



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2010, Vol. 1, Part 1**

**2010, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**

**Cited as [2010] 1 F.C.R., 3–209**

**Renvoi [2010] 1 R.C.F., 3–209**

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B./B.SC.SOC., LL.B.

### ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP/S.E.N.C.R.L.

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

#### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

#### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, CLAUDE PROVENCHER, LL.B., MBA, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2010.

*The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.*

*Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.*

#### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

#### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiŕte en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est CLAUDE PROVENCHER, LL.B., MBA.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2010.

*Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.*

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiŕte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.*

*Inquiries concerning the contents of the Federal Courts Reports should be directed to the Editor at the above mentioned address and telephone number.*

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.*

*Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Linda Brunet, Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3.*

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l'arrê-tiste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.*

*Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouverne-mentaux, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 ou 1-800-635-7943.*

*Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à : Linda Brunet, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3.*

---

*All judgments and digests published in the Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja-cmf.gc.ca>*

---

*Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des décisions des Cours fédérales peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant : <http://www.cmf-fja.gc.ca>*

## CONTENTS

Judgments .....	3-209
Digests .....	D-1

### **eBay Canada Ltd. v. M.N.R. (F.C.A.) ..... 145**

Income Tax—Practice—Appeal from Federal Court decision affirming *ex parte* order authorizing Minister of National Revenue to impose requirement on appellants under *Income Tax Act*, s. 231.2 to produce information identifying eBay “Power-Sellers” in Canada—Information stored on servers outside Canada—Appellants arguing information sought foreign-based, thus subject to Act, s. 231.6, not s. 231.2—As appellants could easily access information anywhere in Canada, made no sense to insist that information stored on servers outside Canada is, as matter of law, located outside Canada for purpose of Act, s. 231.6 because not downloaded—Judge authorizing requirement under s. 231.2(3) only having to be satisfied that information required for tax audit conducted in good faith—Federal Court properly rejecting “serious and genuine inquiry” test—Appeal dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Jugements .....	3-209
Fiches analytiques .....	F-1

### **eBay Canada Ltd. c. M.R.N. (C.A.F.) ..... 145**

Impôt sur le revenu—Pratique—Appel de la décision de la Cour fédérale confirmant son ordonnance *ex parte* autorisant le ministre du Revenu national à exiger des appelantes la four-niture de renseignements identifiant les « PowerSellers » du marché eBay au Canada en application de l’art. 231.2 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*—Les renseignements étaient stockés sur des serveurs à l’étranger—Les appelantes soutenaient que les renseignements demandés constituaient des renseignements étrangers et étaient donc assujettis à l’art. 231.6 de la Loi plutôt qu’à l’art. 231.2—Comme les appelantes pouvaient facilement accéder aux renseignements partout au Canada, il ne rimait à rien de soutenir sans démordre que les renseignements stockés sur des serveurs situés à l’étranger étaient en droit situés à l’extérieur du Canada pour l’application de l’art. 231.6 parce

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Construction of Statutes—Whether information stored on servers outside Canada “foreign-based”, thus subject to *Income Tax Act*, s. 231.6—S. 231.6 scheme suggesting Parliament concerned it could be unduly onerous for person to be required to produce material located outside Canada and in possession of another person—These concerns largely irrelevant herein as information easily accessible anywhere in Canada.

Judges and Courts—Federal Court correctly regarding itself bound by *M.N.R. v. Greater Montréal Real Estate Board*—That decision holding Judge authorizing requirement under *Income Tax Act*, s. 231.2(3) only having to be satisfied that information required for tax audit conducted in good faith—Only in unusual, limited circumstances, i.e. where prior decision manifestly wrong, should one panel decline to follow decision of another panel.

### **Khadr v. Canada (Prime Minister) (F.C.) . . . . . 34**

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Judicial review of Canadian government’s refusal to seek applicant’s repatriation from Guantánamo Bay prison in United States to Canada—Applicant Canadian minor during period at issue herein, interviewed in prison by Canadian officials—Canadian government having duty to protect applicant in accordance with principles of fundamental justice by taking appropriate steps to ensure treatment in prison according with international human rights norms—Canadian officials’ knowing involvement in mistreatment of applicant in prison compelling basis on which to find *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applying to Canadian officials—Conclusion with respect to duty to protect also informed by particular circumstances in which Charter, s. 7 claim made—Application allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

qu’ils n’ont pas été téléchargés—Le juge saisi de la requête en vertu de l’art. 231.2(3) doit seulement être convaincu que les renseignements sont exigés dans le cadre d’une vérification fiscale faite de bonne foi—La Cour fédérale a rejeté à juste titre le critère de l’« enquête sérieuse et véritable »—Appel rejeté.

Interprétation des lois—Il s’agissait de savoir si les renseignements stockés sur des serveurs à l’extérieur du Canada constituaient des « renseignements étrangers » et étaient donc assujettis à l’art. 231.6 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*—Le dispositif de l’art. 231.6 donne à penser que le législateur craignait que l’obligation de produire des documents situés à l’étranger et se trouvant en la possession d’une autre personne soit trop onéreuse—Ces préoccupations étaient dans une large mesure dénuées de pertinence en l’espèce parce que les renseignements étaient d’accès facile partout au Canada.

Juges et Tribunaux—La Cour fédérale s’estimait avec raison liée par l’arrêt *M.R.N. c. Chambre immobilière du Grand Montréal*—Selon cette décision, le juge saisi de la requête en vertu de l’art. 231.2(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* doit seulement être convaincu que les renseignements sont exigés dans le cadre d’une vérification fiscale faite de bonne foi—Une formation ne devrait refuser de suivre la décision d’une autre formation que dans des cas rares et exceptionnels, notamment lorsque la décision antérieure est manifestement erronée.

### **Khadr c. Canada (Premier ministre) (C.F.) . . . . . 34**

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Contrôle judiciaire du refus du gouvernement canadien de solliciter le rapatriement du demandeur au Canada de la prison de la baie de Guantánamo, aux États-Unis—Le demandeur était un mineur canadien pendant la période visée en l’espèce et il a été interrogé par des responsables canadiens durant son incarcération—Le gouvernement canadien avait l’obligation de protéger le demandeur selon les principes de justice fondamentale en prenant des mesures appropriées pour veiller à ce que son traitement en prison cadre avec les normes internationales en matière de droits de la personne—La participation consciente des responsables canadiens aux mauvais traitements infligés au demandeur constituait un motif convaincant pour conclure que la *Charte canadienne des droits et libertés* s’appliquait aux responsables canadiens—La conclusion relative à l’obligation

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Administrative Law—Judicial Review—Prime Minister’s public statement applicant’s repatriation to Canada would not be sought, Government’s ongoing policy against requesting applicant’s repatriation constituting “decision” that could be subject of application for judicial review.

Crown—Prerogatives—While decisions about foreign affairs falling to executive, executive’s prerogative subject to review under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*—As such, Government’s decision not to request applicant’s repatriation amenable to judicial review, but opinion on how to deal with matters affecting international relations, foreign affairs entitled to “particular weight”.

Practice—*Res Judicata*—In *Canada (Justice) v. Khadr*, Supreme Court of Canada dealing with disclosure of documents relevant to charges applicant facing—Although some overlap between that case and present instance, issues here broader, different—Nonetheless, issue of disclosure fully considered by Supreme Court, could not be relitigated herein.

Constitutional Law—Charter of Rights—Enforcement—Remedy of repatriation only remedy capable of mitigating effect of *Canadian Charter of Rights and Freedoms* violations in issue or to accord with Government’s duty to promote applicant’s physical, psychological, social rehabilitation, reintegration.

### **Khadr v. Canada (Prime Minister) (F.C.A.) . . . . . 73**

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review challenging Crown’s decision not to request respondent’s repatriation to Canada—Respondent, minor during

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de protéger était aussi éclairée par les circonstances particulières dans lesquelles a été faite la revendication des droits garantis par l’art. 7 de la Charte—Demande accueillie.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—La déclaration publique du premier ministre selon laquelle il ne demanderait pas le rapatriement du demandeur au Canada, et la politique du gouvernement de s’opposer à ce que l’on demande le rapatriement du demandeur constituaient une « décision » susceptible de faire l’objet d’une demande de contrôle judiciaire.

Couronne—Prérogatives—Même si les décisions touchant les affaires étrangères relèvent de l’exécutif, la prérogative de l’exécutif peut faire l’objet d’un contrôle fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés*—La décision du gouvernement de ne pas solliciter le rapatriement du demandeur était susceptible de contrôle judiciaire, mais son opinion quant à la façon de traiter des questions qui ont une incidence sur les relations internationales et les affaires étrangères avait droit à un « poids particulier ».

Pratique—*Res judicata*—Dans *Canada (Justice) c. Khadr*, la Cour suprême du Canada s’est penchée sur la communication de documents ayant trait aux accusations portées contre le demandeur—Même s’il y avait un chevauchement entre cet arrêt et la présente affaire, les questions en l’espèce étaient plus vastes et différentes—Néanmoins, la question de la communication a été examinée en détail par la Cour suprême et elle ne pouvait pas être plaidée à nouveau en l’espèce.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Recours—Le rapatriement était le seul recours pouvant atténuer les conséquences des violations de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui étaient en litige ou cadrer avec l’obligation du gouvernement de favoriser la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale du demandeur.

### **Khadr c. Canada (Premier ministre) (C.A.F.) . . . . . 73**

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire intentée pour contester la décision de la Couronne de ne pas demander le rapatriement de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

period at issue herein, imprisoned at Guantánamo Bay where allegedly tortured, unlawfully detained—Interviewed by officials from Canadian Security Intelligence Service, Department of Foreign Affairs and International Trade who shared information therefrom with U.S. officials—*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7 requiring Canadian officials comply with principles of fundamental justice when interviewing respondent—Questioning of prisoner subjected to cruel, abusive treatment not according to such principles—Charter, s. 7 thus breached—This breach exacerbated by fact that at relevant time, respondent considered “child” under *Convention on the Rights of the Child*—Conclusion Crown’s refusal to request respondent’s repatriation breaching respondent’s rights under Charter, s. 7 not wrong—Appeal dismissed—*Per* Nadon J.A. (dissenting): Assuming Canada had duty to protect respondent under Charter, s. 7, Federal Court erred in determining Canada had breached duty since it failed to consider context of respondent’s detention—Canada taking all necessary means at its disposal to protect respondent.

Constitutional Law—Charter of Rights—Enforcement—Questioning of respondent by Canadian officials at Guantánamo Bay breaching *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7—Repatriation order most appropriate, obvious remedy under Charter, s. 24(1)—Such award guided by considerations set out by Supreme Court of Canada in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*—Federal Court addressing considerations stated therein—Remedy awarded not abusive—*Per* Nadon J.A. (dissenting): Repatriation remedy exceeding Federal Court’s role, totally disproportionate.

