed in *Hape*.

et de courtoisie formulées dans l'arrêt *Hape*. L'arrêt *Kadhr* représente un exemple où un citoyen a obtenu la communication de documents gardés au Canada et produits par des représentants canadiens du fait que ces derniers ont violé les droits que lui garantit la Charte en participant à un processus étranger contrevenant aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne. Une distinction peut être opérée entre le fondement factuel de l'arrêt *Kadhr* et la situation en l'espèce, où des étrangers n'ayant aucune espèce d'attache avec le Canada ou ses lois sont sous garde dans des établissements de détention des FC en Afghanistan. Le respect et la courtoisie prennent fin là où commence la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne, mais la Charte ne s'applique pas nécessairement en raison de ces violations; il faut examiner l'ensemble des circonstances propres à une situation donnée avant de pouvoir affirmer que la Charte s'applique. La juge des requêtes n'a commis aucune erreur en répondant à la deuxième question par la négative.

Le point clé dans la première question consistait essentiellement à déterminer si les FC exercent un « contrôle effectif » sur une partie du territoire de l'Afghanistan, permettant ainsi une application territoriale de la Charte en territoire afghan et sur des ressortissants afghans. Comme les établissements de détention situés à l'aéroport de Kandahar sont partagés avec plusieurs pays membres de la Force internationale d'assistance et de sécurité, le contrôle exercé par les FC sur ces établissements de détention ne peut pas être considéré comme un contrôle effectif. Qui plus est, les FC ne sont pas une force d'occupation — leur présence en Afghanistan s'est faite à la demande des pouvoirs en place, qui n'ont pas consenti à ce que le champ d'application du droit canadien soit élargi pour inclure les ressortissants afghans. En fait, la juge des requêtes disposait d'éléments de preuve démontrant que les gouvernements afghan et canadien avaient expressément désigné le droit international, y compris le droit international humanitaire, comme l'ensemble des règles régissant le traitement des prisonniers détenus par le Canada. En outre, des éléments de preuve démontraient que le gouvernement afghan avait expressément consenti à l'application du droit canadien à l'ensemble du « personnel canadien ». La juge des requêtes a conclu que ce consentement excluait spécifiquement les ressortissants afghans. L'intervention de la Cour n'était donc pas justifiée.

Enfin, la juge des requêtes n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a rejeté la notion d'« autorité réelle sur la personne » comme présentant des difficultés dans le contexte d'une opération militaire multinationale et lorsqu'elle a préféré adopter le critère fondé sur le consentement élaboré dans l'arrêt *Hape*.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38-38.16 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 6, 7, 10, 12, 24(1).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 107.  
*Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, Schedules I to IV.

## CASES CITED

## DISTINGUISHED:

*Canada (Justice) v. Khadr*, [2008] 2 S.C.R. 125; (2008), 293 D.L.R. (4th) 629; 72 Admin. L.R. (4th) 1; 2008 SCC 28.

## CONSIDERED:

*R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292; (2007), 280 D.L.R. (4th) 385; 220 C.C.C. (3d) 16; 2007 SCC 26.

## REFERRED TO:

*Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, Application No. 52207/99, decision dated 12 December 2001 (E.C.H.R. (Grand Chamber)).

APPEAL from an order of the Federal Court ([2008] 4 F.C.R. 546; 2008 FC 336) made pursuant to rule 107 of the *Federal Courts Rules* in which the motions Judge found that the Charter did not apply to the detention of non-Canadians by the Canadian Forces or their transfer to the Afghan authorities, even if it were established that this transfer would expose the detainees to a substantial risk of torture. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Paul Champ* and *Bijon Roy* for appellants.  
*J. Sanderson Graham* and *R. Jeff Anderson* for respondents.  
*Earl A. Cherniak, Q.C.*, *Jasmine T. Akbarali* and *Shannon M. Puddister* for interveners.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 6, 7, 10, 12, 24(1).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 à 38.16 (édités par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141).  
*Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, annexes I à IV.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 107.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Canada (Justice) c. Khadr*, [2008] 2 R.C.S. 125; 2008 CSC 28.

## DÉCISION EXAMINÉE :

*R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292; 2007 CSC 26.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Banković et autres c. Belgique et 16 autres pays contractants*, requête n° 52207/99, décision en date du 12 décembre 2001 (C.E.D.H. (Grande Chambre)).

APPEL interjeté à l'encontre de l'ordonnance ([2008] 4 R.C.F. 546; 2008 CF 336) rendue par la Cour fédérale en vertu de la règle 107 des *Règles des Cours fédérales* dans laquelle la juge des requêtes a statué que la Charte ne s'appliquait pas à la détention de non-Canadiens par les Forces canadiennes ou à leur transfèrement aux autorités afghanes même s'il était établi que le transfèrement des détenus les exposerait à un risque élevé de torture. Appel rejeté.

## ONT COMPARU

*Paul Champ* et *Bijon Roy* pour les appelantes.  
*J. Sanderson Graham* et *R. Jeff Anderson* pour les intimés.  
*Earl A. Cherniak, c.r.*, *Jasmine T. Akbarali* et *Shannon M. Puddister* pour l'intervenante.

