

A-260-10  
2010 FCA 199

A-260-10  
2010 CAF 199

**The Prime Minister of Canada, the Minister of Foreign Affairs and the Minister of Justice** (*Appellants*) (*Respondents*)

**Le premier ministre du Canada, le ministre des Affaires étrangères et le ministre de la Justice** (*appelants*) (*défendeurs*)

v.

c.

**Omar Ahmed Khadr** (*Respondent*) (*Applicant*)

**Omar Ahmed Khadr** (*intimé*) (*demandeur*)

and

et

**The Prime Minister of Canada and the Minister of Foreign Affairs** (*Appellants*) (*Respondents*)

**Le premier ministre du Canada et le ministre des Affaires étrangères** (*appelants*) (*défendeurs*)

v.

c.

**Omar Ahmed Khadr** (*Respondent*) (*Applicant*)

**Omar Ahmed Khadr** (*intimé*) (*demandeur*)

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

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

Federal Court of Appeal, Blais C.J.—By teleconference, July 16; Ottawa, July 22, 2010.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Blais—Par téléconférence, 16 juillet; Ottawa, 22 juillet 2010.

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Motion for stay of enforcement of Federal Court decision declaring respondent, facing U.S. military commission, entitled to procedural fairness, natural justice in Canada's process of determining remedy for breach of rights under Charter, s. 7 — Federal Court ordering, inter alia, that appellants advance potential remedy until breach cured — Federal Court retaining jurisdiction to impose remedy — Appellants meeting RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) tripartite test — Federal Court power to supervise exercise of Crown prerogative, impose remedy serious question, causing irreparable harm to appellants — Balance of convenience favouring appellants — Motion granted.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Requête en vue d'obtenir un sursis à l'exécution du jugement de la Cour fédérale déclarant que l'intimé, qui faisait face à une commission militaire aux États-Unis, a droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle dans le cadre de la démarche prise par le Canada afin de choisir une mesure de réparation pour sa violation des droits garantis par l'art. 7 de la Charte — La Cour fédérale a notamment statué que les appelants doivent proposer une mesure de réparation correctrice jusqu'à ce que la violation ait été corrigée — La Cour fédérale a conservé la compétence pour imposer une mesure de réparation — Les appelants satisfaisaient au critère à trois volets établi dans l'arrêt RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) — Le pouvoir de la Cour fédérale de superviser l'exercice de la prérogative de la Couronne et d'imposer une ligne de conduite relativement à une question sérieuse causerait un préjudice irréparable aux appelants — La balance des inconvénients favorise les appelants — Requête accueillie.*

*Crown — Prerogatives — Federal Court declaring respondent entitled to procedural fairness, natural justice in Canada's process of determining remedy for Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 breach — Federal Court not having power to impose such remedy — Power to*

*Couronne — Prérrogatives — La Cour fédérale a statué que l'intimé a droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle dans le cadre de la démarche prise par le Canada afin de choisir une mesure de réparation pour sa violation de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — La*

*supervise Crown's prerogative affront to division of powers — Compliance with Federal Court decision resulting in improper interference in conduct of foreign relations — Harmful to appellants if Crown's discretionary power usurped by judiciary.*

This was a motion for a stay of enforcement of a Federal Court decision declaring that the respondent, who faced conviction before a U.S. military commission based partly on information obtained unconstitutionally, is entitled to procedural fairness and natural justice in Canada's process of determining a remedy for the breach of the respondent's rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The Federal Court ordered, *inter alia*, that the appellants must advise the respondent of all untried remedies that would cure or ameliorate the section 7 breach, and that Canada must advance a potential curative remedy until the breach has been cured or ameliorated. In addition, the Federal Court retained jurisdiction to determine whether a proposed remedy is potentially effective, to impose a remedy if an effective one has not been implemented within a reasonable time, and to amend the time provided in taking any step to cure the section 7 breach.

*Held*, the motion should be granted.

The appellants succeeded in meeting the tripartite test established in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*. A serious question was raised in determining whether the Federal Court has the power to “supervise” the exercise of the Crown's prerogative and dictate a specific course of action under the particular circumstances herein. In light of the Supreme Court's decision in *Canada (Prime Minister) v. Khadr (Khadr II)*, it is not certain that the Federal Court effectively has the power to impose a remedy. The appellants' claims are therefore serious and are neither vexatious nor frivolous. The appellants will also suffer irreparable harm if a stay is not granted. The power to “supervise” the exercise of the Crown's prerogative is an affront to the division of powers that would cause the appellants irreparable harm. This is especially so when any action that could cure the respondent's Charter breach would require the appellants to take some kind of diplomatic action. Should the appellants comply with the Federal Court decision, the balance between the executive and the courts as described in *Khadr II* would result in improper interference in the conduct of foreign relations. Finally, there are safeguards against

*Cour fédérale n'a pas le pouvoir d'imposer une telle mesure de réparation — Le pouvoir de superviser la prérogative de la Couronne constitue un affront au partage des compétences — L'observation du jugement de la Cour fédérale donne lieu à une ingérence indue dans la conduite des relations étrangères — Les appelants subiraient un préjudice si le pouvoir discrétionnaire de la Couronne devait être usurpé par les tribunaux.*

Il s'agissait d'une requête en vue d'obtenir un sursis à l'exécution du jugement de la Cour fédérale déclarant que l'intimé, qui faisait face à une condamnation devant une commission militaire aux États-Unis fondée en partie sur des renseignements obtenus inconstitutionnellement, a droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle dans le cadre de la démarche prise par le Canada afin de choisir une mesure de réparation pour sa violation des droits garantis à l'intimé par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La Cour fédérale a notamment statué que les appelants doivent aviser l'intimé des mesures de réparation qui pourraient corriger ou pallier la violation des droits garantis par l'article 7, et que le Canada doit proposer une mesure de réparation correctrice jusqu'à ce que la violation ait été corrigée ou atténuée. En outre, la Cour fédérale reste compétente pour déterminer si une mesure de redressement proposée pourrait être efficace, pour imposer une mesure de réparation si une mesure de réparation n'a pas été mise en œuvre en temps utile et pour modifier le délai prévu pour la prise de toute mesure pour corriger la violation des droits garantis par l'article 7.

*Arrêt* : la requête doit être accueillie.

Les appelants ont satisfait au critère à trois volets établi dans l'arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*. Une question sérieuse a été soulevée dans le cadre de la détermination de la question de savoir si la Cour fédérale a le pouvoir de « superviser » l'exercice de la prérogative de la Couronne et de dicter une ligne de conduite précise dans les circonstances particulières de l'espèce. Compte tenu de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Canada (Premier ministre) c. Khadr (Khadr II)*, la Cour n'était pas convaincue que la Cour fédérale a effectivement le pouvoir d'imposer une mesure de réparation. Les demandes des appelants sont donc sérieuses et ne sont ni futiles ni vexatoires. En outre, les appelants subiront aussi un préjudice irréparable si un sursis n'est pas accordé. Le pouvoir de « superviser » l'exercice de la prérogative de la Couronne constitue un affront au partage des compétences qui causerait un préjudice irréparable. Cela est d'autant plus vrai lorsque toute mesure susceptible de remédier à la violation de la Charte de l'intimé obligerait les appelants à entreprendre une action diplomatique quelconque. Si les appelants se conforment au jugement de la Cour fédérale, l'équilibre entre le

the admission of improperly obtained evidence in U.S. military commission proceedings. On the other hand, the harm to the appellants would be unequivocal if the Crown's discretionary power in foreign affairs and national security were usurped by the judiciary. Therefore, when balancing the constitutional responsibility of the executive to make decisions on matters of foreign affairs with the potential harm suffered by the respondent if the Federal Court decision is not enforced, the balance of convenience and the interest of justice favour the appellants.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*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], s. 24(1).  
*Military Commissions Act of 2009*, Pub. L. 111-84, 124 Stat. 2574.