Crown—Prerogatives—Decision to request repatriation of Canadian citizen within mandate of Minister of Foreign Affairs and International Trade under *Department of Foreign Affairs and International Trade Act*, s. 10—No statute, regulation governing

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l’intimé au Canada—L’intimé, qui était mineur pendant la période en cause en l’espèce, est incarcéré à la prison de la baie de Guantánamo, où il aurait été torturé et détenu illégalement—Il a été interrogé par des responsables du Service canadien du renseignement de sécurité et du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, qui ont ensuite relayé les renseignements recueillis aux autorités américaines—L’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* obligeait les responsables canadiens à observer les principes de justice fondamentale lorsqu’ils interrogeaient l’intimé—Interroger un prisonnier qui a subi des cruautés et de mauvais traitements ne saurait être conforme à ces principes—Il y a donc eu atteinte à l’art. 7 de la Charte—Cette violation a été exacerbée par le fait qu’au moment considéré, l’intimé était un « enfant » au sens de la *Convention relative aux droits de l’enfant*—La conclusion portant que le refus de la Couronne de demander le rapatriement de l’intimé porte atteinte aux droits qui lui sont garantis par l’art. 7 de la Charte n’est pas erronée—Appel rejeté—Selon le juge Nadon, J.C.A. (motifs dissidents) : Dans l’hypothèse où le Canada avait le devoir, en vertu de l’art. 7 de la Charte, de protéger l’intimé, la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que le Canada avait manqué à son devoir puisqu’il n’avait pas tenu compte du contexte de la détention de l’intimé—Le Canada a pris tous les moyens nécessaires à sa disposition pour protéger l’intimé.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Recours—L’interrogatoire de l’intimé par des responsables canadiens à la prison de la baie de Guantánamo portait atteinte à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*—L’ordonnance de rapatriement constituait la réparation la plus appropriée et la plus évidente en vertu de l’art. 24(1) de la Charte—Le juge appelé à accorder cette réparation doit s’inspirer des facteurs énumérés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*—La Cour fédérale a tenu compte des facteurs énoncés dans cet arrêt—La réparation accordée ne constituait pas un abus—Selon le juge Nadon, J.C.A. (motifs dissidents) : La réparation que constitue le rapatriement débordait le cadre des attributions de la Cour fédérale et était totalement disproportionnée.

Couronne—Prérogatives—La décision de réclamer le rapatriement d’un citoyen canadien relève du mandat conféré au ministre des Affaires étrangères et du Commerce international par l’art. 10 de la *Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

exercise of Minister's mandate thereunder—Crown prerogative in conducting foreign affairs subject to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*—*Per* Nadon J.A. (dissenting): Ordering respondent's repatriation constituting direct interference into Canada's conduct of its foreign affairs.

International Law—By becoming party to Convention against Torture, Canada expressing acceptance of general prohibition on cruel, inhuman or degrading treatment as principle of fundamental justice—This acceptance informing consideration of scope of *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7—Charter, s. 7 breach herein exacerbated by fact that at relevant time, respondent considered "child" under *Convention on the Rights of the Child*—*Per* Nadon J.A. (dissenting): Federal Court failing to recognize territorial limitation of international instruments Canada party thereto.

### **Scotch Whisky Assn. v. Glenora Distillers International Ltd. (F.C.A.) ..... 195**

Trade-marks—Registration—Appeal from Federal Court decision allowing appeal from Trade-marks Opposition Board decision—Federal Court holding appellant not entitled to register GLEN BRETON trade-mark—Respondent claiming "glen" resulting in association with whiskies distilled in Scotland—Federal Court erring by failing to consider whether "glen" mark within meaning of *Trade-marks Act*, s. 10—Mark not necessarily trade-mark—Trade-marks generally not dissected, analysed syllable by syllable—Improper herein to segment GLEN BRETON—Trade-mark registrable if prohibited mark not dominating—"Glen" not prohibited mark within meaning of Act, s. 10—Appeal allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

*Commerce international*—Il n'y a pas de loi ou de texte réglementaire définissant la façon dont le ministre doit s'acquitter de ce mandat—La prérogative royale en matière de conduite des affaires étrangères est assujettie à la *Charte canadienne des droits et libertés*—Selon le juge Nadon, J.C.A. (motifs dissidents) : L'ordonnance de rapatriement de l'intimé constituait une ingérence directe dans la conduite par le Canada de ses affaires étrangères.

Droit international—En adhérant à la Convention contre la torture, le Canada a exprimé qu'il souscrivait à l'interdiction générale frappant les traitements cruels, inhumains ou dégradants en tant que principe de justice fondamentale—Cette adhésion éclaire tout examen de la portée de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*—La violation de l'art. 7 de la Charte en l'espèce a été exacerbée par le fait qu'au moment considéré, l'intimé était un « enfant » au sens de la *Convention relative aux droits de l'enfant*—Selon le juge Nadon, J.C.A. (motifs dissidents) : La Cour fédérale n'a pas reconnu la portée territoriale limitée des instruments internationaux auxquels le Canada a adhéré.

### **Scotch Whisky Assn. c. Glenora Distillers International Ltd. (C.A.F.) ..... 195**

Marques de commerce—Enregistrement—Appel de la décision de la Cour fédérale faisant droit à l'appel d'une décision de la Commission des oppositions des marques de commerce—La Cour fédérale a statué que l'appelante ne pouvait pas enregistrer GLEN BRETON comme marque de commerce—L'intimée affirmait que le mot « glen » entraînait une association avec les whiskys distillés en Écosse—La Cour fédérale a commis une erreur en ne se demandant pas si le mot « glen » constituait une marque au sens de l'art. 10 de la *Loi sur les marques de commerce*—Une marque n'est pas nécessairement une marque de commerce—Les marques de commerce, en principe, ne devraient pas être disséquées ni être analysées syllabe par syllabe—Il était injustifié en l'espèce de fractionner la marque GLEN BRETON—Une marque de commerce est enregistrable si le mot interdit ne domine pas—Le mot « glen » n'est pas une marque interdite au sens de l'art. 10 de la Loi—Appel accueilli.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Smith v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . . 3**

Crown—Prerogatives—Application seeking order compelling respondents to assist applicant in pursuing commutation of death penalty—Respondents claiming decision not to support applicant within Crown prerogative, issue not justiciable—Decisions of administrative character affecting rights, privileges, interests of individual subject to review, principles of procedural fairness—Respondents’ justiciability argument dependent on existence of new clemency policy—No evidence of new policy, consensus or decision taken—Government policy cannot be sum total of contradictory public statements by ministers, spokespersons—Applicant entitled to know what new clemency policy was before it was applied to his situation—Reversal of Government position giving rise to reasonable expectation of full consultation with applicant—Fairness also requiring clear articulation of any new clemency policy—Absent such clarity, resulting decision arbitrary, unlawful—Application allowed.

### **Sultana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . . 175**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Humanitarian and Compassionate Considerations—Judicial review of immigration officer’s decision refusing applicants’ sponsored application for permanent residence—Sponsor, principal applicant’s husband, not disclosing existence of family when applying for permanent residence—*Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 117(9)(d) providing that not possible to sponsor family members not accompanying sponsor at time sponsor applying for permanent residence—Husband thus requesting humanitarian and compassionate (H&C) considerations exemption pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 25—Immigration officer having to assess whether H&C factors sufficient to counterbalance harsh provision of Regulations, s. 117(9)(d)—Immigration officer’s fixation herein on husband’s failure to disclose family members preventing him from genuinely assessing H&C factors submitted

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Smith c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . . . 3**

Couronne—Prérogatives—Demande en vue d’obtenir une ordonnance obligeant les défendeurs à aider le demandeur à faire commuer sa peine de mort—Les défendeurs affirmaient que la décision de ne pas soutenir le demandeur relevait de la prérogative royale et que la question n’était pas du ressort des tribunaux—Les décisions de nature administrative qui affectent les droits, privilèges ou intérêts des personnes peuvent faire l’objet d’un examen et sont assujetties aux principes d’équité procédurale—L’argument des défendeurs fondé sur la justiciabilité reposait sur l’existence d’une nouvelle politique en matière de clémence—Il n’existait aucune preuve d’une nouvelle politique, de consensus ou de décision prise—Les politiques gouvernementales ne peuvent être la somme de déclarations publiques contradictoires faites par des ministres et des porte-parole—Le demandeur avait le droit de connaître la nouvelle politique en matière de clémence avant qu’elle ne soit appliquée à sa situation—Le renversement de la position du gouvernement a donné lieu à une expectative raisonnable que cette décision soit prise après avoir pleinement consulté le demandeur—L’équité commande aussi que toute politique nouvelle en matière de clémence soit définie clairement—Sans cette clarté, toute décision qui en résulterait serait toujours arbitraire et illégale—Demande accueillie.

### **Sultana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) . . . . . 175**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Motifs d’ordre humanitaire—Contrôle judiciaire de la décision d’un agent d’immigration refusant la demande de résidence permanente parrainée des demandeurs—Le répondant, le mari de la demanderesse principale, n’avait pas révélé l’existence de sa famille lorsqu’il a présenté une demande de résidence permanente—L’art. 117(9)(d) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* dispose que des membres de la famille qui n’accompagnaient pas le répondant lorsque celui-ci a présenté sa demande de résidence permanente ne peuvent pas être parrainés—Le mari a donc demandé une dispense, faisant valoir que des circonstances d’ordre humanitaire justifiaient sa demande en vertu de l’art. 25 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR)—L’agent d’immigration devait évaluer les facteurs d’ordre humanitaire pour déterminer s’ils étaient suffisants pour contrebalancer la disposition draconienne

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

by applicants—As such, immigration officer fettering discretion under IRPA, s. 25(1)—Application allowed.

### **Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) ..... 129**

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Immigration and Refugee Board decision appellant inadmissible to Canada—Decision of Federal Court on judicial review of Board decision final except where Judge certifying serious question of general importance, states that question—Issue herein whether Judge properly exercising discretion to certify question—Scheme of *Immigration and Refugee Protection Act* designed to ensure that claimant’s right of appeal not invoked lightly, Court’s intervention timely—Serious question of general importance one that is dispositive of appeal, must arise from issues in case, not judge’s reasons—Here, none of questions certified by application Judge dispositive of appeal—Absence of serious question of general importance meaning precondition to right of appeal not met—Appeal dismissed.

## SOMMAIRE (Fin)

117(9)d) du Règlement—La fixation de l’agent d’immigration sur l’omission du mari de déclarer des membres de sa famille l’a empêché de véritablement évaluer les facteurs d’ordre humanitaire invoqués par les demandeurs—En agissant ainsi, l’agent d’immigration a entravé l’exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l’art. 25(1) de la LIPR—Demande accueillie.

### **Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) ..... 129**

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié statuant que l’appelant est interdit de territoire au Canada—La décision de la Cour fédérale, lorsqu’elle est saisie d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision de la CISR est définitive, sauf lorsque le juge certifie et énonce une question grave de portée générale—Le point litigieux en l’espèce était de savoir si le juge a exercé à juste titre son droit de certifier des questions—Le régime de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* est conçu pour faire en sorte que le droit d’appel du demandeur d’asile ne soit pas invoqué à la légère et que l’intervention des tribunaux ait lieu en temps opportun—Une question grave de portée générale est une question qui permet de trancher l’appel et elle découle des questions en litige dans l’affaire et non des motifs du juge—En l’espèce, aucune question certifiée par le juge de première instance ne permettait de trancher l’appel—L’absence d’une question grave de portée générale signifiait que la condition préalable à l’existence d’un droit d’appel n’était pas remplie—Appel rejeté.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada*, [2008] 4 F.C.R. 648 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-129-08, A-130-08, A-139-08, 2010 FCA 56), reasons for judgment handed down February 22, 2010.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*McIntyre v. Canada*, A-145-08, Noël J.A., judgment dated September 8, 2009, leave to appeal to S.C.C. refused March 11, 2010.

*Propep Inc. v. Canada*, A-546-08, 2009 FCA 274, Noël J.A., judgment dated September 24, 2009, leave to appeal to S.C.C. refused March 11, 2010.