## SOLICITORS OF RECORD

*Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP*,  
Ottawa, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for  
respondents.  
*Lerners LLP*, Toronto, for intervener.

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

[1] DESJARDINS J.A.: This is an appeal from an order of Mactavish J. (the motions Judge) of the Federal Court ([2008] 4 F.C.R. 546) made pursuant to rule 107 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)].

[2] The appellants brought an application for judicial review with respect to detainees held by the Canadian Forces (the CF) in the Islamic Republic of Afghanistan and to the transfer of these individuals to Afghan authorities. The appellants sought various forms of declaratory relief, including a declaration that sections 7, 10 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) apply to the detainees. The respondents in this application are the Chief of the Defence Staff for the CF, the Minister of National Defence, and the Attorney General of Canada.

[3] As both parties agreed that the application for judicial review would fail if the Charter is not found to apply to the actions of the CF in these circumstances, they jointly decided to have this issue determined by rule 107 motion on the basis of the following questions:

1. Does the Charter apply during the armed conflict in Afghanistan to the detention of non-Canadians by the Canadian Forces or their transfer to Afghan authorities to be dealt with by those authorities?

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP*,  
Ottawa, pour les appelantes.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les  
intimés.  
*Lerners LLP*, Toronto, pour l'intervenante.

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

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre de l'ordonnance rendue par la juge Mactavish (la juge des requêtes) ([2008] 4 R.C.F. 546), de la Cour fédérale, en vertu de la règle 107 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)].

[2] Les appelantes ont présenté une demande de contrôle judiciaire concernant des prisonniers détenus par les Forces canadiennes (les FC) sur le territoire de la République islamique d'Afghanistan et leur transfèrement aux autorités afghanes. Elles sollicitent divers jugements déclaratoires, notamment une déclaration portant que les articles 7, 10 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) s'appliquaient aux détenus. Les intimés, en l'espèce, sont le chef d'état-major de la Défense des FC, le ministre de la Défense nationale et le procureur général du Canada.

[3] Les deux parties ayant convenu que la demande de contrôle judiciaire devait échouer si la Cour concluait à l'inapplicabilité de la Charte eu égard aux actions des FC dans les circonstances de l'espèce, elles ont décidé conjointement de faire trancher cette question au moyen d'une requête fondée sur la règle 107, dans laquelle elles soulèvent les questions suivantes :

1. La Charte s'applique-t-elle, durant le conflit armé qui se déroule en Afghanistan, à la détention de non-Canadiens par les Forces canadiennes ou à leur transfèrement aux autorités afghanes et leur prise en charge par ces dernières?

2. If the answer to the above question is “no” then would the Charter nonetheless apply if the applicants were ultimately able to establish that the transfer of the detainees in question would expose them to a substantial risk of torture?

[4] After answering both of these questions in the negative, the motions Judge dismissed the application for judicial review.

[5] For the reasons that follow, I am in agreement with her reasons for judgment and with her disposition of the case.

### Question 2

[6] The appellants addressed the second question first.

[7] They submit that in *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292 (*Hape*), the Supreme Court of Canada adopted a new test for determining when the Charter should apply to Canadian authorities’ action abroad. They say (at paragraph 36 of their memorandum) that the majority opinion indicated that “the principles of sovereign equality and comity supported a general rule that the application of the *Charter* to Canadian authorities on foreign soil was prohibited ‘absent either the consent of the other state or, in exceptional cases, some other basis under international law’” (underlined in the text). The appellants claim (at paragraph 37 of their memorandum) that “the majority’s reasons in *Hape* also seemed to suggest that, in addition to consent, violations of fundamental human rights could constitute another exception to its exclusionary jurisdictional rule”.

[8] The motions Judge, the appellants say, reviewed these passages in *Hape*, but ultimately she concluded that the Supreme Court of Canada did not create a fundamental human rights exception to the general rule

2. Si la réponse à la question précédente est « non », la Charte s’appliquerait-elle néanmoins si les auteurs de la requête étaient en mesure d’établir que le transfèrement des détenus en question les exposerait à un risque élevé de torture?

[4] Après avoir répondu à chacune de ces questions par la négative, la juge des requêtes a rejeté la demande de contrôle judiciaire.

[5] Pour les motifs énoncés ci-après, je souscris aux motifs exposés par la juge des requêtes et à sa décision.

### Question 2

[6] Les appelantes ont choisi de traiter d’abord de la seconde question.