#### CASES CITED

##### 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; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, 315 D.L.R. (4th) 1, 251 C.C.C. (3d) 435.

##### CONSIDERED:

*Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 405, [2010] 1 F.C.R. 34, 188 C.R.R. (2d) 342, 341 F.T.R. 300; *Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FCA 246, [2010] 1 F.C.R. 73, 310 D.L.R. (4th) 462, 195 C.R.R. (2d) 72; *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 1988 CanLII 1423, 6 Imm. L.R. (2d) 123, 86 N.R. 302 (F.C.A.).

##### REFERRED TO:

*Fox v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 346, 397 N.R. 222.

MOTION for a stay of enforcement of a Federal Court decision (2010 FC 715, [2010] 4 F.C.R. 36, 321 D.L.R. (4th) 413, 10 Admin. L.R. (5th) 99) declaring that the respondent is entitled to procedural fairness and natural justice in Canada's process of determining a remedy for the breach of the respondent's rights under section 7 of

le pouvoir exécutif et les tribunaux décrit dans l'arrêt *Khadr II* donnera lieu à une ingérence indue dans la conduite des relations étrangères. Enfin, il y a des garanties contre l'admission d'éléments de preuve obtenus par des moyens irréguliers dans les instances tenues devant une commission militaire. Le préjudice des appelants, par contre, serait sans équivoque si le pouvoir discrétionnaire de la Couronne en matière d'affaires étrangères et de sécurité nationale devait être usurpé par les tribunaux. Par conséquent, lorsque la Cour doit soupeser la responsabilité constitutionnelle de prendre des décisions en matière d'affaires étrangères et le préjudice que pourrait subir l'intimé si le jugement de la Cour fédérale n'était pas exécuté, la balance des inconvénients et l'intérêt de la justice favorise les appelants.

#### 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. 24(1).  
*Military Commissions Act of 2009*, Pub. L. 111-84, 124 Stat. 2574.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Khadr c. Canada (Premier ministre)*, 2009 CF 405, [2010] 1 R.C.F. 34; *Khadr c. Canada (Premier ministre)*, 2009 CAF 246, [2010] 1 R.C.F. 73; *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 1988 CanLII 1423 (C.A.F.).

##### DÉCISION CITÉE :

*Fox c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 346.

REQUÊTE en vue d'obtenir un sursis à l'exécution du jugement de la Cour fédérale (2010 CF 715, [2010] 4 R.C.F. 36) déclarant que l'intimé a droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle dans le cadre de la démarche prise par le Canada afin de choisir une mesure de réparation pour sa violation des droits garantis à

the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Motion allowed.

l'intimé par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Requête accueillie.

#### APPEARANCES

*Doreen C. Mueller* for appellants.  
*Nathan J. Whitling* and *Dennis Edney* for respondent.

#### ONT COMPARU

*Doreen C. Mueller* pour les appelants.  
*Nathan J. Whitling* et *Dennis Edney* pour l'intimé.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants.  
*Parlee McLaws LLP*, Edmonton, for respondent.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour les appelants.  
*Parlee McLaws LLP*, Edmonton, pour l'intimé.

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

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

[1] BLAIS C.J.: This is an application by the Prime Minister of Canada, the Minister of Foreign Affairs and the Minister of Justice (the appellants) seeking a stay of enforcement of the judgment of Justice Zinn, dated July 5, 2010 (2010 FC 715, [2010] 4 F.C.R. 36) pending conclusion of the appeal.

[1] LE JUGE EN CHEF BLAIS : Il s'agit d'une demande présentée par le premier ministre du Canada, le ministre des Affaires étrangères et le ministre de la Justice (les appelants) en vue d'obtenir un sursis à l'exécution du jugement du juge Zinn, daté du 5 juillet 2010 (2010 CF 715, [2010] 4 R.C.F. 36), en attendant l'issue de l'appel.

[2] The appellants have filed and served a notice of appeal of Justice Zinn's judgment on July 12, 2010.

[2] Les appelants ont déposé et signifié un avis d'appel à l'égard du jugement du juge Zinn le 12 juillet 2010.

#### RELEVANT FACTS

#### FAITS PERTINENTS

[3] The factual background was not in dispute before the trial Judge and is not either in dispute before the Court of Appeal. Mr. Khadr (the respondent) has adopted the summary of facts reflected in the trial Judge's reasons for judgment (paragraphs 2 to 34); so do I.

[3] Le contexte factuel n'était pas contesté devant le juge de première instance et ne l'est pas non plus devant la Cour d'appel. M. Khadr (l'intimé) a adopté le résumé des faits figurant dans les motifs du jugement du juge de première instance (paragraphes 2 à 34), et moi aussi.

[4] To succeed, the appellants must meet the tripartite test established in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311 (*RJR — MacDonald*), at page 334:

[4] Pour avoir gain de cause, les appelants doivent satisfaire au critère à trois volets établi dans l'arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311 (*RJR — MacDonald*), à la 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

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

as to which of the parties would suffer greater harm from the granting or refusal of the remedy pending a decision on the merits. It may be helpful to consider each aspect of the test and then apply it to the facts presented in these cases.

[5] Before applying the tripartite test to the present case, it is useful to quickly review the most recent steps taken in this file since January 2010.

[6] In reviewing the judgment rendered by Justice O'Reilly (*Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 405, [2010] 1 F.C.R. 34) that ordered that the Canadian government [at paragraph 92] “must present a request to the United States for Mr. Khadr’s repatriation to Canada as soon as practicable”, the Supreme Court of Canada (*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44 (*Khadr II*)) held, at paragraphs 39, 44 and 47:

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

...

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

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. Il peut être utile d’examiner chaque aspect du critère et de l’appliquer ensuite aux faits en l’espèce.

[5] Avant d’appliquer le critère à trois volets à l’espèce, il est utile de passer rapidement en revue les mesures les plus récentes prises dans le présent dossier depuis janvier 2010.