*Reference re Marine Transportation Security Regulations*, A-497-07, 2009 FCA 234, Evans J.A., judgment dated July 21, 2009, leave to appeal to S.C.C. refused March 11, 2010.

*Sharp v. Canada (Passport)*, A-173-09, 2009 FCA 369, Létourneau J.A., judgment dated September 9, 2009, leave to appeal to S.C.C. refused March 11, 2010.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Société canadienne des postes c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2008] 4 R.C.F. 648 (C.F.), a été confirmée en appel (A-129-08, A-130-08, A-139-08, 2010 CAF 56), les motifs du jugement ayant été prononcés le 22 février 2010.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*McIntyre c. Canada*, A-145-08, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 8 septembre 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 mars 2010.

*Propep Inc. c. Canada*, A-546-08, 2009 CAF 274, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 24 septembre 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 mars 2010.

*Renvoi relatif au Règlement sur la sûreté du transport maritime*, A-497-07, 2009 CAF 234, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 21 juillet 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 mars 2010.

*Sharp c. Canada (Passeport)*, A-173-09, 2009 CAF 369 le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 9 septembre 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 mars 2010.



**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2010, Vol. 1, Part 1**

**2010, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**



T-2067-07  
2009 FC 228

T-2067-07  
2009 CF 228

**Ronald Allen Smith** (*Applicant*)

**Ronald Allen Smith** (*demandeur*)

v.

c.

**Attorney General of Canada, Minister of Foreign Affairs and International Trade and Minister of Public Safety** (*Respondents*)

**Le procureur général du Canada, le ministre des Affaires étrangères et du Commerce international et le ministre de la Sécurité publique** (*défendeurs*)

**INDEXED AS: SMITH v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : SMITH c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)**

Federal Court, Barnes J.—Toronto, September 29 and 30, 2008; Ottawa, March 4, 2009.

Cour fédérale, juge Barnes—Toronto, 29 et 30 septembre 2008; Ottawa, 4 mars 2009.

*Crown — Prerogatives — Application seeking order compelling respondents to assist applicant in pursuing commutation of death penalty — Respondents claiming decision not to support applicant within Crown prerogative, issue not justiciable — Decisions of administrative character affecting rights, privileges, interests of individual subject to review, principles of procedural fairness — Respondents' justiciability argument dependent on existence of new clemency policy — No evidence of new policy, consensus or decision taken — Government policy cannot be sum total of contradictory public statements by ministers, spokespersons — Applicant entitled to know what new clemency policy was before it was applied to his situation — Reversal of Government position giving rise to reasonable expectation of full consultation with applicant — Fairness also requiring clear articulation of any new clemency policy — Absent such clarity, resulting decision arbitrary, unlawful — Application allowed.*

*Couronne — Prérogatives — Demande en vue d'obtenir une ordonnance obligeant les défendeurs à aider le demandeur à faire commuer sa peine de mort — Les défendeurs affirmaient que la décision de ne pas soutenir le demandeur relevait de la prérogative royale et que la question n'était pas du ressort des tribunaux — Les décisions de nature administrative qui affectent les droits, privilèges ou intérêts des personnes peuvent faire l'objet d'un examen et sont assujetties aux principes d'équité procédurale — L'argument des défendeurs fondé sur la justiciabilité reposait sur l'existence d'une nouvelle politique en matière de clémence — Il n'existait aucune preuve d'une nouvelle politique, de consensus ou de décision prise — Les politiques gouvernementales ne peuvent être la somme de déclarations publiques contradictoires faites par des ministres et des porte-parole — Le demandeur avait le droit de connaître la nouvelle politique en matière de clémence avant qu'elle ne soit appliquée à sa situation — Le renversement de la position du gouvernement a donné lieu à une expectation raisonnable que cette décision soit prise après avoir pleinement consulté le demandeur — L'équité commande aussi que toute politique nouvelle en matière de clémence soit définie clairement — Sans cette clarté, toute décision qui en résulterait serait toujours arbitraire et illégale — Demande accueillie.*

This was an application seeking an order compelling the respondents, on behalf of the Government of Canada, to assist the applicant in pursuing commutation of the death penalty by way of an anticipated clemency petition to the Governor of Montana. The applicant, a Canadian citizen incarcerated in the Montana State Penitentiary, claimed relief under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and on the basis that the respondents breached fundamental principles of fairness by arbitrarily withdrawing diplomatic assistance without consultation or reasons.

Il s'agissait d'une demande présentée en vue d'obtenir une ordonnance obligeant les défendeurs, au nom du gouvernement du Canada, à aider le demandeur à faire commuer sa peine de mort par voie de demande préliminaire de clémence adressée au gouverneur du Montana. Le demandeur, un citoyen canadien incarcéré au pénitencier d'État du Montana, a sollicité des réparations en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* et d'allégations que les défendeurs ont enfreint les principes fondamentaux d'équité pour lui avoir retiré l'aide diplomatique de façon arbitraire, sans consultation ou motif.

In 1983, the applicant was sentenced to death in Montana after pleading guilty to charges of aggravated kidnapping and homicide. The applicant sought, unsuccessfully, to reverse the death penalty sentence. In 1999, the Canadian Consul General wrote to the Governor of Montana requesting that he consider granting clemency to the applicant. The Consul General stated that the practice of the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) to seek clemency for Canadian citizens sentenced to death in foreign countries is based on humanitarian considerations. Nothing resulted from this request, but DFAIT continued to take interest in the applicant's case. In 2007, the applicant's lawyers described to consular officials the importance of the Canadian government's assistance in obtaining the Governor's clemency. Shortly thereafter, however, the Canadian government withdrew its longstanding support for the applicant, stating that there were no ongoing efforts to seek a commutation of the applicant's death penalty. Except for various Parliamentary or press statements, the respondents provided no evidence of a new Canadian government policy on clemency or with respect to the decision to deny support to the applicant's bid for clemency.

The respondents claimed that no justiciable legal duties were owed to the applicant because the decision not to support him fell within the Crown prerogative to conduct Canada's foreign affairs, and that no duty of procedural fairness arose because government interventions would not be determinative of the applicant's fate.

At issue was whether the issues raised in this proceeding were justiciable, and if they were, whether the respondents breached a duty of fairness in the manner of their withdrawal of diplomatic assistance for the applicant's pending petition for clemency.

*Held*, the application should be allowed.

It is open to the Government of Canada in its assessment of the public interest to freely change its policies from time to time. Similarly, the exercise of the prerogative to develop and implement diplomatic and foreign policy initiatives is generally beyond the scope of judicial scrutiny. However, decisions of an administrative character which affect the rights, privileges or interests of an individual are reviewable and they are subject to the principles of procedural fairness. In the case at bar, any new clemency policy had to be applied to the applicant to determine whether he fit within it. The respondents' justiciability argument was dependent on the existence of a new clemency policy. However, there was no such policy, nor was there evidence of a consensus or a policy decision being taken. Government policy cannot be the sum total of contradictory public

En 1983, le demandeur a été condamné à mort au Montana après avoir plaidé coupable à des chefs d'enlèvement avec circonstances aggravantes et d'homicide. Le demandeur a tenté, en vain, de faire casser la décision de peine de mort. En 1999, le Consulat général du Canada a écrit au gouverneur du Montana pour lui demander de se pencher sur la possibilité d'accorder la clémence au demandeur. Le Consulat général a déclaré que ce sont pour des raisons humanitaires que le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI) demande clémence pour des ressortissants canadiens ayant été condamnés à mort à l'étranger. Cette demande n'a abouti à aucun résultat, mais le MAECI a continué à s'intéresser à l'affaire du demandeur. En 2007, les avocats du demandeur ont souligné aux agents consulaires l'importance de l'assistance du gouvernement du Canada pour obtenir la clémence du gouverneur. Peu après, le gouvernement du Canada a toutefois retiré le soutien qu'il apportait de longue date au demandeur, signalant qu'il n'y avait pas d'efforts pour obtenir une commutation de la condamnation à mort du demandeur. Exception faite de diverses déclarations du Parlement et de diverses déclarations de même nature à la presse, les défendeurs n'ont apporté aucune preuve d'une nouvelle politique gouvernementale relativement à la clémence ou à la décision de refuser de soutenir la demande de clémence du demandeur.

Les défendeurs affirmaient que le gouvernement du Canada n'avait envers le demandeur aucune obligation légale car la décision de ne pas le soutenir relevait de la prerogative royale de mener les affaires extérieures du Canada, et qu'aucune obligation d'équité procédurale ne surgissait parce que les interventions du gouvernement ne détermineraient pas le sort du demandeur.

Le point litigieux en l'espèce était celui de savoir si les questions que soulevait cette instance étaient du ressort des tribunaux et, si oui, si les défendeurs ont manqué à une obligation d'équité par leur façon de retirer leur assistance diplomatique à la demande de clémence présentée par le demandeur.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Il est loisible au gouvernement du Canada, dans son appréciation de l'intérêt public, de modifier ses politiques librement à l'occasion. De même, l'exercice de la prerogative d'élaborer et de mettre en œuvre des actions diplomatiques et de politique étrangère échappe habituellement à l'examen par les tribunaux. Cependant, les décisions de nature administrative qui affectent les droits, les privilèges ou les intérêts des personnes peuvent faire l'objet d'un examen et sont assujetties aux principes de l'équité procédurale. En l'espèce, toute nouvelle politique en matière de clémence devait être appliquée au demandeur afin de déterminer si elle le visait. L'argument des défendeurs fondé sur la justiciabilité reposait sur l'existence d'une nouvelle politique en matière de clémence. Toutefois, il n'en existait pas et il n'existait aucune preuve de consensus

statements of its ministers and spokespersons made inside or outside of Parliament. The applicant was entitled to know precisely what the new clemency policy was before it was applied to his situation. It is the Court's obligation to ensure that the Government's decisions are made fairly and with appropriate regard to the applicant's legal interests. The reversal of the Government's position gave rise to a reasonable expectation that it would be made in full consultation with the applicant, followed by a fair and objective consideration of the appropriateness of applying any new policy to the facts of his case. Fairness also required that there be a clear articulation of any new clemency policy such that the applicant could understand it and a decision maker could apply it. Absent such clarity, any resulting decision will be arbitrary and unlawful. The Government's failure to recognize any of these rights represented a fundamental breach of the duty of fairness. Finally, evidence showed that government intervention for clemency would influence the Governor's decision. In conclusion, because the Government's decision to withdraw support for the applicant was made in breach of the duty of fairness, it was set aside. In the absence of any other policy, the Government must continue to support clemency for Canadians, including the applicant, facing execution in a foreign state.

ou de décision stratégique prise. Les politiques gouvernementales ne peuvent être la somme de déclarations publiques contradictoires faites par des ministres et des porte-parole gouvernementaux au Parlement ou ailleurs. Le demandeur avait le droit de connaître précisément la nouvelle politique en matière de clémence avant qu'elle ne soit appliquée à sa situation. Il incombe à la Cour de veiller à ce que les décisions du gouvernement soient prises avec équité et avec la considération qui s'impose pour les intérêts juridiques du demandeur. Le renversement de la position du gouvernement a donné lieu à une expectation raisonnable que cette décision serait prise après avoir pleinement consulté le demandeur, et avec un examen équitable et objectif du bien-fondé d'appliquer une nouvelle politique aux faits de son affaire. L'équité commandait aussi que toute politique nouvelle en matière de clémence soit définie clairement, de sorte que le demandeur puisse la comprendre et que le décideur concerné puisse l'appliquer. Sans cette clarté, toute décision qui en résulterait serait toujours arbitraire et illégale. Le défaut par le gouvernement de reconnaître l'un ou l'autre de ces droits procéduraux constituait un manquement fondamental à l'obligation d'équité. Enfin, la preuve démontrait que l'intervention du gouvernement en vue d'obtenir la clémence influencerait sur la décision du gouverneur. Étant donné que la décision du gouvernement de ne plus soutenir le demandeur enfreignait l'obligation d'équité, elle a été annulée. Puisqu'il n'existe pas d'autre politique, le gouvernement doit continuer d'appuyer la clémence en faveur des Canadiens, notamment le demandeur, risquant la peine de mort à l'étranger.