[7] Elles soutiennent que dans l’arrêt *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292 (*Hape*), la Cour suprême du Canada a adopté un nouveau critère servant à déterminer dans quels cas la Charte devrait s’appliquer aux actions des autorités canadiennes à l’étranger. Selon elles (au paragraphe 36 de leur mémoire), les juges de la majorité ont indiqué que [TRADUCTION] « les principes de l’égalité souveraine des États et de courtoisie internationale justifient l’adoption d’une règle générale autorisant l’application de la *Charte* aux autorités canadiennes se trouvant en sol étranger “seulement [si le Canada] obtient le consentement de l’État en cause ou, à titre exceptionnel, si le droit international l’y autorise par ailleurs” » (souligné dans le texte). Les appelantes prétendent (au paragraphe 37 de leur mémoire) que [TRADUCTION] « les motifs de la majorité dans *Hape* semblent aussi laisser entendre que, outre le consentement de l’État concerné, la présence de violations des droits fondamentaux de la personne pourraient constituer une autre exception à la règle interdisant l’exercice extraterritorial de la compétence ».

[8] Selon les appelantes, la juge des requêtes a examiné ces passages tirés de l’arrêt *Hape*, mais a conclu ultimement que la Cour suprême du Canada n’avait pas créé d’exception fondée sur les droits

against territoriality. Not long after her ruling, add the appellants, a unanimous Supreme Court of Canada in *Canada (Justice) v. Khadr*, [2008] 2 S.C.R. 125 (*Khadr*), “confirmed that *Hape* did indeed find that the Charter applied extraterritorially in respect of fundamental human rights violations at international law” (appellants’ memorandum, at paragraph 37).

[9] In my view, *Khadr* has not changed the principles applicable to the concepts of territoriality and of comity set out by the Supreme Court of Canada in *Hape*.

[10] *Khadr* was a Canadian citizen who was claiming access to all documents in the possession of Canadian authorities that were relevant to his defence in proceedings before a U.S. military tribunal.

[11] The Supreme Court of Canada held that, subject to section 38 ff. of the *Canada Evidence Act* (R.S.C., 1985, c. C-5 [sections 38 to 38.16 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141)]), *Khadr* should be given access to the records and information that Canadian officials gave to the U.S. military authorities as a result of the interviews the Canadian officials conducted with *Khadr* at Guantánamo Bay (*Khadr*, at paragraph 37). The basis for the Court’s decision was that Canada had participated in U.S. procedures that, pursuant to the decision of the U.S. Supreme Court in *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), denied the detainees access to *habeas corpus* contrary to U.S. laws and were in violation of the Geneva Conventions [see *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, Schedules I to IV] to which the U.S. were signatories. The Supreme Court of Canada held that the holdings of the U.S. Supreme Court were based on principles consistent with the Charter and Canada’s international obligations (*Khadr*, at paragraph 21). Consequently, the participation of Canadian officials in the illegal U.S. military procedures was, to the extent of that participation, in violation of Canada’s international obligations and with the principles embodied in the Charter. *Khadr*’s rights under section 7 of the Charter had been violated and he was entitled to a

fondamentaux de la personne à l’encontre de la règle générale de la compétence fondée sur la territorialité. Or, peu de temps après qu’elle ait rendu sa décision, ajoutent les appelantes, la Cour suprême du Canada, dans l’arrêt *Canada (Justice) c. Khadr*, [2008] 2 R.C.S. 125 (*Khadr*), [TRADUCTION] « a confirmé qu’elle avait en effet conclu, dans l’arrêt *Hape*, à l’application extraterritoriale de la Charte en cas de violations de droits fondamentaux de la personne reconnus par le droit international » (au paragraphe 37 du mémoire des appelantes).

[9] À mon sens, l’arrêt *Khadr* n’a pas modifié les principes applicables aux notions de territorialité et de courtoisie formulées par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Hape*.

[10] M. *Khadr*, un citoyen canadien, réclamait l’accès à tous les documents en possession des autorités canadiennes pouvant être utiles pour assurer sa défense devant un tribunal militaire américain.

[11] La Cour suprême du Canada a jugé que, sous réserve des articles 38 et suivants de la *Loi sur la preuve au Canada* (L.R.C. (1985), ch. C-5 [articles 38 à 38.16 (édictees par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141)]), M. *Khadr* avait droit à la communication des documents et des renseignements que les représentants du Canada avaient transmis aux autorités militaires américaines par suite des entretiens qu’ils avaient eus avec lui à la baie de Guantánamo (*Khadr*, au paragraphe 37). La Cour justifiait sa décision par le fait que le Canada avait participé à une procédure américaine qui, conformément à ce qu’avait décidé la Cour suprême des États-Unis dans *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), privait les détenus du recours à l’*habeas corpus*, ce qui était contraire aux lois américaines et contrevenait aux Conventions de Genève [voir la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, annexes I à IV] dont les États-Unis étaient signataires. La Cour suprême du Canada a statué que les conclusions de la Cour suprême des États-Unis reposaient sur des principes compatibles avec la Charte et les obligations du Canada en droit international (*Khadr*, au paragraphe 21). Par conséquent, la participation des représentants du Canada à la procédure illégale des autorités militaires américaines était, dans la mesure de cette participation, contraire

remedy under subsection 24(1) of the Charter. The disclosure order granted by the Supreme Court of Canada remained territorial and was the following (*Khadr*, at paragraph 37):

The appellants must disclose (i) all records in any form of the interviews conducted by Canadian officials with Mr. Khadr, and (ii) records of any information given to U.S. authorities as a direct consequence of Canada's having interviewed him. This disclosure is subject to the balancing of national security and other considerations as required by ss. 38 ff. of the *Canada Evidence Act*.