[6] En examinant le jugement rendu par le juge O’Reilly (*Khadr c. Canada (Premier ministre)*, 2009 CF 405, [2010] 1 R.C.F. 34) qui a ordonné au gouvernement canadien de [au paragraphe 92] « demander le plus tôt possible aux États-Unis de rapatrier M. Khadr », la Cour suprême du Canada (*Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44 (*Khadr II*)) a statué ceci, aux paragraphes 39, 44 et 47 :

Nous estimons tout d’abord que la réparation ordonnée par les juridictions d’instances inférieures accorde un poids insuffisant à la responsabilité constitutionnelle de l’exécutif de prendre des décisions concernant les affaires étrangères dans le contexte de circonstances complexes et en fluctuation constante, en tenant compte des intérêts nationaux plus larges du Canada. Pour les motifs suivants, nous concluons que la réparation appropriée consiste, d’une part, à déclarer que, selon le dossier dont la Cour est saisie, le Canada a porté atteinte aux droits garantis à M. Khadr par l’art. 7, et, d’autre part, à laisser au gouvernement le soin de décider de quelle manière il convient de répondre au présent arrêt à la lumière de l’information dont il dispose actuellement et de sa responsabilité en matière d’affaires étrangères et ce, en conformité avec la *Charte*.

[...]

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

the diplomatic steps necessary to address the breaches of Mr. Khadr's Charter rights.

...

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

[7] Following that Supreme Court of Canada judgment rendered on January 29, 2010, the Canadian government on February 16, 2010, sent a diplomatic note to the Government of the United States requesting that it not use any of the information provided to it by Canada in its prosecution of Mr. Khadr.

[8] The Government of the United States responded to the Canadian note by a diplomatic note dated April 27, 2010:

The Department of State has provided the referenced Diplomatic note to the Department of Defense Office of Military Commissions prosecutors in Mr. Khadr's case. In presenting their case, these prosecutors will be governed by the Military Commissions Act of 2009 (MCA), specifically MCA § 948r, which provides safeguards against the admission in military commission proceedings of evidence obtained through improper means.

Relevant safeguards include the exclusion of all statements obtained by torture or cruel, inhuman, or degrading treatment, "except against a person accused of torture or such treatment as evidence that the statement was made." MCA § 948r(a). Other statements of the accused may be admitted in evidence only if the military judge finds "that the totality of the circumstances renders the statement reliable and possessing sufficient probative value; and that — (A) the statement was made incident to lawful conduct during military operations at the point of capture or during closely related active combat engagement, and the interests of justice would best be served by admission

tribunaux ne sont pas véritablement en mesure de trancher. » Dans les circonstances, il ne serait donc pas opportun que la Cour donne des directives quant aux mesures diplomatiques qu'il faudrait prendre pour remédier aux violations des droits de l'intimé garantis par la *Charte*.

[...]

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

[7] À la suite de ce jugement de la Cour suprême du Canada rendu le 29 janvier 2010, le gouvernement canadien, le 16 février 2010, a envoyé au gouvernement des États-Unis une note diplomatique lui demandant de ne pas utiliser les renseignements qui lui ont été fournis par le Canada dans sa poursuite contre M. Khadr.

[8] Le gouvernement des États-Unis a répondu à la note canadienne par une note diplomatique datée du 27 avril 2010 :

[TRADUCTION] Le Département d'État a fourni la note diplomatique évoquée au Bureau des procureurs des commissions militaires du département de la Défense concernant l'affaire de M. Khadr. Lorsqu'ils présenteront leur preuve, ces procureurs seront régis par la *Military Commissions Act of 2009* (la MCA), plus précisément par la MCA § 948r, qui prévoit des garanties contre l'admission d'éléments de preuve obtenus par des moyens irréguliers dans les instances tenues devant une commission militaire.

Les garanties visées incluent l'exclusion de toutes les déclarations obtenues par la torture, ou par des traitements cruels, inhumains ou dégradants, « sauf contre une personne accusée de torture ou d'avoir infligé de tel traitement en tant que preuve que la déclaration a été faite ». MCA, § 948r(a). Les autres déclarations de l'accusé peuvent être admises en preuve seulement si le juge militaire conclut « que l'ensemble des circonstances fait en sorte que la déclaration est fiable et a une valeur probante suffisante; et que — (A) la déclaration découle indirectement d'une conduite licite dans le cadre d'opérations militaires au moment de la capture, ou dans le cadre d'une

of the statement into evidence; or (B) the statement was voluntarily given.” MCA § 948r(c).

[9] Finally, to keep the situation in context, I will reproduce the judgment of Justice Zinn dated July 5, 2010:

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS that:

1. These applications are allowed;
2. The Court declares that Mr. Khadr is entitled to procedural fairness and natural justice in Canada’s process of determining a remedy for its breach of Mr. Khadr’s section 7 Charter rights in that (a) he is entitled to know what alternative remedies Canada is considering, if any, and (b) he is entitled to provide written submissions to Canada as to other potential remedies and as to whether, in his view, those being considered by Canada are potential remedies that will cure or ameliorate its breach;
3. The respondents are to advise the applicant within seven days of the date of this judgment of all untried remedies that it maintains would potentially cure or ameliorate its breach of Mr. Khadr’s Charter rights as has been determined by the Supreme Court of Canada in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44;
4. The applicant shall have seven days after receiving the respondents’ advice as to potential remedies to provide the respondents with his written submissions as to other potential remedies that may cure or ameliorate the breach of his Charter rights, and as to whether those being considered by Canada, in his view, are potential remedies that may cure or ameliorate the breach;
5. I retain jurisdiction to amend, at any time, the time provided herein for the taking of any step if satisfied that the time that has been provided is too brief for a party to fully and appropriately provide the information required or take the steps ordered;
6. Following the procedural fairness process described herein, Canada is to advance a potential curative remedy as soon thereafter as is reasonably practicable and to continue advancing potential curative remedies until the breach has been

bataille étroitement liée à la déclaration, et que l’intérêt de la justice serait mieux servi par l’admission de la déclaration en preuve; ou (B) la déclaration a été faite de manière volontaire ». MCA, § 948r(c).

[9] Enfin, pour remettre la situation dans son contexte, je reproduis le jugement du juge Zinn daté du 5 juillet 2010 :

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. Les présentes demandes sont accueillies.
2. La Cour déclare que M. Khadr a droit à l’équité procédurale et à la justice naturelle dans le cadre de la démarche prise par le Canada afin de choisir une mesure de réparation pour sa violation des droits garantis à M. Khadr par l’article 7 de la Charte, en ce sens où a) il a le droit de savoir quelles autres mesures de réparation le Canada envisage, le cas échéant, et b) il a le droit de présenter des observations écrites au Canada concernant d’autres mesures de réparation possibles, ainsi que son avis sur la question de savoir si les mesures de réparation envisagée[s] par le Canada permettraient de corriger ou de pallier la violation.
3. Les défendeurs doivent aviser le demandeur, dans les sept jours de la date du présent jugement, des mesures de réparation qui, à leur avis, pourraient corriger ou pallier la violation des droits de M. Khadr garantis par la Charte, selon ce qu’a conclu la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Canada (Premier Ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44.
4. Le demandeur a sept jours, à compter de la réception de l’avis des défendeurs au sujet des mesures de réparation éventuelles, pour leur fournir ses observations écrites concernant d’autres mesures de réparations qui pourraient corriger ou pallier la violation de ses droits garantis par la Charte, ainsi que son avis sur la question de savoir si les mesures de réparation envisagées par le Canada pourraient éventuellement corriger ou pallier la violation.
5. Je reste compétent pour modifier, en tout temps, le délai prévu aux présentes pour la prise de toute mesure, si je suis convaincu que le délai accordé est trop court pour qu’une partie puisse pleinement et correctement fournir l’information ou prendre les mesures nécessaires.
6. À la suite du processus concernant l’équité procédurale décrit ci-dessus, le Canada doit proposer une mesure de réparation correctrice dès que les circonstances le permettent, et continuer de proposer des mesures de réparation correctrices

cured or all such potential curative remedies have been exhausted, following which it is to advance potential ameliorative remedies until such time as the breach has been reasonably ameliorated or all such remedies have been exhausted;