#### 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. 7.  
*Department of Foreign Affairs and International Trade Act*, R.S.C., 1985, c. E-22, s. 10 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 7).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481, 12 Admin. L.R. 16.

##### DISTINGUISHED:

*United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, 195 D.L.R. (4th) 1, [2001] 3 W.W.R. 193; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 159; *Roger Judge v. Canada*, Communication No. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998 (2003).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.  
*Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*, L.R.C. (1985), ch. E-22, art. 10 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 7).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Opération Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441.

##### DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Roger Judge v. Canada*, Communication No. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998 (2003).



## CONSIDERED:

*Abbasi & Anor, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1598; *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215, 199 D.L.R. (4th) 228, 147 O.A.C. 141 (C.A.); *Council of Civil Service Unions v. Minister for Civil Service*, [1984] 3 All E.R. 935 (H.L.); *Canadian Shipowners Assn. v. Canada* (1995), 103 F.T.R. 170 (F.C.T.D.); *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Bugdaycay*, [1987] A.C. 514 (H.L.); *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281, 200 D.L.R. (4th) 193, 36 Admin. L.R. (3d) 71.

## REFERRED TO:

*Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 3 S.C.R. 643, (1985), 24 D.L.R. (4th) 44, [1986] 1 W.W.R. 577; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1, 33 N.R. 304; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, (1990), 69 D.L.R. (4th) 489, [1990] W.W.R. 289; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, 221 D.L.R. (4th) 257, 100 C.R.R. (2d) 1.

## AUTHORS CITED

*House of Commons Debates*, No. 013 (1 November 2007), at page 693 (Hon. Stockwell Day).  
*House of Commons Debates*, No. 014 (2 November 2007), at page 744 (Hon. Peter Van Loan).  
*House of Commons Debates*, No. 020 (20 November 2007), at page 1115 (Hon. Rob Nicholson).  
*House of Commons Debates*, No. 022 (22 November 2007), at page 1236 (Hon. Rob Nicholson).  
*House of Commons Debates*, No. 026 (28 November 2007), at page 1493 (Rob Moore).  
*House of Commons Debates*, No. 041 (31 January 2008), at page 2457 (Deepak Obhrai).  
*House of Commons Debates*, No. 068 (31 March 2008), at page 4252 (Hon. Maxime Bernier).

APPLICATION seeking an order compelling the respondents, on behalf of the Government of Canada, to assist the applicant in pursuing commutation of the death penalty by way of an anticipated clemency petition to the Governor of Montana. Application allowed.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Abbasi & Anor, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1598; *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215, 199 D.L.R. (4th) 228, 147 O.A.C. 141 (C.A.); *Council of Civil Service Unions v. Minister for Civil Service*, [1984] 3 All E.R. 935 (H.L.); *Assoc. des armateurs canadiens c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 1420 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Bugdaycay*, [1987] A.C. 514 (H.L.); *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Cardinal et autre c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429.

## DOCTRINE CITÉE

*Débats de la Chambre des communes*, n° 013 (1<sup>er</sup> novembre 2007), à la page 693 (l'hon. Stockwell Day).  
*Débats de la Chambre des communes*, n° 014 (2 novembre 2007), à la page 744 (l'hon. Peter Van Loan).  
*Débats de la Chambre des communes*, n° 020 (20 novembre 2007), à la page 1115 (l'hon. Rob Nicholson).  
*Débats de la Chambre des communes*, n° 022 (22 novembre 2007), à la page 1236 (l'hon. Rob Nicholson).  
*Débats de la Chambre des communes*, n° 026 (28 novembre 2007), à la page 1493 (Rob Moore).  
*Débats de la Chambre des communes*, n° 041 (31 janvier 2008), à la page 2457 (Deepak Obhrai).  
*Débats de la Chambre des communes*, n° 068 (31 mars 2008), à la page 4252 (l'hon. Maxime Bernier).

DEMANDE présentée en vue d'obtenir une ordonnance obligeant les défendeurs, au nom du gouvernement du Canada, à aider le demandeur à faire commuer sa peine de mort par voie de demande préliminaire de clémence adressée au gouverneur du Montana. Demande accueillie.

## APPEARANCES

*Lorne Waldman, Marlys A. Edwardh, Adriel Weaver, Ildiko Maria Sophia Erdei and Craig S. Forcese* for applicant.

*Eric P. Groody, David H. de Vlieger and Katherine Reiffenstein* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD

*Waldman & Associates, Toronto, Ruby & Edwardh, Toronto and University of Ottawa, Ottawa, for applicant.*

*Code Hunter LLP, Calgary, for respondents.*

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

[1] BARNES J.: Ronald Allen Smith, a Canadian citizen, is a death-row inmate presently incarcerated in the Montana State Penitentiary at Deer Lodge, Montana. He was first sentenced to death on March 21, 1983 for the murder of Harvey Madman Jr. and Thomas Running Rabbit Jr. on August 4, 1982 near Glacier National Park in Montana.

[2] Mr. Smith's application to this Court seeks an order compelling the respondent Ministers, on behalf of the Government of Canada, to assist him in pursuing commutation of the death penalty by way of an anticipated clemency petition to the Governor of Montana. He claims relief under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (Charter) and also on the basis of allegations that the respondents have breached fundamental principles of fairness by arbitrarily withdrawing diplomatic assistance from him without consultation or reasons.

[3] There is no dispute that the respondents have recently declined to assist Mr. Smith with his bid for clemency. Indeed, notwithstanding more than 20 years of prior support for Mr. Smith, various ministers and representatives of the present government have publicly declared that the Government of Canada will no longer assist Mr. Smith in his efforts to avoid the death penalty in the United States.

## ONT COMPARU

*Lorne Waldman, Marlys A. Edwardh, Adriel Weaver, Ildiko Maria Sophia Erdei et Craig S. Forcese* pour le demandeur.

*Eric P. Groody, David H. de Vlieger et Katherine Reiffenstein* pour les défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Waldman & Associates, Toronto, Ruby & Edwardh, Toronto et Université d'Ottawa, Ottawa, pour le demandeur.*

*Code Hunter LLP, Calgary, pour les défendeurs.*

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

[1] LE JUGE BARNES : M. Ronald Allen Smith, de citoyenneté canadienne, se trouve actuellement dans le couloir de la mort au pénitencier d'État du Montana à Deer Lodge (Montana). Il a été initialement condamné à mort le 21 mars 1983 pour les meurtres de Harvey Madman fils et de Thomas Running Rabbit fils commis le 4 août 1982, près du Glacier National Park (Montana).

[2] Dans la demande que M. Smith a adressée à la Cour, il cherche à obtenir une ordonnance obligeant les ministres défendeurs, au nom du gouvernement du Canada, à l'aider à faire commuer sa peine de mort par voie de demande préliminaire de clémence adressée au gouverneur du Montana. Il sollicite des réparations en vertu 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) et d'allégations que les défendeurs ont enfreint les principes fondamentaux d'équité pour lui avoir retiré l'aide diplomatique de façon arbitraire, sans consultation ou motif.

[3] Il n'y a aucun désaccord quant au fait que les défendeurs ont récemment refusé d'aider M. Smith dans sa demande de clémence. En effet, en dépit du soutien qui lui a été apporté depuis plus de 20 ans, plusieurs ministres et représentants de l'actuel gouvernement ont déclaré publiquement que le Canada n'aidera plus M. Smith dans ses démarches pour éviter la peine de mort aux États-Unis.

[4] The respondents say that the Government's decision is one of high policy falling within the royal prerogative and that this Court has no authority to intervene on Mr. Smith's behalf. They deny that they have breached Mr. Smith's Charter rights or that any duty of fairness arises in this context. In short, they say that the Government of Canada owes no legal duties of any kind to Mr. Smith and it is fully entitled to ignore his plea for assistance.

### I. Background

[5] Mr. Smith's legal history in the United States is extensive. It began with his arrest in Wyoming on August 27, 1982. On September 20, 1982, he was charged with two counts of aggravated kidnapping and two counts of homicide. Not long after being charged, Mr. Smith was offered a plea arrangement. In return for guilty pleas to murder, the State would not seek the death penalty. Mr. Smith declined the offer and initially pleaded not guilty, but within three weeks he withdrew his not-guilty pleas, pleaded guilty and asked to be put to death. On March 21, 1983, Mr. Smith attended a sentencing hearing and reiterated his request to be put to death. The Court obliged. Later that year Mr. Smith asked the sentencing Court to reconsider and to allow him to present psychiatric evidence. Although the Court did commission psychiatric evidence and re-examined the facts of the case, the death sentence was affirmed. In 1985, the death sentence was reaffirmed by the Supreme Court of Montana. In 1990, the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit reversed the death penalty sentence but, following a further hearing, the death penalty was reinstated in 1992. That sentence was also set aside in State Court but reinstated yet again following a re-sentencing hearing in 1995. The record discloses a history of legal errors made by the State courts in the 1983 and 1992 sentencing hearings which have so far been corrected on appeal. Mr. Smith's appeal from the 1995 sentencing decision is presently pending in the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Throughout this entire period of more than 25 years Mr. Smith has been confined on death row at the Montana State Penitentiary.

[4] Les défendeurs affirment que la décision du gouvernement, hautement politique, relève de la prérogative royale et que la Cour n'a pas compétence pour intervenir en faveur de M. Smith. Ils nient avoir violé les droits que la Charte lui reconnaît ou qu'il y ait des obligations d'équité dans un tel contexte. En bref, ils affirment que le gouvernement du Canada n'a aucune obligation légale envers M. Smith et a pleinement le droit de ne pas tenir compte de sa demande d'assistance.