[12] The order did not refer to any possible U.S. document which might have been given to Canadian authorities by U.S. authorities. While the assistance of the Canadian officials had been extraterritorial, the Supreme Court of Canada made it clear that "the *Hape* comity concerns that would ordinarily justify deference to foreign law have no application here" (*Khadr*, at paragraph 26).

[13] Given the holdings of the U.S. Supreme Court, no issue of deference to U.S. laws arose. *Khadr* stands therefore as a case where a Canadian citizen obtained disclosure of documents held in Canada and produced by Canadian officials for a breach of his rights under section 7 of the Charter by Canadian officials participating in a foreign process that violated Canada's international human rights obligations.

[14] The factual underpinning of this decision is miles apart from the situation where foreigners, with no attachment whatsoever to Canada or its laws, are held in CF detention facilities in Afghanistan.

aux obligations internationales du Canada et aux principes consacrés dans la Charte. Les droits conférés à M. Khadr par l'article 7 de la Charte avaient été violés; celui-ci avait donc le droit d'obtenir une réparation sous le régime du paragraphe 24(1) de la Charte. L'ordonnance de communication décernée par la Cour suprême du Canada, qui n'avait pas reçu de portée extraterritoriale, était ainsi libellée (*Khadr*, au paragraphe 37) :

Les appelants doivent communiquer (i) tous les documents, sous quelque forme, relatifs aux entretiens des responsables canadiens avec M. Khadr, ainsi que (ii) tout renseignement dont la communication aux autorités américaines découle directement du fait que le Canada a interrogé M. Khadr. La communication demeure conditionnée par la prise en compte de la sécurité nationale et d'autres considérations conformément aux art. 38 et suivants de la *Loi sur la preuve au Canada*.

[12] L'ordonnance ne fait pas mention de possibles documents américains qu'auraient pu transmettre les autorités des États-Unis aux autorités canadiennes. Malgré le caractère extraterritorial de l'assistance offerte par les représentants canadiens, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué que « le souci de courtoisie manifesté dans l'arrêt *Hape* et qui justifie normalement le respect de la loi étrangère ne s'applique aucunement en l'espèce » (*Khadr*, au paragraphe 26).

[13] Compte tenu des conclusions de la Cour suprême des États-Unis, la question du respect des lois américaines ne se posait pas. Par conséquent, l'arrêt *Khadr* représente un exemple où un citoyen canadien a obtenu la communication de documents gardés au Canada et produits par des représentants canadiens, du fait que ces derniers ont violé les droits que lui garantit l'article 7 de la Charte en participant à un processus étranger contrevenant aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne.

[14] Le fondement factuel de cette décision se situe à mille lieues de la situation où des étrangers n'ayant aucune espèce d'attache avec le Canada ou ses lois sont sous garde dans des établissements de détention des FC en Afghanistan.



[15] This is indeed the characterization given by the appellants in their memorandum of fact and law (at paragraph 34), which reads:

The present case is the first time Canadian courts have considered whether individuals detained by the Canadian military on foreign soil can claim the protections of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[16] In his oral submission, counsel for the appellants indicated that his claim pertains to the application of the Charter on the actions of CF personnel as opposed to individuals detained by the CF. This new characterization still supposes that the Charter would apply to foreigners since restraint of CF personnel is possible only if foreigners indeed have Charter rights.

[17] The motions Judge could not have commented on *Khadr* since the Supreme Court of Canada's decision was delivered after her decision was rendered. But she did comment on *Hape*.

[18] She analysed in detail the appellants' submission with regard to *Hape* and concluded (at paragraph 324 of her reasons):

As a consequence, it is clear that the majority decision in *Hape* did not create a "fundamental human rights exception" justifying the extraterritorial assertion of Charter jurisdiction where such jurisdiction would not otherwise exist.

[19] It is important to return to the words used by the Supreme Court of Canada in *Khadr* where the Court cites *Hape*. At paragraph 18 of *Khadr*, what the full bench of the Supreme Court said about *Hape* is the following:

In *Hape*, however, the Court stated an important exception to the principle of comity. While not unanimous on all the principles governing extraterritorial application of the *Charter*, the Court was united on the principle that comity cannot be used to justify Canadian participation in activities of a foreign state or its agents that are contrary to Canada's international obligations. It was held that the deference required by the principle of comity "ends where clear

[15] Dans leur mémoire (au paragraphe 34), les appelantes qualifient ainsi la situation en l'espèce :

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, les tribunaux canadiens ont pour la première fois l'occasion de décider si les personnes détenues par l'armée canadienne en sol étranger peuvent invoquer les garanties prévues par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[16] Dans sa plaidoirie, l'avocat des appelantes a indiqué que sa demande se rapportait à l'application de la Charte non pas aux individus détenus par les FC mais aux actes du personnel des FC. Cette nouvelle façon de qualifier l'affaire suppose également que la Charte s'appliquerait aux étrangers puisqu'il n'est possible de restreindre l'action du personnel des FC que si les étrangers disposent de droits en vertu de la Charte.