7. I retain jurisdiction to determine whether a remedy proposed is potentially an effective remedy, should the parties be unable to agree;

8. I retain jurisdiction to impose a remedy if, after the process described herein, Canada has not implemented an effective remedy within a reasonably practicable period of time; and

9. The applicant is entitled to his costs for two counsel at the high end of Column IV.

## ANALYSIS

### *Serious issue*

[10] The Supreme Court of Canada held in *RJR — MacDonald*, at page 337:

What then are the indicators of “a serious question to be tried”? There are no specific requirements which must be met in order to satisfy this test. The threshold is a low one. The judge on the application must make a preliminary assessment of the merits of the case.

[11] There is no doubt in my mind that this case meets the first part of the test. As mentioned by the appellants, at paragraph 24 of their written representations, “[t]his appeal raises several important legal and jurisdictional issues which include the interaction between administrative law remedies and remedies under the *Charter* and the extent of the court’s ability to supervise the government’s response to a declaration issued by the SCC as a section 24(1) remedy against government” (see also the notice of appeal issued July 12, 2010).

[12] To the contrary, the respondent contends that the appellants’ arguments are “strictly limited to the correctness of a discretionary remedy granted by Justice Zinn pursuant to s. 24(1) of the *Charter*” (respondent’s response, at paragraph 21). I do not think this is the case.

jusqu’à ce que la violation ait été corrigée, ou que de telles possibles mesures de réparation aient été épuisées, à la suite de quoi il proposera des mesures de réparation visant à pallier la violation, jusqu’à ce que celle-ci ait été suffisamment atténuée ou que de telles mesures aient toutes été épuisées.

7. Je reste compétent pour déterminer si une mesure de redressement proposée pourrait être efficace, au cas où les parties n’arrivaient [*sic*] pas à s’entendre sur cette question.

8. Je reste compétent pour imposer une mesure de réparation si, après le processus décrit ci-dessus, le Canada n’a pas mis en œuvre une mesure de réparation efficace en temps utile.

9. Le demandeur a droit à ses dépens pour deux avocats, selon l’échelon supérieur de la colonne IV.

## ANALYSE

### *Question sérieuse*

[10] La Cour suprême du Canada a statué ceci à la page 337 de l’arrêt *RJR — MacDonald* :

Quels sont les indicateurs d’une «question sérieuse à juger»? Il n’existe pas d’exigences particulières à remplir pour satisfaire à ce critère. Les exigences minimales ne sont pas élevées. Le juge saisi de la requête doit faire un examen préliminaire du fond de l’affaire.

[11] Il n’y a aucun doute dans mon esprit que la présente affaire satisfait au premier volet du critère. Comme le mentionnent les appelants au paragraphe 24 de leurs observations écrites [TRADUCTION] « [l]e présent appel soulève plusieurs questions de droit et de compétence importantes dont celles de l’interaction entre les réparations fondées sur le droit administratif et les réparations fondées sur la *Charte* et de la capacité de la Cour de superviser la réponse du gouvernement à un jugement déclaratoire rendu par la CSC à titre de réparation fondée sur le paragraphe 24(1) à l’encontre du gouvernement » (voir également l’avis d’appel émis le 12 juillet 2010).

[12] L’intimé soutient au contraire que les arguments des appelants [TRADUCTION] « se limitent strictement au bien-fondé de la réparation discrétionnaire accordée par le juge Zinn en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte* » (paragraphe 21 de la réponse de l’intimé). Je ne pense



The issue here is much more complex and the characterization by the appellants quoted above is much more accurate.

[13] In my view, this case does raise many serious issues, including the kind of review (if any) that should be done by a Federal Court judge sitting on judicial review of the government's discretionary response to a declaratory relief granted by the Supreme Court under subsection 24(1) of the Charter [*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 appellants are correct that Justice Zinn's order results in a kind of judicial supervision over any diplomatic action that Canada may take in relation to the respondent. It is even more surprising that this supervision over the remedies chosen by the Crown stems from an application for judicial review for issues of procedural fairness and natural justice.

[14] I find that determining whether Justice Zinn has the power to "supervise" the exercise of the Crown's prerogative and even dictate a specific course of action under the particular circumstances of this case raises a serious question. Furthermore, in light of the Supreme Court's decision in *Khadr II* (particularly paragraphs 36, 46 and 47), I am not at all convinced that Justice Zinn does effectively have the power to "impose a remedy" (see paragraph 8 of Justice Zinn's order). Therefore, the appellants' arguments are not devoid of any merit. In other words, the appellants' claims are serious questions and are neither "vexatious nor frivolous" (*RJR-MacDonald*, at page 337).

#### *Irreparable harm*

[15] The second element of the test is more complex (*RJR — MacDonald*, at page 341):

"Irreparable" refers to the nature of the harm suffered rather than its magnitude. It is harm which either cannot be

pas que ce soit le cas. La question qui se pose en l'espèce est beaucoup plus complexe et la qualification des appelants citée ci-dessus est beaucoup plus juste.

[13] À mon avis, la présente affaire soulève effectivement plusieurs questions sérieuses, dont celle de savoir quel genre d'examen (le cas échéant) doit être effectué par un juge de la Cour fédérale saisi du contrôle judiciaire de la réponse discrétionnaire du gouvernement à une réparation de nature déclaratoire accordée par la Cour suprême en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte [*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]]. Les appelants ont raison de dire que l'ordonnance du juge Zinn donne lieu à une sorte de supervision judiciaire de toute action diplomatique que le Canada pourrait entreprendre à l'égard de l'intimé. Ce qui est encore plus surprenant, c'est que cette supervision des réparations choisies par la Couronne découle d'une demande de contrôle judiciaire en matière d'équité procédurale et de justice naturelle.

[14] J'estime que le fait de déterminer si le juge Zinn a le pouvoir de « superviser » l'exercice de la prérogative de la Couronne, voire même de dicter une ligne de conduite précise dans les circonstances particulières de l'espèce, soulève une question sérieuse. En outre, compte tenu de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Khadr II* (particulièrement aux paragraphes 36, 46 et 47), je ne suis pas du tout convaincu que le juge Zinn a effectivement le pouvoir d'« imposer une mesure de réparation » (voir paragraphe 8 de l'ordonnance du juge Zinn). Les arguments des appelants ne sont donc pas dénués de tout fondement. En d'autres termes, les demandes des appelants sont des questions sérieuses et ne sont « ni futile[s] ni vexatoire[s] » (*RJR — MacDonald*, à la page 337).