### I. Les faits

[5] M. Smith a une longue histoire judiciaire aux États-Unis. Cela a commencé par son arrestation le 27 août 1982 au Wyoming. Le 20 septembre 1982, il a été accusé de deux chefs d'enlèvement avec circonstances aggravantes et de deux chefs d'homicide. Peu de temps après son inculpation, on lui a proposé une négociation de plaider. S'il plaiderait coupable à l'accusation de meurtre, l'État du Montana ne demanderait pas la peine de mort. M. Smith a refusé la proposition et a d'abord plaidé non coupable, puis trois semaines plus tard il a retiré son plaider de non-culpabilité, plaidé coupable et demandé à être exécuté. Le 21 mars 1983, il a assisté à une audience de détermination de la peine et réitéré sa demande d'être exécuté. La Cour a accepté. Un peu plus tard cette année-là, M. Smith a demandé au tribunal qui avait prononcé la peine de réexaminer son affaire et de l'autoriser à présenter des preuves psychiatriques. La Cour a bien ordonné une expertise psychiatrique et réexaminé les faits de l'espèce, mais elle a tout de même maintenu la peine de mort. En 1985, la Cour suprême du Montana a confirmé la peine de mort. En 1990, la Cour d'appel des États-Unis, neuvième circuit, a cassé la décision de peine de mort, mais à la suite d'une autre audience, celle-ci a été rétablie en 1992. Cette peine a aussi été annulée par une cour de l'État, puis rétablie consécutivement à une nouvelle audience de détermination de la peine en 1995. Le dossier révèle une succession d'erreurs judiciaires commises par les cours de l'État lors des audiences de détermination de la peine en 1983 et en 1992, erreurs qui pour l'instant ont été corrigées en appel. L'appel interjeté par M. Smith de la décision de 1995 est en instance à la Cour d'appel des États-Unis, neuvième circuit. Pendant toute cette période, soit depuis plus de 25 ans, M. Smith est détenu

[6] The record discloses a long history of interaction between Canadian consular officials and Mr. Smith and his legal counsel. Indeed, the Government of Canada has maintained an interest in Mr. Smith's case since the time of his initial incarceration in 1983. Over the succeeding years, consular officials communicated with some regularity with Mr. Smith, with his lawyers, with prison officials, with the Office of the Governor of Montana, with other State officials and with the United States Department of State. In early 1998, Mr. Smith's lawyer, Don Vernay, wrote to the Canadian Consulate General in Minneapolis seeking the assistance of the Canadian government in the presentation of "an early clemency petition" to the Montana Governor. In reply, the Consul General, Robert Déry, advised:

As rules apply differently according to state and each death row case is different, we do not have a standard procedure to support a clemency request. Once Mr. Smith is ready to make his petition for clemency, we will work closely with you to ensure that our representation on his behalf complements your approach and the legal aspects of the case.

[7] Mr. Déry followed up by writing to the Governor on May 25, 1999, seeking commutation of Mr. Smith's death sentence. His letter to the Governor (written in collaboration with Mr. Smith's attorney) concluded as follows:

I have reviewed Mr. Smith's file and have personally visited him in prison. I believe he is a good candidate for clemency in that, over time, he has accepted that his actions were wrong and has expressed remorse. He has a consistent record for good behaviour in prison and is taking university level courses towards a degree.

I am aware that there are still a number of avenues which Mr. Smith can appeal; however, it is my understanding that all judicial or administrative remedies need not be exhausted before an appeal for clemency is made. I further understand that, under the statutes of Montana, the granting of clemency is the sole responsibility of the Governor.

The Government of Canada does not sympathize with violent crime and this letter should not be construed as reflecting a judgement on Mr. Smith's guilt or innocence. The practice of

dans le couloir de la mort du pénitencier de l'État du Montana.

[6] Le dossier révèle qu'il y a eu de nombreuses interactions entre les agents consulaires canadiens, et M. Smith et ses avocats. Le gouvernement du Canada s'intéresse en effet à l'affaire de M. Smith depuis son incarcération initiale en 1983. Depuis cette date, des agents consulaires communiquent avec lui avec une certaine régularité, également avec ses avocats, les responsables du pénitencier, le bureau du gouverneur du Montana, d'autres fonctionnaires de l'État et avec le Département d'État des États-Unis. Début 1998, l'avocat de M. Smith, Don Vernay, a écrit au Consulat général du Canada à Minneapolis afin de solliciter l'aide du gouvernement du Canada pour présenter une « demande préliminaire de clémence » au gouverneur du Montana. Le consul général Robert Déry a répondu ce qui suit :

[TRADUCTION] Étant donné que les règles s'appliquent différemment selon les États et que les affaires où les condamnés se trouvent dans le couloir de la mort sont toutes différentes, nous n'avons pas de procédure normalisée pour soutenir une demande de clémence. Dès que M. Smith sera prêt à déposer sa demande de clémence, nous travaillerons en relation étroite avec vous pour garantir que notre intervention en sa faveur complète votre démarche et les aspects juridiques de l'affaire.

[7] M. Déry a ensuite écrit au gouverneur le 25 mai 1999 pour demander à ce que soit commuée la peine de mort de M. Smith. Il conclut en ces termes sa lettre au gouverneur (écrite en collaboration avec l'avocat de M. Smith) :

[TRADUCTION] J'ai examiné son dossier et ai personnellement rendu visite en prison à M. Smith. Je crois qu'il mérite la clémence, car avec le temps, il a reconnu avoir mal agi et a exprimé du remords. Il se comporte toujours bien en prison et suit des cours universitaires pour obtenir un diplôme.

Je sais que M. Smith dispose encore de plusieurs recours pour faire appel; je crois savoir toutefois que point n'est besoin de tous les recours judiciaires et administratifs aient été épuisés avant de présenter une demande de clémence. Je crois savoir aussi qu'en vertu des lois du Montana, seul le gouverneur peut accorder la clémence.

Le gouvernement du Canada n'a pas de sympathie pour la violence, et la présente lettre ne saurait être interprétée comme étant une appréciation de la culpabilité ou de l'innocence de

the Department of Foreign Affairs and International Trade to seek clemency for Canadian citizens sentenced to death in foreign countries is based on humanitarian considerations.

In view of Mr. Smith's efforts towards rehabilitation, and the significant mitigating circumstances presented in his petition for post conviction relief, I believe there are compelling reasons for commuting his sentence to life in prison. I therefore respectfully request that you give serious consideration to granting executive clemency to Mr. Smith.

Nothing of significance seems to have come from this initial request for clemency apparently because Mr. Smith's legal appeals had not then been exhausted. The record does indicate, though, that the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) continued to be interested in Mr. Smith's case and communicated with him and with his attorneys on a fairly regular basis.

[8] In 2007, Mr. Smith's attorneys and Canadian consular officials focused their attention once again on the issue of clemency. On February 13, 2007, Canadian Consul General, Michael Fine, met with legal counsel for the Montana Governor to discuss Mr. Smith's case. In a DFAIT case note dated February 21, 2007, the outcome of that meeting was described as follows:

Consul General Michael Fine met with Ann Brodsky, Legal Counsel for Montana Governor Brian Schweitzer, on February 13, 2007. Mr. Fine also met with Governor Schweitzer on that date but subject's case was not discussed as members of the media were present. Ms. Brodsky indicated that they are still willing to consider options, however, they are waiting for the conclusion of the current Legislative Session in mid-April. She also indicated that they would want some type of guarantee that subject would spend at least five years in prison in Canada should a transfer occur.

[9] On July 19, 2007, Mr. Smith's attorneys met with the Governor's staff to discuss clemency. In an e-mail the next day to Consular Officer Kimberley Lewis, they described the Governor's views and the need for the assistance of the Canadian government in the following terms:

Further, it was obvious from the meeting that the Governor is weighing the political considerations/ramifications of a decision

M. Smith. Ce sont pour des raisons humanitaires que le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada demande clémence pour des ressortissants canadiens ayant été condamnés à mort à l'étranger.

Au vu des efforts de M. Smith pour se réadapter et des importantes circonstances atténuantes que présente sa demande de recours après condamnation, je suis persuadé qu'il existe des raisons impérieuses pour commuer sa peine en emprisonnement à perpétuité. Je vous prie donc respectueusement de bien vouloir envisager sérieusement d'accorder la clémence de l'exécutif à M. Smith.

Il semble que cette demande initiale de clémence n'ait abouti à aucun résultat d'importance parce qu'à l'époque, tous les recours judiciaires de M. Smith n'avaient pas encore été épuisés. Selon le dossier, cependant, le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (le MAECI) a continué de s'intéresser à l'affaire de M. Smith et a assez régulièrement communiqué avec lui et avec ses avocats.

[8] En 2007, les avocats de M. Smith et des agents consulaires canadiens ont prêté de nouveau attention à la question de la clémence. Le 13 février 2007, le consul général du Canada, Michael Fine, a rencontré l'avocate du gouverneur du Montana pour discuter l'affaire de M. Smith. Une note du MAECI sur l'affaire, du 21 février 2007, présente en ces termes l'issue de cette réunion :

[TRADUCTION] Le 13 février 2007, le consul général du Canada, Michael Fine, a rencontré Ann Brodsky, avocate du gouverneur du Montana, Brian Schweitzer. M. Fine a également rencontré le gouverneur ce même jour, mais l'affaire n'a pas été abordée, la presse étant présente. M<sup>e</sup> Brodsky a fait savoir qu'ils étaient encore disposés à réfléchir à des options, mais qu'ils attendent la clôture de la législature en cours à la mi-avril. Elle a également fait savoir qu'en cas de transfèrement, ils voudraient des garanties, quelles qu'elles soient, que le sujet passerait au moins cinq ans en prison au Canada.

[9] Le 19 juillet 2007, les avocats de M. Smith ont rencontré le personnel du gouverneur pour discuter de la clémence. Dans un courriel adressé le lendemain à l'agente consulaire Kimberley Lewis, ils exposent ainsi les vues du gouverneur et leur besoin d'une aide du gouvernement du Canada :

[TRADUCTION] Il ressort en outre de la réunion que le gouverneur évalue les considérations et ramifications politiques d'une

to commute. In that regard, it was equally obvious that the lynch pin to a decision to commute is going to be the Canadian government and their desire for Ron Smith's commutation and return to Canada.

Finally, as you know, Ron has been incarcerated in the US for 24 years. He is tired and losing hope of winning in the courts and returning to Canada. He has in recent years witnessed most of the other death row inmates' executions. Thus, if we are unsuccessful in the commutation effort, we anticipate that he will demand that his appeals be dismissed and that he will "volunteer" to be executed – as did David Dawson last year.

Thus, in our opinion time is of the essence for this to move forward. While Don and I can handle the mechanics of the application for commutation and hearing on that application, realistically it will only happen if Canada actively pushes for and negotiates the decision to commute with Governor Schweitzer. In the absence of a prior agreement of the Governor to commute Ron's sentence, it would be unrealistic for us to proceed with a commutation application at this time.

We appreciate all of your help and would be happy to discuss this more with you. If you have any questions, please feel free to give us a call.

On September 10, 2007, Mr. Smith's attorney, Gregory Jackson, wrote to Ms. Lewis to again emphasize the importance of Canadian government assistance:

Consequently, it appears to us that unless the Canadian Consulate can "carry the ball" and secure a commitment from Governor Schweitzer on the commutation issue, that we are placed in the position of pursuing the appeals, risking a loss of that appeal and risking Ron's execution or volunteering to be executed. As we are nearing the end of the appeal process, these are all very real possibilities.

Please let us know your thoughts on the situation. Thank you again for your assistance.

[10] The Canadian government's decision to withdraw its long-standing support for Mr. Smith seems to have been made very quickly and without any widespread or considered consultation. On October 26, 2007, Randy Boswell, a reporter with CanWest News Service, asked for a response from DFAIT in connection with a United States news report referring to earlier clemency deliberations between the Montana Governor and Canadian

décision de commuer. Il est également évident que l'élément majeur d'une telle décision sera le gouvernement du Canada et sa volonté que la peine de Ron Smith soit commuée et qu'il retourne au Canada.

Enfin, vous savez que Ron est incarcéré aux États-Unis depuis 24 ans. Il est fatigué, il perd l'espoir d'avoir gain de cause en justice et de retourner au Canada. Ces dernières années, il a été témoin de l'exécution de la plupart des autres détenus du couloir de la mort. Si nous échouons dans nos efforts pour faire commuer sa peine, nous prévoyons donc qu'il demandera à ce que ses appels soient rejetés et qu'il « se portera volontaire » pour être exécuté – comme David Dawson a fait l'an dernier.