[17] Puisque sa décision est antérieure au jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Khadr*, la juge des requêtes n'a pu commenter cet arrêt. Elle s'est toutefois prononcée sur l'arrêt *Hape*.

[18] Ayant procédé à une analyse détaillée des prétentions des appelantes concernant l'arrêt *Hape*, la juge des requêtes a tiré cette conclusion (au paragraphe 324 de ses motifs) :

Il est donc clair que la décision majoritaire dans *Hape* n'a pas créé d'« exception au titre des droits fondamentaux de l'homme » justifiant d'affirmer l'extraterritorialité de la compétence au titre de la Charte, compétence qui sinon n'existerait pas.

[19] Il importe de rappeler les termes qu'utilise la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Khadr* lorsqu'elle reprend des extraits de l'arrêt *Hape*. Au paragraphe 18 de l'arrêt *Khadr*, la Cour suprême, en formation plénière, a tenu les propos suivants au sujet de l'arrêt *Hape* :

Or, dans l'arrêt *Hape*, notre Cour a établi une exception importante au principe de la courtoisie. Bien que les juges n'aient pas tous convenu des principes régissant l'application extraterritoriale de la *Charte*, ils ont estimé à l'unanimité que la courtoisie ne pouvait justifier la participation du Canada aux activités d'un État étranger ou de ses représentants qui vont à l'encontre des obligations internationales du Canada. Ainsi, le respect que commande la courtoisie « cesse dès la

violations of international law and fundamental human rights begin” (*Hape*, at paras. 51, 52 and 101, *per* LeBel J.). The Court further held that in interpreting the scope and application of the Charter, the courts should seek to ensure compliance with Canada’s binding obligations under international law (para. 56, *per* LeBel J.). [Emphasis is mine.]

[20] I understand the Supreme Court of Canada to say that deference and comity end where clear violations of international law and fundamental human rights begin. This does not mean that the Charter then applies as a consequence of these violations. Even though section 7 of the Charter applies to “[e]veryone” (compare with the words “[e]very citizen” in section 6 of the Charter), all the circumstances in a given situation must be examined before it can be said that the Charter applies.

[21] Contrary to the appellants’ position (at paragraph 88 of their memorandum), *Khadr* is not dispositive of this appeal. Neither is *Hape*, for the same reasons.

[22] The motions Judge did not err in her conclusion on question 2.

[23] An examination of question 1 and of all the circumstances of this case is therefore necessary.

### Question 1

[24] In the case at bar, the key issue in question 1 is whether the CF have “effective control” over territory in Afghanistan so that the Charter should be given territorial application over Afghan territory and over Afghan people.

[25] Although the CF authorities have command and control over the CF detention facility at the Kandahar Airfield, Kandahar Airfield is a facility shared by Canada and several International Security and Assistance Force (ISAF) countries participating in security and infrastructure operations in Afghanistan. This “control” of the detention facilities by the CF cannot be considered “effective” within the meaning of

violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne » (*Hape*, par. 52, le juge LeBel; voir aussi par. 51 et 101). Notre Cour a ajouté que le tribunal appelé à déterminer la portée de la Charte et à se prononcer sur son application doit tendre à assurer le respect des obligations du Canada en droit international (par. 56, le juge LeBel). [Non souligné dans l’original.]

[20] Selon ce que je comprends de l’extrait précité, la Cour suprême du Canada juge que le respect et la courtoisie prennent fin là où commence la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne. Cela ne veut pas dire que la Charte s’appliquera en raison de ces violations. Même si l’article 7 de la Charte s’applique à « [c]hacun » (comparer ce libellé et celui de l’article 6 de la Charte : « [t]out citoyen canadien »), il faut examiner l’ensemble des circonstances propres à une situation donnée avant de pouvoir affirmer que la Charte s’applique.

[21] Contrairement à ce que soutiennent les appelantes (au paragraphe 88 de leur mémoire), l’arrêt *Khadr* ne dispose pas du présent appel, non plus que l’arrêt *Hape*, d’ailleurs, pour les mêmes motifs.

[22] La juge des requêtes n’a commis aucune erreur relativement à la question 2.

[23] Il nous faut par conséquent aborder la question 1 et examiner l’ensemble des circonstances de l’espèce.

### Question 1

[24] La question 1, en l’espèce, consiste essentiellement à déterminer si les FC exercent un « contrôle effectif » sur une partie du territoire de l’Afghanistan, permettant ainsi une application territoriale de la Charte en territoire afghan et sur des ressortissants afghans.

[25] Bien que les autorités militaires canadiennes aient le commandement et le contrôle d’établissement de détention des FC situé à la base aérienne de Kandahar, le Canada partage les installations aéroportuaires avec plusieurs pays membres de la Force internationale d’assistance et de sécurité (FIAS) qui participent aux opérations de sécurité et d’infrastructure en Afghanistan. Ce « contrôle » exercé par les FC sur

the European Court of Human Rights (E.C.H.R.) in *Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, Application No. 52207/99 (December 12, 2001, at paragraphs 71–73).