#### *Préjudice irréparable*

[15] Le second volet du critère est plus complexe (*RJR — MacDonald*, à la page 341) :

Le terme « irréparable » a trait à la nature du préjudice subi plutôt qu'à son étendue. C'est un préjudice qui ne peut être

quantified in monetary terms or which cannot be cured, usually because one party cannot collect damages from the other.

...

The assessment of irreparable harm in interlocutory applications involving *Charter* rights is a task which will often be more difficult than a comparable assessment in a private law application. One reason for this is that the notion of irreparable harm is closely tied to the remedy of damages, but damages are not the primary remedy in *Charter* cases.

[16] To meet the second part of the test, the appellants must persuade the Court that it will suffer irreparable harm if the relief is not granted.

[17] Perhaps simply providing a list of possible remedies, as ordered by Justice Zinn, at paragraph 3 of his order, would not necessarily cause irreparable harm; however, the distinction between providing Mr. Khadr with a list of remedies and actually implementing those remedies is a superficial one. In practice, providing a list of remedies that they do not intend on applying would be worthless to Mr. Khadr. If the appellants had other useful remedies they were willing to explore, they would most likely have suggested them to the respondent or to the United States instead of requesting a stay. It seems to me that this appeal and motion to stay are clear indicators that the appellants feel they have done, at least for now, all that is appropriate. Asking the appellants to come up with a list of remedies they do not intend on implementing or do not think they should be obliged to implement is not reasonable. Perhaps even more problematic is the idea that they should have to ask Justice Zinn to “impose” the remedy he finds appropriate before being allowed to request a stay.

[18] Regarding the possible untried remedies, we should remember the enumeration of steps taken by the Government of Canada to protect Mr. Khadr from the time it learned of his arrest in Afghanistan. See paragraph 88 of Justice Nadon’s dissenting reasons (*Khadr*

quantifié du point de vue monétaire ou un préjudice auquel il ne peut être remédié, en général parce qu’une partie ne peut être dédommée par l’autre.

[...]

L’appréciation du préjudice irréparable dans le cas de demandes interlocutoires concernant des droits garantis par la *Charte* est une tâche qui sera habituellement plus difficile qu’une appréciation comparable dans le cas d’une demande en matière de droit privé. Une des raisons en est que la notion de préjudice irréparable est étroitement liée à la réparation que sont les dommages-intérêts, lesquels ne constituent pas la principale réparation dans les cas relevant de la *Charte*.

[16] Pour satisfaire au second volet du critère, les appelants doivent convaincre la Cour qu’ils subiront un préjudice irréparable si le redressement n’est pas accordé.

[17] Le simple fait de fournir une liste des mesures de réparation possibles, comme l’a ordonné le juge Zinn au paragraphe 3 de son ordonnance, ne causerait probablement pas nécessairement un préjudice irréparable, mais la différence entre le fait de fournir à M. Khadr une liste de réparations et le fait de vraiment procéder à la mise en œuvre de ces réparations est légère. En pratique, le fait de fournir une liste de mesures de réparation qu’ils n’ont pas l’intention d’appliquer n’aurait aucune valeur pour M. Khadr. Si les appelants étaient disposés à envisager d’autres mesures de réparation utiles, ils les auraient fort probablement proposées à l’intimé ou aux États-Unis plutôt que de demander un sursis. Il me semble que le présent appel et la présente demande de sursis indiquent clairement que les appelants pensent avoir fait, du moins pour l’instant, tout ce qui était indiqué. Demander aux appelants d’imaginer une liste de mesures de réparation qu’ils n’ont pas l’intention de mettre en œuvre ou ne pensent pas devoir être obligés de mettre en œuvre n’est pas raisonnable. Ce qui est peut-être encore plus problématique, c’est l’idée qu’ils doivent demander au juge Zinn d’« imposer » la réparation qu’il juge appropriée avant de pouvoir demander un sursis.

[18] Quant aux mesures de réparation possibles, il faut se rappeler l’énumération des mesures que le gouvernement du Canada a prises pour protéger M. Khadr à compter du moment où il a appris son arrestation en Afghanistan. Voir le paragraphe 88 des motifs dissidents

v. *Canada (Prime Minister)*, 2009 FCA 246, [2010] 1 F.C.R. 73):

I now turn to the steps taken by Canada to protect Mr. Khadr from the time it learned of his arrest in Afghanistan. At paragraphs 59 and 60 of its memorandum of fact and law, Canada sets out the various steps that it took to protect Mr. Khadr. As the facts which are related therein are not disputed by Mr. Khadr, it will be easier for me to reproduce them rather than attempt a summary thereof. Canada has outlined the steps taken in reference to a number of topics, namely, Mr. Khadr's youth, his need for medical care, his lack of education, his lack of access to consular access, his lack of access to legal counsel, his inability to challenge his detention or conditions of confinement at Guantánamo Bay in a court of law and his mistreatment by U.S. officials:

59. ...

a. The Respondent's youth [the Respondent is Mr. Khadr]

- In 2002 Canada asked the US not to transfer the Respondent to Guantanamo Bay given his age.
- After the respondent was transferred to Guantanamo Bay, Canada again expressed concern to the US that consideration be given to his age in his detention, requesting urgent consideration be given to having him transferred to a facility for juvenile enemy combatants.

b. The Respondent's need for medical care:

- Canadian interviewers asked that the Respondent be seen by a medic or doctor in February 2003.
- Later in 2003, Canada sought assurances that the Respondent was receiving adequate medical attention.
- On several occasions in 2005 and 2006, Canada requested that the Respondent be provided with an independent medical assessment. Continued communication with US authorities through welfare visits allowed Canadian officials to follow upon on various medical and dental issues for the Respondent.

du juge Nadon (*Khadr c. Canada (Premier ministre)*, 2009 CAF 246, [2010] 1 R.C.F. 73) :

Je passe maintenant aux mesures qu'a prises le Canada pour protéger M. Khadr à partir du moment où il a été informé de son arrestation en Afghanistan. Aux paragraphes 59 et 60 de son mémoire, le Canada relate les diverses mesures qu'il a prises pour protéger M. Khadr. Comme les faits qui y sont exposés ne sont pas contestés par M. Khadr, il sera plus facile pour moi de les reproduire plutôt que de tenter de les résumer. Le Canada a relaté les démarches qui ont été entreprises en les regroupant par objet, à savoir, le jeune âge de M. Khadr, les soins médicaux dont il avait besoin, son manque d'instruction, le fait qu'il n'avait pas accès à des services consulaires ou à un avocat, son incapacité à contester sa détention ou ses conditions de détention à la prison de la baie de Guantánamo devant une cour de justice et, enfin, les mauvais traitements qu'il a subis de la part des autorités américaines :

[TRADUCTION]

59. [...]

a. Le jeune âge de l'intimé [l'intimé est M. Khadr]

- En 2002, le Canada a demandé aux États-Unis de ne pas transférer l'intimé à Guantánamo en raison de son âge.
- Après que l'intimé eut été transféré à Guantánamo, le Canada a de nouveau exprimé ses préoccupations aux États-Unis, demandant que l'on tienne compte du jeune âge de l'intimé lors de sa détention, et demandant que l'on envisage de toute urgence de le transférer dans un établissement pour jeunes combattants ennemis.

b. Les soins médicaux dont l'intimé a besoin :