Nous pensons donc que le temps presse pour faire avancer le dossier. Don et moi-même pouvons certes assurer la logistique de la demande de commutation et de l'audience pour cette demande, mais la réalité est que ceci n'arrivera que si le Canada pousse et négocie activement la décision de commuer auprès du gouverneur Schweitzer. Il ne serait pas réaliste que nous déposions une demande de commutation si au préalable, le gouverneur n'a pas convenu de commuer la peine de Ron.

Nous vous sommes obligés de toute l'aide que vous voudrez bien nous apporter et serons heureux d'en discuter plus avant avec vous. N'hésitez pas à nous téléphoner si vous avez des questions.

Le 10 septembre 2007, l'un des avocats de M. Smith, Gregory Jackson, a écrit à M<sup>me</sup> Lewis pour souligner de nouveau l'importance de l'assistance du gouvernement du Canada :

[TRADUCTION] Il nous semble donc qu'à moins que le consulat du Canada ne reprenne le flambeau et n'obtienne un engagement de la part du gouverneur Schweitzer à propos de la commutation, nous sommes dans la situation où nous poursuivons les appels, nous risquons de les perdre et nous risquons que Ron soit exécuté ou demande à être exécuté. Nous approchons de la fin de la procédure d'appel et ces possibilités sont tout à fait réelles.

Nous vous renouvelons nos remerciements et vous prions de bien vouloir nous faire savoir votre avis sur la situation.

[10] La décision du gouvernement canadien de retirer le soutien qu'il apportait de longue date à M. Smith semble avoir été prise très rapidement et sans qu'il y ait eu de consultations larges ou réfléchies. Le 26 octobre 2007, un reporter du CanWest News Service, Randy Boswell, a demandé au MAECI une réponse à propos d'un rapport de presse des États-Unis faisant état de délibérations quant à une clémence préliminaire entre le gouverneur

officials. The initial response given by DFAIT was that the government's clemency policy had not changed and that support for Mr. Smith's case would continue on humanitarian grounds. But on October 30, 2007, Mr. Boswell made further enquiries of the Department of Public Safety and was told that "there are no ongoing efforts by our Government to seek a commutation of the death penalty for Mr. Smith". This response was quickly followed by a number of exchanges in the House of Commons where the Government was asked to explain its position.

[11] On November 1, 2007, the Minister of Public Safety, the Honourable Stockwell Day, told Parliament that "[w]e will not actively pursue bringing back to Canada murderers who have been tried in a democratic country that supports the rule of law" [*House of Common Debates*, No. 013, at page 693]. This was followed by a similar statement in the House by the Government Leader, the Honourable Peter Van Loan, on November 2, 2007 [*House of Common Debates*, No. 014, at page 744].

[12] On November 20, 2007, the Minister of Justice and Attorney General of Canada, the Honourable Rob Nicholson, told Parliament that each case for clemency assistance would be examined "on its merits" but "in the case of the individual [Mr. Smith] who was the multiple murderer" no further help would be forthcoming [*House of Common Debates*, No. 020, at page 1115].

[13] On November 22, 2007, Minister Nicholson advised Parliament that the Government's new clemency policy was as follows [*House of Commons Debates*, No. 022, at page 1236]:

What we have indicated, though, and I will repeat this for the hon. member, is that multiple murderers and mass murderers who are convicted in a democracy that adheres to the rule of law cannot necessarily count on a plea for clemency from the Canadian government and patriation back to this country. That message should be very clear. [Emphasis added.]

[14] Minister Nicholson's statement was followed on November 28, 2007, by a statement in Parliament from

du Montana et des fonctionnaires canadiens. Le MAECI a initialement répondu que la politique fédérale en matière de clémence n'avait pas varié et que le soutien à l'affaire de M. Smith se maintiendrait sur le plan humanitaire. Mais le 30 octobre 2007, M. Boswell s'est renseigné plus avant au ministère de la Sécurité publique et a été informé que [TRADUCTION] « notre gouvernement ne déploie pas d'efforts actuellement pour obtenir une commutation de la condamnation à mort de M. Smith ». Il s'est rapidement ensuivi des échanges à la Chambre des communes dans lesquels le gouvernement a été prié d'expliquer sa position.

[11] Le 1<sup>er</sup> novembre 2007, le ministre de la Sécurité publique, Stockwell Day, a déclaré au Parlement que « [le gouvernement ne cherchera] pas activement à ramener au Canada des meurtriers jugés dans un pays démocratique qui soutient la règle de droit » [*Débats de la Chambre des communes*, n° 013, à la page 693]. Le leader du gouvernement, Peter Van Loan, a ensuite fait une déclaration semblable à la Chambre le 2 novembre 2007 [*Débats de la Chambre des communes*, n° 014, à la page 744].

[12] Le 20 novembre 2007, le ministre de la Justice et procureur général du Canada, Rob Nicholson, a déclaré au Parlement que chaque dossier de demande de clémence serait étudié « à son mérite », mais qu'il n'y aurait plus aucune aide « dans le cas d'une personne [M. Smith] qui a commis plusieurs meurtres » [*Débats de la Chambre des communes*, n° 020, à la page 1115].

[13] Le 22 novembre 2007, le ministre Nicholson a informé le Parlement que la nouvelle politique du gouvernement en matière de clémence était la suivante [*Débats de la Chambre des communes*, n° 022, à la page 1236] :

Nous avons cependant fait savoir, et je le répète pour la gouverne du député, que les auteurs d'une série de meurtres qui ont été condamnés dans une démocratie qui souscrit à la primauté du droit ne doivent pas s'attendre à ce que le gouvernement canadien fasse un appel à la clémence en leur faveur et qu'il les rapatrie au Canada. Il faut que cela soit bien clair. [Non souligné dans l'original.]

[14] La déclaration du ministre Nicholson a été suivie d'une déclaration au Parlement par son secrétaire parle-

his Parliamentary Secretary, Rob Moore [*House of Commons Debates*, No. 026, at page 1493]:

With respect to clemency, as the Minister of Justice has said, our government will deal with the issue on a case by case basis. Potentially, if another country will only grant clemency on the basis of the offender being repatriated to Canada, we may have difficulty inasmuch as an offender who has committed murder abroad could potentially be eligible for parole in Canada and subsequently be free to live in our communities.

As is evident from our ambitious justice agenda, our government's first priority is to protect Canadians. We would be abdicating that responsibility by the potential release of a murderer, particularly one who has committed not one but multiple murders.

I am confident that Canadians do not want murderers free to roam our streets, especially if they have not served a sentence proportionate to the seriousness of their crime.

[15] On January 31, 2008, the Parliamentary Secretary to the Minister of Foreign Affairs, Deepak Obhrai, told Parliament that “[i]n cases where Canadians face the death penalty abroad, the Government of Canada, on a case by case basis, based on what is in the best interest of Canada, will continue to consider whether to seek clemency” [*House of Common Debates*, No. 041, at page 2457].

[16] On March 31, 2008, the Minister of Foreign Affairs, the Honourable Maxime Bernier, in a Parliamentary exchange with the Honourable Irwin Cotler presented what appears to be the most detailed version of the Government's policy [*House of Commons Debates*, No. 068, at page 4252]:

Question No. 194—**Hon. Irwin Cotler**:

With regards to Canadians sentenced to death abroad, does the government have a clemency policy and, if so: (a) when was this new policy adopted; (b) which Ministers, departments, agencies, and officials were responsible for the creation of this policy; (c) what factors are considered in a clemency determination; (d) what specific information is collected by Foreign Affairs and consular officials when evaluating clemency requests; (e) what criteria must one meet to be granted clemency; (f) what process exists for review of clemency determinations by the government; (g)

mentaire, Rob Moore, le 28 novembre 2007 [*Débats de la Chambre des communes*, n° 026, à la page 1493] :

Pour ce qui est de la question de la clémence, comme le ministre de la Justice l'a souligné, notre gouvernement étudiera chaque cas individuellement. Si un autre pays n'acceptait de faire preuve de clémence que si le contrevenant était rapatrié au Canada, nous pourrions avoir des problèmes, en ce sens qu'un contrevenant qui aurait commis un meurtre à l'étranger pourrait devenir admissible à une libération conditionnelle au Canada et vivre ensuite en liberté dans nos collectivités.

Comme le démontre bien notre ambitieux programme dans le domaine de la justice, la protection des Canadiens est la principale priorité de notre gouvernement. Nous abdiquerions nos responsabilités en rendant possible la libération d'un meurtrier, particulièrement d'une personne ayant commis non pas un, mais plusieurs meurtres.

Je suis persuadé que les Canadiens ne tiennent pas à ce que les meurtriers soient libres de se promener dans nos rues, surtout s'ils n'ont pas purgé une peine proportionnelle à la gravité de leur crime.

[15] Le 31 janvier 2008, le secrétaire parlementaire du ministre des Affaires étrangères, Deepak Obhrai, a déclaré au Parlement que « dans les cas où des Canadiens ont été condamnés à la peine de mort à l'étranger, le gouvernement du Canada continuera de déterminer, au cas par cas et en se fondant sur ce qui est dans l'intérêt du Canada, s'il doit demander la clémence » [*Débats de la Chambre des communes*, n° 041, à la page 2457].

[16] Le 31 mars 2008, le ministre des Affaires étrangères, Maxime Bernier, a présenté lors d'un échange au Parlement avec le député Irwin Cotler ce qui semble être la version la plus détaillée de la politique gouvernementale [*Débats de la Chambre des communes*, n° 068, à la page 4252] :

Question n° 194 — **L'hon. Irwin Cotler** :

En ce qui concerne les Canadiens condamnés à mort à l'étranger, le gouvernement a-t-il une politique en matière de clémence et, dans l'affirmative : a) quand cette nouvelle politique a-t-elle été adoptée; b) de quels ministres, ministères, organismes et fonctionnaires émane-t-elle; c) quels facteurs sont pris en considération dans les décisions relatives aux demandes de clémence; d) de quels renseignements précis les représentants des Affaires étrangères et les agents consulaires ont-ils besoin au moment d'évaluer les demandes de clémence; e) quels critères faut-il respecter



what oversight process exists for clemency determinations by the government; (h) how does a person apply for clemency protection under this process; (i) is there an appeal process for clemency determinations under this policy; and (j) which Minister, Ministry, Department, Agency, or officials will make clemency determinations for the government?

**Hon. Maxime Bernier (Minister of Foreign Affairs, CPC):** Mr. Speaker, in response to (a), as of October 31, 2007, the Government has clearly stated that it will address requests for clemency on a case by case basis.

In response to (b) and (j), the Minister of Foreign Affairs has the responsibility under the Department of Foreign Affairs Act to conduct all diplomatic and consular relations on behalf of the Government of Canada, which includes any representations to a foreign government requesting clemency.

In response to (c), (d) and (e), relevant factors would include all the details of the individual case and reference to applicable international standards on the death penalty.

In response to (f), (g), (h) and (i), the Government of Canada's position has been very clear with respect to this matter. Canadian citizens detained abroad will continue to receive consular assistance. In cases where Canadians face the death penalty abroad, the Government of Canada will continue to consider whether to seek clemency on a case by case basis. [Emphasis added.]

[17] Except for the various Parliamentary statements noted above and a variety of similar press statements attributed to Government ministers and representatives, the respondents have provided no evidence of a new Canadian government policy on clemency or with respect to the decision to deny further support to Mr. Smith's bid for clemency. The record before me also establishes that the Government did not seek any input from Mr. Smith or from his legal advisors before it decided to withdraw its support.