[26] The CF are not an occupying force—they are in Afghanistan at the request and with the consent of the governing authority. That authority has not acquiesced to the extension of Canadian law over its nationals.

[27] The motions Judge examined the documentary evidence before her and noted the following (at paragraphs 158–160):

... the [Afghanistan] Compact makes it clear that rather than having Afghanistan cede its jurisdiction to states operating within its borders, the international community has pledged to support Afghan sovereignty over its entire territory, and to ensure respect for that sovereignty, even in the context of military operations within that country.

Nothing in the Afghanistan Compact suggests that Afghanistan has consented to the application of Canadian law—or any other foreign law for that matter—within Afghanistan.

Indeed, the Afghanistan Compact specifically addresses the question of the protection of human rights within Afghan territory, providing that both the Afghan Government and the international community: [Underlined emphasis is mine.]

... reaffirm their commitment to the protection and promotion of rights provided for in the Afghan constitution and under applicable international law, including the international human rights covenants and other instruments to which Afghanistan is a party. [Emphasis added in original.]

[28] She then concluded (at paragraph 161):

This provision certainly suggests that insofar as the Government of Afghanistan is concerned, the human rights regime governing the activities of the international community

les établissements de détention ne peut pas être considéré comme un contrôle « effectif » au sens que donne à ce terme la Cour européenne des Droits de l'Homme (C.E.D.H.) dans *Banković et autres c. Belgique et 16 autres pays contractants*, requête n° 52207/99, décision du 12 décembre 2001, aux paragraphes 71 à 73.

[26] Les FC ne sont pas une force d'occupation — leur présence en Afghanistan s'est faite à la demande et avec le consentement des pouvoirs en place. Ceux-ci n'ont pas consenti à ce que le champ d'application du droit canadien soit élargi pour inclure les ressortissants afghans.

[27] Après avoir pris connaissance de la preuve documentaire qui lui a été présentée, la juge des requêtes a formulé ces remarques (aux paragraphes 158 à 160) :

Il ressort clairement du Pacte [pour l'Afghanistan] que la communauté internationale n'a pas voulu que l'Afghanistan cède sa compétence aux États qui participent à des opérations sur son territoire, mais qu'elle s'est plutôt engagée à appuyer la souveraineté afghane sur l'ensemble de son territoire et à assurer le respect de cette souveraineté, même lors d'opérations militaires dans le pays.

Rien dans le Pacte pour l'Afghanistan ne permet de conclure que l'Afghanistan a consenti à l'application du droit canadien — ou d'ailleurs de tout autre droit étranger — sur son territoire.

En fait, le Pacte pour l'Afghanistan traite précisément de la question de la protection des droits de l'homme sur le territoire afghan, en déclarant que le gouvernement afghan et la communauté internationale : [Non souligné dans l'original.]

[TRADUCTION] [...] réaffirment leur engagement de protéger et promouvoir les droits prévus par la constitution afghane et le droit international applicable, y compris les conventions internationales sur les droits de l'homme et d'autres instruments auxquels l'Afghanistan est partie. [Souligné dans l'original.]

[28] Puis, elle a tiré la conclusion suivante (au paragraphe 161) :

Cette disposition donne certes à croire qu'en ce qui concerne le gouvernement afghan, le régime des droits de l'homme qui régit la communauté internationale en

within Afghanistan is that provided for in the constitution of Afghanistan, along with the applicable international law. [Underlined emphasis is mine.]

[29] There was evidence before the motions Judge that the governments of Afghanistan and Canada have expressly identified international law, including international humanitarian law, as the law governing the treatment of detainees in Canadian custody. She said (at paragraphs 162–165):

In so far as the relationship between the governments of Afghanistan and Canada is concerned, the two countries have expressly identified international law, including international humanitarian law, as the law governing the treatment of detainees in Canadian custody.

The first document manifesting this intent is the Technical Arrangements between the Government of Canada and the Government of the Islamic Republic of Afghanistan. Article 1.1 of this document states that it is intended to cover:

Canadian activities in Afghanistan, including assistance to the ongoing armed conflict, stabilization and development assistance in the form of PRT, assistance to the Government of Afghanistan in the form of a Strategic Advisory Team, training of the Afghan military, and assistance to law enforcement authorities.

Article 1.4 of the Technical Arrangements then states that “In giving effect to these Arrangements, the Participants will at all times act in a manner consistent with their obligations under international law” (emphasis added).

Amongst other things, the Technical Arrangements deal with the status of Canadian personnel within Afghanistan. In this regard, Article 1.2 of the Annex to the Technical Arrangements reflects the undertaking of the Canadian government to “take measures to ensure that all Canadian personnel ... will respect international law and will refrain from activities not compatible with the nature of their operations or their status in Afghanistan” (emphasis added).