- Les représentants canadiens qui ont interrogé l'intimé ont demandé en février 2003 qu'il soit vu par un médecin.
- Plus tard en 2003, le Canada a réclamé des assurances que l'intimé recevait des soins médicaux adéquats.
- À plusieurs reprises en 2005 et en 2006, le Canada a demandé que l'intimé fasse l'objet d'une évaluation médicale indépendante. Les communications constantes échangées avec les autorités américaines par le biais des visites effectuées pour s'assurer du bien-être de l'intimé ont permis aux responsables

- canadiens d'assurer un suivi en ce qui concerne les problèmes médicaux et dentaires de l'intimé.
- c. The Respondent's lack of education:
- Through welfare visits, Canadian officials provided educational materials, books and magazines to the Respondent and attempted to facilitate the provision of educational opportunities to him in communications with US officials.
- d. The Respondent's lack of access to consular access:
- Although the US has refused consular access since 2002, Canada obtained permission to conduct regular "welfare visits" with the Respondent starting in March 2005 and has since conducted over 10 visits.
- e. The Respondent's lack of access to legal counsel:
- Canada expressed concerns to the US with regard to the adequacy of the Respondent's counsel of choice in 2005 and assisted his Canadian counsel in ultimately obtaining access to the Respondent.
- f. The Respondent's inability to challenge his detention or conditions of confinement in a court of law:
- a) On July 9, 2004, Canada advised the US of its expectation that the Respondent be provided with a judicial review of his detention by a regularly constituted court according all judicial guarantees in accordance with due process and international law.
  - b) In 2007, the US [adopted] a new Military Commission Act to address the concerns identified in *Hamdan v. Rumsfeld* [126 S.Ct. 2749 (2006)].
  - c) In 2008, the US Supreme Court confirmed in *Boumediene v. Bush* [553 U.S. 723 (2008) S.Ct. 2229] that detainees have the constitutional privilege of *habeas corpus*.
- g. The Respondent's presence in a remote prison with no family contact:
- Canada has facilitated communication with family members.
- c. Le manque d'instruction de l'intimé :
- Lors des visites effectuées pour s'assurer de son bien-être, les représentants canadiens ont remis à l'intimé des ouvrages éducatifs, des livres et des magazines et ont tenté, dans leurs communications avec les autorités américaines, de faciliter les possibilités pour l'intimé de poursuivre ses études.
- d. Le fait que l'intimé n'a pas accès à des services consulaires :
- Bien que les États-Unis refusent à l'intimé l'accès à des services consulaires depuis 2002, le Canada a obtenu la permission, depuis mars 2005, de se rendre auprès de l'intimé pour s'assurer de son bien-être et a procédé depuis à une dizaine de visites à cette fin.
- e. Le fait que l'intimé n'a pas accès aux services d'un avocat :
- Le Canada a exprimé aux États-Unis ses préoccupations au sujet de la justesse du choix de l'avocat de l'intimé en 2005 et a aidé son avocat canadien à finalement avoir accès à l'intimé.
- f. L'incapacité de l'intimé de contester en justice sa détention ou ses conditions de détention :
- a) Le 9 juillet 2004, le Canada a informé les États-Unis qu'il souhaitait que M. Khadr puisse faire contrôler la légalité de sa détention par un tribunal régulièrement constitué lui assurant toutes les garanties judiciaires d'une procédure régulière et toutes les garanties prévues par le droit international.
  - b) En 2007, les États-Unis ont adopté une nouvelle loi sur les commissions militaires en réponse aux préoccupations exprimées dans l'arrêt *Hamdan v. Rumsfeld* [126 S.Ct. 2749 (2006)].
  - c) En 2008, la Cour suprême des États-Unis a confirmé, dans l'arrêt *Boumediene v. Bush* [553 U.S. 723 (2008) S.Ct. 2229] que la Constitution reconnaissait aux détenus le droit à l'*habeas corpus*.
- g. La présence de l'intimé dans une prison éloignée, sans contact avec sa famille :
- Le Canada a facilité les communications de l'intimé avec les membres de sa famille.

60. In addition, with regard to the Respondent's mistreatment by US officials, Canada took a number of steps:

- a. Canada asked for and received assurances in 2003 that the Respondent was being treated humanely and in a manner consistent with the principles of the Third Geneva Convention of 1949.
- b. On June 7, 2004, Canada delivered a diplomatic note seeking assurances from the US that the treatment of detainees in Guantanamo Bay would be in accordance with international humanitarian law and human rights law.
- c. In January 2005, Canada sent a further diplomatic note reiterating its position that allegations of mistreatment should be investigated and perpetrators brought to justice.
- d. Canada followed up with another note in February 2005 expressing extreme concerns regarding allegations of abuse against the Respondent and requesting information regarding the allegations and assurances that [*sic*] is being treated humanely.
- e. In the initial welfare visit in March 2005, the DFAIT official asked US authorities specific questions in connection with adherence to the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners from the Office of the High Commissioner for Human Rights. Welfare visit reports from 2005 through 2008 reflect that the Respondent has generally been in good health.

[19] In my view, for a member of the judiciary to give himself the power to "supervise" the exercise of the Crown's prerogative in a context where the Supreme Court has recognized its limited role could be seen, in itself, as an affront to the division of powers that would cause irreparable harm. This is especially so when we consider that any action that could possibly cure the Charter breach would require the appellants to take some kind of diplomatic action.

[20] The appellants suggest that if they comply with the Federal Court judgment, the balance between the

60. Par ailleurs, en ce qui concerne les mauvais traitements que l'intimé a subis de la part des autorités américaines, le Canada a entrepris plusieurs démarches :

- a. Le Canada a réclamé et obtenu en 2003 des assurances que l'intimé était traité avec humanité et d'une manière compatible avec les principes énoncés dans la Troisième Convention de Genève de 1949.
- b. Le 7 juin 2004, le Canada a envoyé une note diplomatique réclamant des États-Unis des assurances que les détenus de la prison de Guantánamo seraient traités conformément au droit humanitaire international et au droit international des droits de la personne.
- c. En janvier 2005, le Canada a envoyé une autre note diplomatique réitérant sa position que les allégations de mauvais traitements devaient faire l'objet d'une enquête et que leurs auteurs devaient être traduits en justice.
- d. Le Canada a renouvelé ces démarches en envoyant en février 2005 une nouvelle note dans laquelle il se disait extrêmement préoccupé après avoir été mis au courant d'allégations de mauvais traitements de l'intimé. Dans cette note, il réclamait aussi des renseignements au sujet des allégations en question et l'assurance que l'intimé était traité avec humanité.
- e. La première fois qu'ils se sont rendus auprès de l'intimé pour s'assurer de son bien-être, en mars 2005, les représentants du MAECI ont posé aux autorités américaines des questions précises relativement au respect de l'Ensemble de règles minimales pour le traitement des détenus du Haut-Commissariat pour les droits de l'homme. Les visites effectuées de 2005 à 2008 ont permis de constater que l'intimé était en général en bonne santé.