## II. Issues

[18] (a) Are the issues raised in this proceeding justiciable and, if the issues are justiciable, did the respondents breach a duty of fairness in the manner of their

pour se voir accorder la clémence; f) existe-t-il un mécanisme de révision des décisions du gouvernement en matière de clémence; g) existe-t-il un mécanisme de surveillance des décisions du gouvernement en matière de clémence; h) quelle est la marche à suivre pour présenter une demande de clémence; i) existe-t-il un mécanisme pour en appeler des décisions prises en matière de clémence en vertu de la politique en vigueur; j) à quel ministre, ministère, organisme ou fonctionnaires incombe-t-il de rendre les décisions relatives aux demandes de clémence au nom du gouvernement?

**L'hon. Maxime Bernier (ministre des Affaires étrangères, PCC):** Monsieur le Président, les réponses sont les suivantes : a) Depuis le 31 octobre 2007, le gouvernement a déclaré qu'il traiterait les demandes de clémence au cas par cas.

b) j) Le ministre des Affaires étrangères a la responsabilité, en vertu de la Loi sur le ministère des Affaires étrangères, de diriger les relations diplomatiques et consulaires du Canada, notamment les représentations faites auprès d'un gouvernement étranger pour demander la clémence.

c) d) e) Parmi les facteurs pertinents, on compte toutes les circonstances de l'affaire et les normes internationales en vigueur relatives à la peine de mort.

f) g) h) i) Le gouvernement du Canada a indiqué clairement sa position à cet égard. Les citoyens canadiens détenus à l'étranger continueront d'obtenir de l'aide consulaire. Dans les cas où des Canadiens sont condamnés à la peine de mort à l'étranger, le gouvernement du Canada continuera d'examiner au cas par cas la possibilité d'obtenir la clémence. [Non souligné dans l'original.]

[17] Exception faite des diverses déclarations au Parlement susmentionnées et de diverses déclarations de même nature à la presse, attribuées aux ministres ou à des représentants gouvernementaux, les défendeurs n'ont apporté aucune preuve d'une nouvelle politique gouvernementale relativement à la clémence ou à la décision de refuser désormais de soutenir la demande de clémence de M. Smith. Selon le dossier dont je dispose, le gouvernement n'a sollicité aucun renseignement auprès de M. Smith ou auprès de ses avocats avant de décider de retirer son soutien.

## II. Les questions en litige

[18] a) Les questions que soulève cette instance sont-elles du ressort des tribunaux et si oui, les défendeurs ont-ils manqué à une obligation d'équité par leur

withdrawal of diplomatic assistance for the applicant's pending petition for clemency?

(b) Does the government's asserted policy concerning the provision of diplomatic assistance for clemency for Canadians facing the death penalty abroad violate the Charter or contravene paragraphs 10(2)(a), 10(2)(i) and 10(2)(j) of the *Department of Foreign Affairs and International Trade Act*, R.S.C., 1985, c. E-22?

### III. Analysis

[19] The issues presented by this case are unique and, in some measure, the relief that Mr. Smith seeks would extend the previously recognized boundaries of Canadian law.

[20] The issue of the extradition of an accused to face potential execution has been thoroughly addressed by the Supreme Court of Canada in *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283. The *Burns* decision was followed by *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, which involved the issue of deportation to potential torture or death. In both cases, the Court examined the balance that must be struck between the need to protect the safety of the public and the importance of maintaining respect for liberty, the rule of law and the principles of fundamental justice. Neither of these decisions concerned a situation like that of Mr. Smith who is outside of Canada and, therefore, beyond the effective control of Canadian authorities.

[21] In *Burns* and *Suresh* there was found to be a sufficient connection between the conduct of the Canadian government and the risk of execution or torture because the government was not "merely a passive participant" in the processes giving rise to those risks. In both cases the Court prevented the Government from taking a step which was causally linked to the foreign risks they each faced. Here the situation is different because the Canadian government has no control over Mr. Smith and no control of the legal process which has put him at risk of execution in Montana. The most that Mr. Smith can expect from his Government is that it exert its influence on the Montana Governor in support of his bid for

façon de retirer leur assistance diplomatique à la demande de clémence présentée par le demandeur?

b) La politique énoncée par le gouvernement quant à l'assistance diplomatique à assurer aux Canadiens condamnés à mort à l'étranger contrevient-elle à la Charte ou aux alinéas 10(2)a), 10(2)i) et 10(2)j) de la *Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*, L.R.C. (1985), ch. E-22?

### III. Analyse

[19] Les questions qui se posent en l'espèce sont uniques et dans une certaine mesure, le recours que sollicite M. Smith élargirait les limites établies du droit canadien.

[20] La Cour suprême du Canada a analysé en profondeur la question de l'extradition d'un accusé risquant d'être exécuté dans *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283. L'arrêt *Burns* a été suivi par l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, qui portait sur l'expulsion impliquant un risque de torture ou de mort. Dans ces deux arrêts, la Cour suprême a analysé l'équilibre à établir entre la nécessité de protéger la sécurité de la population et l'importance de respecter la liberté, la primauté du droit et les principes de la justice fondamentale. Dans aucun de ces deux arrêts, il n'y avait une situation comparable à celle de M. Smith, qui se trouve hors du Canada et donc, hors du contrôle effectif des autorités canadiennes.

[21] Il a été conclu dans les arrêts *Burns* et *Suresh* qu'il existait un rapport suffisant entre la conduite du gouvernement du Canada et le risque d'exécution ou de torture, car le gouvernement n'était pas « qu'un acteur passif » dans les procédures à l'origine de ces risques. Dans les deux affaires, la Cour suprême a empêché le gouvernement de prendre une mesure ayant une relation causale avec ce que risquaient les deux appelants à l'étranger. En l'espèce, la situation est différente, car le gouvernement du Canada ne maîtrise pas la situation de M. Smith, ni la procédure judiciaire selon laquelle il risque d'être exécuté au Montana. Il peut tout au plus attendre du Canada que son gouvernement exerce son

clemency. But, as noted above, the Government wishes to remain passive to his plight.

[22] The respondents say that the Canadian government owes no justiciable legal duties to Mr. Smith because the decision not to support him falls squarely within the Crown prerogative to conduct Canada's foreign affairs, including the right to speak freely with a foreign state on all such matters. They also contend that no duty of procedural fairness arises where the interventions being sought will not be determinative of Mr. Smith's fate and where their potential efficacy is a matter of supposed speculation.

[23] The respondents do acknowledge that the general principle of non-justiciability is subject to constitutional obligations and to situations where individual rights or private law interests are engaged. But they assert that this case is only about the Government's decision to adopt a new foreign policy on clemency for Canadians facing the death penalty in other countries. This, they say, is fundamentally a matter involving political and morality-based choices lacking a sufficient legal component to allow for judicial review. In making this argument the respondents rely heavily upon the decision of the England and Wales Court of Appeal in *Abbasi & Anor, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1598, and on the Ontario Court of Appeal decision in *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215.

[24] *Abbasi* was a case involving a British citizen who was detained by the United States Government in Guantánamo Bay, Cuba. The British Foreign Office had intervened, in some measure, with the American authorities on behalf of Mr. Abbasi but he sought an order to compel British officials to do more. Ultimately the Court declined to grant relief to Mr. Abbasi and there is no question that this unwillingness to intervene was based on a recognition of the non-justiciability of executive decisions involving finely nuanced and multifaceted political judgments. The decision also applied a

influence sur le gouverneur du Montana, de façon à soutenir sa demande de clémence. Mais ainsi que je l'ai mentionné ci-dessus, le gouvernement souhaite demeurer passif à l'égard de son triste sort.

[22] Les défendeurs affirment que le gouvernement du Canada n'a envers M. Smith aucune obligation légale dont l'exécution puisse être exigée devant les tribunaux, car la décision de ne pas le soutenir relève clairement de la prérogative royale de mener les affaires extérieures du Canada, y compris le droit de s'entretenir librement à leur sujet avec un État étranger. Ils allèguent qu'aucune obligation d'équité procédurale ne surgit si les interventions sollicitées ne déterminent pas le sort de M. Smith et si leur efficacité possible est affaire de conjectures.

[23] Les défendeurs reconnaissent certes que le principe général de non-justiciabilité est soumis à des obligations constitutionnelles et limité par des situations où des droits individuels ou des intérêts de droit privé sont en cause. Ils soutiennent toutefois que la présente affaire ne porte que sur la décision du gouvernement d'adopter une nouvelle politique étrangère en matière de clémence pour les Canadiens risquant la peine de mort à l'étranger. Selon eux, il s'agit fondamentalement d'une affaire impliquant des choix politiques, fondés sur la morale, sans élément juridique suffisant qui autorise le contrôle judiciaire. Cet argument des défendeurs s'appuie fortement sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Angleterre et du pays de Galles dans *Abbasi & Anor, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1598, et sur la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215.

[24] Il s'agissait dans *Abbasi* d'un citoyen britannique détenu par les États-Unis au camp de la baie de Guantánamo (Cuba). Le Foreign Office du Royaume-Uni était intervenu en sa faveur, dans une certaine mesure, auprès des autorités des États-Unis, mais M. Abbasi avait sollicité une ordonnance contraignant les autorités britanniques à faire plus. La Cour a en définitive refusé d'y consentir, et il est indéniable que ce refus d'intervenir s'est fondé sur la reconnaissance de la non-justiciabilité des décisions de l'exécutif comportant des jugements politiques subtils et plurifactoriels. La décision a en

line of “formidable” authorities which had declared matters involving the content of high-foreign policy and the exercise of “delicate diplomacy” to be immune from judicial review.

[25] The *Abbasi* decision makes it quite clear, though, that where the application of foreign policy requires certain criteria to be satisfied, the process of decision making—as distinct from its content—may be subject to judicial review. Thus in cases where the application of policy involves a fair consideration of relevant factors, the refusal of the decision maker to even consider an individual claim to relief may attract judicial review. The Court in *Abbasi* also observed that judicial review may be available where the exercise of executive discretion to refuse support to a citizen was “irrational or contrary to legitimate expectation”. These qualifications to the non-justiciability principle were described in the following passages [at paragraphs 99–100, 104 and 106]:

What then is the nature of the expectation that a British subject in the position of Mr Abbasi can legitimately hold in relation to the response of the government to a request for assistance? The policy statements that we have cited underline the very limited nature of the expectation. They indicate that where certain criteria are satisfied, the government will “consider” making representations. Whether to make any representations in a particular case, and if so in what form, is left entirely to the discretion of the Secretary of State. That gives free play to the “balance” to which Lord Diplock referred in *GCHQ*. The Secretary of State must be free to give full weight to foreign policy considerations, which are not justiciable. However, that does not mean the whole process is immune from judicial scrutiny. The citizen’s legitimate expectation is that his request will be “considered”, and that in that consideration all relevant factors will be thrown into the balance.

One vital factor, as the policy recognises, is the nature and extent of the injustice, which he claims to have suffered. Even where there has been a gross miscarriage of justice, there may perhaps be overriding reasons of foreign policy which may lead the Secretary of State to decline to intervene. However, unless and until he has formed some judgment as to the gravity of the miscarriage, it is impossible for that balance to be properly conducted.

...

autre appliqué une jurisprudence « impressionnante », selon laquelle les affaires comportant un contenu de politique étrangère sensible et l’exercice d’une « diplomatie délicate » échappent au contrôle judiciaire.