[30] With regard to the detainees, she found specifically (at paragraphs 166–167):

Afghanistan est celui que prévoit la constitution afghane et le droit international applicable. [Non souligné dans l’original.]

[29] La juge des requêtes disposait d’éléments de preuve démontrant que les gouvernements afghan et canadien avaient expressément désigné le droit international, y compris le droit international humanitaire, comme l’ensemble des règles régissant le traitement des prisonniers détenus par le Canada. À ce sujet, elle a déclaré ce qui suit (aux paragraphes 162 à 165) :

En ce qui concerne la relation entre les gouvernements de l’Afghanistan et du Canada, les deux pays ont expressément désigné le droit international, y compris le droit humanitaire international, comme étant le droit qui régit le traitement des prisonniers sous la garde du Canada.

Le document intitulé « Arrangements techniques conclus par le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République islamique d’Afghanistan » est le premier à faire état de cette intention. Le paragraphe 6 en expose la portée :

[TRADUCTION] Les activités canadiennes en Afghanistan, notamment l’aide dans le conflit armé en cours, l’aide à la stabilisation et au développement sous la forme d’une équipe de reconstruction provinciale, l’aide au gouvernement de l’Afghanistan sous la forme d’une équipe consultative stratégique, la prestation de formation aux forces armées afghanes, et l’aide aux autorités chargées de l’application de la loi.

L’article 1.4 de l’Annexe des Arrangements techniques précise : [TRADUCTION] « En donnant effet aux Arrangements, les Parties agiront en tout temps de façon conforme à leurs obligations en vertu du droit international » (non souligné dans l’original).

Les Arrangements techniques traitent notamment du statut du personnel canadien en Afghanistan. À cet égard, l’article 1.2 de l’annexe des Arrangements techniques traduit l’engagement du Canada à [TRADUCTION] « prendre des dispositions pour que le personnel canadien [...] respecte le droit international et s’abstienne de toute activité incompatible avec la nature de ses opérations ou de son statut en Afghanistan » (non souligné dans l’original).

[30] En ce qui a trait aux prisonniers, la juge des requêtes a tiré les conclusions suivantes (aux paragraphes 166 et 167) :

Finally, in relation to the treatment of detainees, Article 1.2 of the Technical Arrangements provides that detainees are to be afforded “the same treatment as Prisoners of War,” and are to be transferred to Afghan authorities “in a manner consistent with international law and subject to negotiated assurances regarding their treatment and transfer” (emphasis added).

Moreover, the use of the term “Prisoners of War” in the Technical Arrangements is significant. That is, the phrase “Prisoners of War” describes a legal status recognized in, and defined by the branch of international law governing armed conflict, namely international humanitarian law. International humanitarian law has numerous sources, including instruments such as the *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949*, [1965] Can. T.S. No. 20. The rights of individuals detained during armed conflicts are clearly spelled out by international humanitarian law.

[31] The appellants claim (at paragraphs 75 to 83 of their memorandum) that the motions Judge erred in law by setting an unnecessarily high standard for establishing consent by a foreign state. They assert that she was looking for specific language indicating that the Government of Afghanistan had given its consent to having Canadian Charter rights conferred to its citizens within its territory. The appellants contend that she failed to have due regard to whether the conduct of the Government of Afghanistan amounted to an invitation or “acquiescence” to Charter protection being afforded to its citizens held in detention by the CF. Given that the Afghan government clearly consents to the CF exercising a wide range of powers, it would, according to the appellants, be illogical to conclude that “the Afghan government would consent to Canada exercising this kind of power over its citizens, but has drawn a line with respect to Charter protection of human rights” (at paragraph 77 of appellants’ memorandum).

[32] The motions Judge noted that the Government of Afghanistan has expressly consented to the application of Canadian law to all “Canadian personnel”. She indicated that the words “Canadian Personnel” were defined as specifically excluding Afghan nationals. It

Enfin, pour ce qui est du traitement des prisonniers, l’article 1.2 des Arrangements techniques prévoit qu’on accordera aux prisonniers [TRADUCTION] « le même traitement qu’aux prisonniers de guerre » et qu’ils seront transférés aux autorités afghanes [TRADUCTION] « conformément au droit international et sous réserve des assurances négociées concernant leur traitement et leur transfèrement » (non souligné dans l’original).

De plus, l’emploi de l’expression [TRADUCTION] « prisonniers de guerre » dans les Arrangements techniques est d’importance, car elle décrit un statut juridique reconnu et défini dans la branche du droit international applicable aux conflits armés, c’est-à-dire le droit humanitaire international. Celui-ci se fonde sur de nombreuses sources, dont des instruments tels que la *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949*, [1965] R.T. Can. n° 20. Les droits des personnes emprisonnées pendant un conflit armé sont clairement définis par le droit humanitaire international.