[19] À mon avis, le fait qu'un membre de la magistrature se donne à lui-même le pouvoir de « superviser » l'exercice de la prérogative de la Couronne dans un contexte où la Cour suprême a reconnu son rôle limité pourrait être perçu en soi comme un affront au partage des compétences qui causerait un préjudice irréparable. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'on considère que toute mesure susceptible de remédier à la violation de la Charte obligerait les appelants à entreprendre une action diplomatique quelconque.

[20] Les appelants affirment que, s'ils se conforment au jugement de la Cour fédérale, l'équilibre entre le

executive and the courts described by the Supreme Court of Canada in its judgment will result in improper interference by the Court in the conduct of foreign relations, and that this harm cannot be reversed if the appellants are successful on appeal nor be compensated by damages; I agree.

[21] I have no hesitation to conclude that if a stay is not granted, the appellants will suffer irreparable harm.

#### *Balance of convenience*

[22] The Supreme Court of Canada in *RJR — MacDonald* held, at page 346:

In our view, the concept of inconvenience should be widely construed in *Charter* cases. In the case of a public authority, the onus of demonstrating irreparable harm to the public interest is less than that of a private applicant. This is partly a function of the nature of the public authority and partly a function of the action sought to be enjoined. The test will nearly always be satisfied simply upon proof that the authority is charged with the duty of promoting or protecting the public interest and upon some indication that the impugned legislation, regulation, or activity was undertaken pursuant to that responsibility. Once these minimal requirements have been met, the court should in most cases assume that irreparable harm to the public interest would result from the restraint of that action.

A court should not, as a general rule, attempt to ascertain whether actual harm would result from the restraint sought. To do so would in effect require judicial inquiry into whether the government is governing well, since it implies the possibility that the government action does not have the effect of promoting the public interest and that the restraint of the action would therefore not harm the public interest. The *Charter* does not give the courts a licence to evaluate the effectiveness of government action, but only to restrain it where it encroaches upon fundamental rights.

[23] In *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 1988 CanLII 1423, 6 Imm. L.R. (2d) 123 (F.C.A.), this Court noted that the balance of convenience requires determining “which party will suffer the greatest harm from the granting or refusal of the stay?” (more recently quoted by Justice Nadon in *Fox v.*

pouvoir exécutif et les tribunaux décrit par la Cour suprême du Canada dans son jugement donnera lieu à une ingérence indue de la Cour dans la conduite des relations étrangères, et que ce préjudice ne pourra être renversé si les appelants ont gain de cause en appel ni réparé par voie de dommages-intérêts; je suis d'accord.

[21] Je conclus sans hésitation que si un sursis n'est pas accordé, les appelants subiront un préjudice irréparable.

#### *Balance des inconvénients*

[22] La Cour suprême du Canada a dit ceci à la page 346 de l'arrêt *RJR — MacDonald* :

À notre avis, le concept d'inconvénient doit recevoir une interprétation large dans les cas relevant de la *Charte*. Dans le cas d'un organisme public, le fardeau d'établir le préjudice irréparable à l'intérêt public est moins exigeant que pour un particulier en raison, en partie, de la nature même de l'organisme public et, en partie, de l'action qu'on veut faire interdire. On pourra presque toujours satisfaire au critère en établissant simplement que l'organisme a le devoir de favoriser ou de protéger l'intérêt public et en indiquant que c'est dans cette sphère de responsabilité que se situent le texte législatif, le règlement ou l'activité contestés. Si l'on a satisfait à ces exigences minimales, le tribunal devrait, dans la plupart des cas, supposer que l'interdiction de l'action causera un préjudice irréparable à l'intérêt public.

En règle générale, un tribunal ne devrait pas tenter de déterminer si l'interdiction demandée entraînerait un préjudice réel. Le faire amènerait en réalité le tribunal à examiner si le gouvernement gouverne bien, puisque l'on se trouverait implicitement à laisser entendre que l'action gouvernementale n'a pas pour effet de favoriser l'intérêt public et que l'interdiction ne causerait donc aucun préjudice à l'intérêt public. La *Charte* autorise les tribunaux non pas à évaluer l'efficacité des mesures prises par le gouvernement, mais seulement à empêcher celui-ci d'empiéter sur les garanties fondamentales.

[23] Dans l'arrêt *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 1988 CanLII 1423 (C.A.F.), la Cour a indiqué que, selon le critère de la balance des inconvénients, il faut se demander « quelle partie subirait le plus grand préjudice en fonction de l'octroi ou du non-octroi du sursis? » (plus récemment cité par le

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 346, 397 N.R. 222, at paragraph 19).

[24] We have already detailed the irreparable harm that would be suffered by the appellants should the stay be granted in the previous section. Therefore, we will now look at the harm that could potentially be suffered by the respondent. Even though the parties discussed this in the “irreparable harm” part of their representations, *RJR — MacDonald*, at page 341 leads me to believe it should be dealt with in this part of the analysis.

[25] The trial of the respondent is set for August 10, 2010. Should this stay be granted, it would mean that the trial would begin without the appellants having taken any further steps. In fact, the trial would begin and maybe even end before this Court would have a chance to decide what (if any) further steps should be taken by the appellants. The rapidly evolving and particular nature of this case is one of the reasons why the Supreme Court expressly decided that the appellants should be the ones to craft the appropriate remedy.

[26] I do understand that the prospect of a conviction in front of a military commission that is based, at least partially, on information obtained unconstitutionally is not to be taken lightly. However, it is too hard at this point in time to even determine how the Canadian evidence might be used (if at all) in the U.S. trial and if remedies could potentially be available later on in the process.

[27] Some evidence collected by Canadian officials does in fact seem to have been discussed in a pre-trial motion brought by the defense to exclude statements made by the respondent to the U.S. officials. I have carefully reviewed the materials referring to the use of the videos at the pre-trial hearing. I have only a partial knowledge of what happened at that hearing on that motion, and I believe that I should be very cautious on the assessment of how and by whom the material was introduced before the U.S. Court. I don't know the final

juge Nadon dans l'arrêt *Fox c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 346, au paragraphe 19).

[24] Nous avons déjà décrit de façon détaillée le préjudice irréparable que subiraient les appelants en cas d'octroi du sursis dans la partie précédente. Nous allons donc maintenant examiner le préjudice que pourrait subir l'intimé. Même si les parties en ont discuté sous la rubrique « préjudice irréparable » de leurs observations, la page 341 de l'arrêt *RJR — MacDonald* m'amène à croire qu'il vaut mieux en traiter dans la présente partie de l'analyse.

[25] Le procès de l'intimé est prévu pour le 10 août 2010. Si le sursis était accordé, cela voudrait dire que le procès commencerait sans que les appelants aient pris d'autres mesures. En fait, le procès commencerait, et pourrait même se terminer, avant que la Cour ait eu la possibilité de décider quelles autres mesures (le cas échéant) devraient être prises par les appelants. Le caractère particulier et en constante évolution de la présente affaire figure parmi les raisons qui ont amené la Cour suprême à statuer expressément qu'il revenait aux appelants de façonner la réparation appropriée.

[26] Je comprends que la perspective d'une condamnation devant une commission militaire fondée, du moins partiellement, sur des renseignements obtenus inconstitutionnellement ne doit pas être prise à la légère. Toutefois, il est trop difficile, à ce moment-ci, de même déterminer comment la preuve canadienne pourrait être utilisée (le cas échéant) dans le procès américain et si des réparations pourraient être disponibles plus tard dans le processus.