[31] Les appelantes soutiennent (aux paragraphes 75 à 83 de leur mémoire) que la juge des requêtes a commis une erreur de droit en fixant une norme inutilement élevée pour déterminer s’il y a consentement de la part de l’État étranger. Elles affirment que la juge cherchait à s’appuyer sur des termes précis indiquant que le gouvernement d’Afghanistan avait consenti à ce que ses ressortissants puissent bénéficier, sur son territoire, des droits prévus par la Charte canadienne. Selon les appelantes, elle aurait omis de tenir dûment compte de la conduite du gouvernement afghan et de se demander si celle-ci pouvait être considérée comme une forme d’invitation à étendre la protection accordée par la Charte à ses ressortissants dont le Canada avait la garde ou une façon d’y « acquiescer ». Or, puisque le gouvernement afghan consent manifestement à ce que les FC exercent une vaste gamme de pouvoirs, il serait illogique de conclure que [TRADUCTION] « le gouvernement afghan consent à ce que le Canada exerce ce genre de pouvoir sur ses citoyens, mais a tiré un trait afin d’exclure la protection offerte par la Charte en matière de droits de la personne » (au paragraphe 77 du mémoire des appelantes).

[32] La juge des requêtes a souligné que le gouvernement afghan avait expressément consenti à l’application du droit canadien à l’ensemble du « personnel canadien », une expression définie comme excluant spécifiquement les ressortissants afghans.

followed logically, she said, that the Government of Afghanistan has not consented to the application of Canadian law, including the Canadian Charter in other situations (paragraphs 168–170 of her reasons).

[33] Considering that the motions Judge decided according to the evidence, the intervention of this Court is unwarranted.

[34] The appellants submit finally that this Court should not follow the legal reasoning of the motions Judge who rejected as being uncertain the notion of “effective control of the person” principle, suggested by European and British case law and other sources. She rejected this theory as being problematic (at paragraph 274 of her reasons) in the context of a multinational military effort since it would result in a patchwork of different national legal norms applying to detainees in different parts of Afghanistan. She gave preference to the consent-based test of *Hape*, a case which was binding on her (at paragraph 294 of her reasons).

[35] The motions Judge did not err in so doing.

### Conclusion

[36] I conclude that the motions Judge made no errors in answering the way she did the two questions that were before her. The Charter has no application to the situations therein described. There is no legal vacuum, considering that the applicable law is international humanitarian law. As found by the motions Judge (at paragraph 64 of her reasons):

Before transferring a detainee into Afghan custody, General Laroche must be satisfied that there are no substantial grounds for believing that there exists a real risk that the detainee would be in danger of being subjected to torture or other forms of mistreatment at the hands of Afghan authorities.

Selon elle, il fallait donc conclure, en toute logique, que le gouvernement d’Afghanistan n’avait pas consenti à l’application du droit canadien, y compris la Charte, dans d’autres situations (aux paragraphes 168 à 170 des motifs).

[33] Considérant que la décision de la juge des requêtes tient compte de la preuve, l’intervention de la cour n’est pas justifiée.

[34] En dernier lieu, les appelantes soutiennent que la Cour ne devrait pas adopter le raisonnement juridique suivi par la juge des requêtes, qui a rejeté la notion d’« autorité réelle sur la personne », ou de contrôle effectif, proposée dans la jurisprudence européenne et britannique et dans d’autres sources, la jugeant imprécise. Selon elle, ce critère présentait des difficultés (au paragraphe 274 des motifs) lorsque l’on avait affaire à une opération militaire multinationale parce qu’il avait pour effet de créer une mosaïque de normes juridiques nationales, différentes les unes des autres, appliquées aux détenus afghans dans les diverses régions du pays. Elle a préféré adopter le critère fondé sur le consentement, issu de l’arrêt *Hape*, par lequel elle était liée (au paragraphe 294 des motifs).

[35] Ce faisant, la juge des requêtes n’a pas commis d’erreur.

### Conclusion

[36] Je conclus que la juge des requêtes n’a commis aucune erreur dans les réponses qu’elle a données aux deux questions qui lui ont été présentées. La Charte ne s’applique pas aux situations visées par ces questions. Aucun vide juridique n’est ainsi « créé », compte tenu du fait que le droit international humanitaire s’applique. La juge des requêtes tire à juste titre la conclusion suivante (au paragraphe 64 des motifs) :

Avant d’autoriser le transfèrement aux autorités afghanes, le général Laroche doit être convaincu qu’il n’existe aucun motif sérieux de croire qu’il existe un risque réel qu’une fois remis aux autorités afghanes, le prisonnier sera exposé à un risque de torture ou de mauvais traitements.

[37] The Canadian Civil Liberties Association appeared as intervener in this case. After considering their submissions, my conclusions remain the same.

[38] This appeal will be dismissed with the respondents' costs awarded against the appellants.

RICHARD C.J.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

[37] L'Association canadienne des libertés civiles a comparu à titre d'intervenante dans la présente affaire. J'ai examiné les arguments de l'organisme, mais mes conclusions demeurent inchangées.

[38] L'appel est rejeté, les appelantes étant condamnées à payer les dépens des intimés.

LE JUGE EN CHEF RICHARD : Je suis d'accord.

LE JUGE NOËL J.C.A. : Je suis d'accord.