[27] Certains éléments de preuve recueillis par les autorités canadiennes semblent effectivement avoir été analysés dans le cadre d'une requête préliminaire présentée par la partie défenderesse en vue d'écarter des déclarations que l'intimé a faites aux autorités américaines. J'ai examiné attentivement les documents faisant état de l'utilisation des vidéos à l'audience préparatoire. Je n'ai qu'une connaissance partielle de ce qui s'est passé à l'audience relative à cette requête, et j'estime que je dois faire preuve d'une grande prudence quant à

outcome of that motion, particularly on the crucial question of whether the Canadian interviews could be eventually used at the trial that will commence on August 10, 2010.

[28] It must also be kept in mind that it is not the harm resulting from the total prosecution or detention of the respondent in the U.S. that must be taken into consideration but only the harm that results from Canada's prior unconstitutional actions. Furthermore, even though the U.S. did not give Canada the full assurance that the evidence would not be used, they did explain that the diplomatic note would be provided to the prosecutors and that the *Military Commissions Act of 2009*, Pub. L. 111-84, 123 Stat. 2574 (MCA) provides safeguards against the admissions in military commission proceedings of evidence obtained through improper means.

[29] The harm on the appellants on the other hand would be unequivocal if the Crown's discretionary power in foreign affairs and national security were to be usurped by the judiciary. The appellants also argue that because, in their opinion, Justice Zinn ultimately usurps the executive's ability to make decisions such as this one (which raise issues of national interest), it "ought to therefore be assumed to be contrary to the public interest" (appellants' written representations, at paragraph 40). It is not to say that the appellants will necessarily succeed in their appeal but if they do and the stay had been refused, their victory would be moot since the diplomatic action would already have been taken.

[30] In his response, the respondent argues that since the order of Justice Zinn is presumptively valid and remains in force until it is overturned, "the balance of convenience tips in Mr. Khadr's favor" (paragraph 37). This argument in itself does not have much weight. This would mean that in any stay application the balance of convenience would automatically be tipped in favor of the respondent.

savoir comment et par qui l'élément de preuve a été soumis au tribunal américain. Je ne connais pas l'issue de cette requête, particulièrement sur la question cruciale de savoir si les interrogatoires canadiens pourraient éventuellement être utilisés au procès qui commencera le 10 août 2010.

[28] Il faut aussi garder à l'esprit que ce n'est pas le préjudice résultant de l'ensemble de la poursuite et de la détention de l'intimé aux É.-U. qui doit être pris en compte, mais seulement le préjudice résultant des actions inconstitutionnelles antérieures du Canada. En outre, même si les É.-U. n'ont pas donné au Canada la pleine assurance que la preuve ne serait pas utilisée, ils ont quand même expliqué que la note diplomatique serait remise aux poursuivants et que la *Military Commissions Act of 2009*, Pub. L. 111-84, 123 Stat. 2574 (la MCA) prévoit des garanties contre l'admission d'éléments de preuve obtenus par des moyens irréguliers dans les instances tenues devant une commission militaire.

[29] Le préjudice des appelants, par contre, serait sans équivoque si le pouvoir discrétionnaire de la Couronne en matière d'affaires étrangères et de sécurité nationale devait être usurpé par les tribunaux. Les appelants font également valoir que, parce que, selon eux, le juge Zinn usurpe, en fin de compte, le droit du pouvoir exécutif de prendre des décisions comme celle en cause en l'espèce (qui soulève des questions d'intérêt national), on [TRADUCTION] « doit donc tenir pour acquis qu'elle est contraire à l'intérêt public » (observations écrites des appelants, au paragraphe 40). Cela ne veut pas dire que les appelants auront nécessairement gain de cause dans leur appel, mais que si c'est le cas et que le sursis leur a été refusé, leur victoire ne sera que théorique puisque l'action diplomatique aura déjà été prise.

[30] Dans sa réponse, l'intimé prétend que, comme l'ordonnance du juge Zinn est présumée valide et demeure en vigueur jusqu'à ce qu'elle soit infirmée, [TRADUCTION] « la balance des inconvénients penche en faveur de M. Khadr » (paragraphe 37). Cet argument n'a pas beaucoup de poids en soi. Cela signifierait que, dans toute demande de sursis, la balance des inconvénients pencherait automatiquement en faveur de l'intimé.



[31] Before making a final finding on the question of balance of convenience, it is useful to take a second look at paragraph 39 of the Supreme Court judgment in *Khadr II*:

Our first concern is that the remedy ordered below gives too little weight to the constitutional responsibility of the executive to make decisions on matters of foreign affairs in the context of complex and ever-changing circumstances, taking into account Canada's broader national interests.

[32] The order of the Federal Court does not look consistent with the guidelines that transpire from the Supreme Court's decision. I agree with the appellants that if we enforce the Federal Court's decision, the executive's capability to decide and execute Canada's international and diplomatic duties would be restrained and somehow usurped by the monitoring capacity of the court.

[33] When I put the interest of justice and the constitutional responsibility of the executive to make decisions on matters of foreign affairs in balance with the potential harm that could suffer the respondent, Mr. Khadr, if the Federal Court judgment is not enforced, I have no hesitation to conclude that the balance of convenience and the interest of justice favour the appellants.

#### CONCLUSION

[34] Therefore I conclude that this motion for a stay should be allowed.

[35] The enforcement of the judgment of the Federal Court dated July 5, 2010, should be stayed pending conclusion of this appeal.

[36] Costs in the cause.

[31] Avant de tirer une conclusion définitive sur la question de la balance des inconvénients, il convient de jeter un second regard au paragraphe 39 du jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Khadr II* :

Nous estimons tout d'abord que la réparation ordonnée par les juridictions d'instances inférieures accorde un poids insuffisant à la responsabilité constitutionnelle de l'exécutif de prendre des décisions concernant les affaires étrangères dans le contexte de circonstances complexes et en fluctuation constante, en tenant compte des intérêts nationaux plus larges du Canada.

[32] L'ordonnance de la Cour fédérale ne semble pas cadrer avec les directives qui ressortent de la décision de la Cour suprême. Je conviens avec les appelants que si nous devons exécuter la décision de la Cour fédérale, le droit du pouvoir exécutif de décider et d'exécuter les fonctions diplomatiques et internationales du Canada serait restreint, et en quelque sorte usurpé, par le pouvoir de surveillance du tribunal.

[33] Quand je soupèse l'intérêt de la justice et la responsabilité constitutionnelle du pouvoir exécutif de prendre des décisions en matière d'affaires étrangères et le préjudice que pourrait subir l'intimé, M. Khadr, si le jugement de la Cour fédérale n'était pas exécuté, je conclus sans hésitation que la balance des inconvénients et l'intérêt de la justice favorisent les appelants.

#### CONCLUSION

[34] Je conclus donc que la présente requête en sursis doit être accueillie.

[35] L'exécution du jugement de la Cour fédérale daté du 5 juillet 2010 doit être suspendue en attendant l'issue de l'appel.

[36] Les dépens suivront l'issue de la cause.