[25] L’arrêt *Abbasi* affirme sans ambiguïté cependant que si l’application de la politique étrangère exige que certains critères soient respectés, le processus décisionnel — que l’on distingue de son contenu — peut être soumis au contrôle judiciaire. Ainsi, si l’application de la politique suppose un examen équitable de certains facteurs pertinents, le refus du décideur ne serait-ce que de prendre en compte une demande individuelle de réparation peut donner lieu à un contrôle judiciaire. La Cour a aussi souligné dans *Abbasi* qu’il peut y avoir contrôle judiciaire si l’exécutif exerce son pouvoir discrétionnaire de façon [TRADUCTION] « irrationnelle ou contraire aux attentes légitimes » pour refuser d’aider un citoyen. Les extraits suivants exposent ces atténuations du principe de non-justiciabilité [aux paragraphes 99 et 100, 104 et 106] :

[TRADUCTION] De quelle nature est alors ce qu’un ressortissant britannique dans la situation de M. Abbasi peut légitimement attendre quant à la réponse du gouvernement à une demande d’assistance? Les énoncés politiques que nous avons cités soulignent la nature fort restreinte de l’attente. Ils indiquent que si certains critères sont respectés, le gouvernement « envisagera » d’intervenir. Le secrétaire d’État a toute latitude pour décider ou non d’intervenir dans une affaire particulière, et de quelle façon. Cela permet « l’équilibre » dont lord Diplock a fait état dans *GCHQ*. Le secrétaire d’État doit pouvoir donner tout leur poids aux considérations de politique étrangère, qui ne sont pas du ressort des tribunaux. Cela ne signifie pas pour autant que l’ensemble du processus soit à l’abri du droit de regard des tribunaux. Le citoyen s’attend légitimement à ce que sa demande soit « prise en compte » et à ce que tous les facteurs pertinents soient pondérés au cours de cet examen.

La politique reconnaît que la nature et la portée de l’injustice, qu’il prétend avoir subie, est un facteur primordial. Même s’il y a eu un déni de justice flagrant, des raisons de politique étrangère peuvent peut-être primer, amenant peut-être ainsi le secrétaire d’État à refuser d’intervenir. Tant qu’il ne s’est pas fait une opinion de la gravité du déni de justice, il est cependant impossible d’effectuer convenablement cette pondération.

[...]

The extreme case where judicial review would lie in relation to diplomatic protection would be if the Foreign and Commonwealth Office were, contrary to its stated practice, to refuse even to consider whether to make diplomatic representations on behalf of a subject whose fundamental rights were being violated. In such, unlikely, circumstances we consider that it would be appropriate for the court to make a mandatory order to the Foreign Secretary to give due consideration to the applicant's case.

...

We would summarise our views as to what the authorities establish as follows:

...

iv. It is highly likely that any decision of the Foreign and Commonwealth Office, as to whether to make representations on a diplomatic level, will be intimately connected with decisions relating to this country's foreign policy, but an obligation to consider the position of a particular British citizen and consider the extent to which some action might be taken on his behalf, would seem unlikely itself to impinge on any forbidden area.

[26] The Ontario Court of Appeal decision in *Black* contains a thorough and considered review of the principles of justiciability in the Canadian foreign policy context. The Court held that it is the subject-matter of the power being exercised and not its source (statutory, prerogative, etc.) that dictates whether a decision is justiciable. This was said to involve a consideration of the appropriateness of a court deciding a particular issue instead of deferring to other decision-making institutions. Decisions involving pure policy or political choices in the nature of Crown prerogatives are generally not amenable to judicial review because their subject-matter is not suitable to judicial assessment. But where the subject-matter of a decision directly affects the rights or legitimate expectations of an individual, a court is both competent and qualified to review it. In making this distinction Justice Laskin cited with approval the House of Lords decision in *Council of Civil Service Unions v. Minister for Civil Service*, [1985] A.C. 374 where at page 408 Lord Diplock held that even the exercise of a Crown prerogative was judicially reviewable where an individual is deprived of some benefit or advantage which had been enjoyed in the past. According to Lord Diplock an expectation of continuing advantage is only

Le cas extrême de contrôle judiciaire à propos de la protection diplomatique serait si le Foreign and Commonwealth Office refusait, contrairement à son usage établi, ne serait-ce que de réfléchir à la possibilité d'intervenir en faveur d'un sujet dont les droits fondamentaux ont été violés. En pareil cas, qui n'a aucune probabilité, nous jugeons qu'il conviendrait que le tribunal rende une ordonnance enjoignant au secrétaire au Foreign Office de tenir dûment compte de la situation du demandeur.

[...]

Nous résumons ainsi notre opinion de ce qu'a établi la jurisprudence :

[...]

iv. Il est tout à fait probable que les décisions du Foreign and Commonwealth Office en matière d'intervention sur le plan diplomatique seront étroitement liées aux décisions touchant la politique étrangère de ce pays, mais il semble improbable qu'en soi, une obligation de tenir compte de la situation d'un ressortissant britannique donné et d'examiner dans quelle mesure une intervention pourrait être faite en sa faveur, empièterait sur des zones interdites.

[26] La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Black* comporte un examen approfondi et réfléchi des principes d'assujettissement à la compétence des tribunaux dans le contexte de la politique étrangère canadienne. La Cour a jugé que c'est l'objet du pouvoir exercé, et non sa source (loi, prérogative, etc.) qui détermine la justiciabilité d'une décision. Il s'agit, a-t-elle affirmé, d'étudier l'opportunité pour les tribunaux de décider d'une question particulière au lieu d'en déferer à d'autres instances décisionnelles. Les décisions comportant des choix purement stratégiques ou politiques de la nature des prérogatives royales échappent en général au contrôle judiciaire, car leur objet ne se prête pas à un examen par les tribunaux. En revanche si l'objet de la décision affecte directement les droits ou les attentes légitimes d'une personne, la cour est à la fois compétente et qualifiée pour la contrôler. En posant cette distinction, le juge Laskin a cité en l'approuvant la décision de la Chambre des lords dans *Council of Civil Service Unions v. Minister for Civil Service*, [1985] A.C. 374, dans laquelle lord Diplock a conclu à la page 408 que même l'exercice d'une prérogative royale peut être assujettie au contrôle judiciaire si la personne se trouve privée d'avantages dont elle avait disposé antérieurement.

removable by the Crown on rational grounds and where the affected person has had the opportunity to comment.

[27] The interest at stake in the *Black* case was the potential conferral by the Queen of a Royal Peerage. Mr. Black made no assertion that he had been denied procedural fairness but only that the Prime Minister's negative intervention with the Queen had been based on wrong legal advice and a mistaken interpretation of Canadian honours policy. Perhaps in keeping with Canadian sensibilities, Justice Laskin held that the potential grant of a British honour did not engage an important individual interest or give rise to real adverse consequences for Mr. Black. Justice Laskin also discussed the Crown prerogative of mercy (pardon) which has traditionally been viewed as beyond the scope of judicial review. Nevertheless, Justice Laskin said that the discretion to grant a pardon could raise important liberty or personal interests which would attract procedural rights: see *Black*, above, at paragraph 55.

[28] From these and other authorities it is clear that, subject to Parliament and to the Constitution, it is open to the Government of Canada in its assessment of the public interest to freely change its policies from time to time. The development of broad public policy is, after all, an exercise of the executive function which is generally not amenable to judicial review. Similarly, I accept that the exercise of the prerogative to develop and implement diplomatic and foreign policy initiatives is generally beyond the scope of judicial scrutiny.

[29] At the other end of the spectrum of government decision making are decisions of an administrative character which affect the rights, privileges or interests of an individual: see *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 653 and *Black*, above, at paragraph 51. Such decisions are reviewable and they are subject to the principles of procedural fairness.

Selon lord Diplock, l'État peut révoquer une attente d'avantage permanent seulement s'il a des motifs rationnels et si la personne concernée a eu la possibilité de présenter des commentaires.

[27] L'intérêt en cause dans l'arrêt *Black* était l'octroi possible de la pairie par la reine. M. Black avait seulement allégué que l'intervention négative du premier ministre auprès de la reine avait été fondée sur des avis juridiques erronés et une mauvaise interprétation de la politique canadienne en matière de distinctions, sans prétendre qu'on lui avait refusé l'équité procédurale. Le juge Laskin a conclu, peut-être en conformité avec la sensibilité canadienne, que l'attribution possible d'une distinction britannique ne mettait pas en cause un intérêt individuel important, ou n'engendrait pas de conséquences négatives réelles pour M. Black. Le juge Laskin a également analysé la prérogative royale de clémence (réhabilitation), considérée traditionnellement comme se situant en dehors de la portée du contrôle judiciaire. Le juge Laskin a néanmoins affirmé que le pouvoir de réhabiliter pouvait mettre en jeu le droit à la liberté ou des intérêts personnels importants, lesquels mériteraient des droits procéduraux : voir *Black*, précité, au paragraphe 55.

[28] Il m'apparaît d'après la jurisprudence, notamment celle précitée, qu'il est loisible au gouvernement du Canada, tout en demeurant assujéti au Parlement et à la Constitution, dans son appréciation de l'intérêt public, de modifier ses politiques librement et de temps à autre. L'élaboration des grandes politiques publiques fait partie après tout des fonctions de l'exécutif, et n'est pas généralement susceptible de contrôle judiciaire. De même, j'admets que l'exercice de la prérogative d'élaborer et de mettre en œuvre des actions diplomatiques et de politique étrangère échappe à l'examen par les tribunaux.

[29] Les décisions de nature administrative qui affectent les droits, les privilèges ou les intérêts des personnes se situent à l'autre extrémité du continuum de la prise de décisions par le gouvernement : voir *Cardinal et autre c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la page 653, et *Black*, précité, au paragraphe 51. Ces décisions peuvent faire l'objet d'un examen et sont assujéties aux principes de l'équité procédurale.

Where does this decision fit on the justiciability continuum?

[30] In order to resolve the issue of justiciability in this case it is necessary to properly characterize the decision under review. The respondents argue that the withdrawal of clemency support for Mr. Smith was merely the incidental consequence of applying a new policy on clemency. Mr. Smith contends that the Government's characterization of the decision as a policy choice is mere camouflage for a decision which very deliberately and singularly targeted him.

[31] In my view the respondents' argument misses the point. Even if there was a discernible change in the Government's clemency policy it is fallacious to say that that alone constitutes the decision under review in this case. At some point someone with the authority to do so had to apply any new clemency policy to Mr. Smith to determine whether he fit within it. That is where Mr. Smith's specific and considerable interests were at stake and where the Government owed him a clear duty of fairness.

[32] The respondents' justiciability argument is also entirely dependent on the existence of a new government clemency policy and, on the evidence before me, it is quite obvious there was no such policy. Various government representatives had advanced views on what a new policy ought to be but there is no evidence of a consensus or of a policy decision being taken by anyone. I also have no idea who made the *de facto* decision to withdraw government support for Mr. Smith or which of the contradictory statements of policy were applied to his case.

[33] If the new Government policy was represented by the views of Minister Bernier as stated in Parliament on March 31, 2008, Mr. Smith was entitled to have his case individually reviewed on the basis of all relevant mitigating and aggravating factors including applicable international standards on the death penalty. The respondents have produced no evidence of any such review and it is reasonable to conclude that none was done.

Où la présente décision se situe-t-elle sur le continuum de la justiciabilité?

[30] Afin de résoudre la question de la justiciabilité en l'espèce, il faut qualifier correctement la décision contestée. Les défendeurs allèguent que le retrait du soutien aux demandes de clémence de M. Smith n'a été qu'une conséquence indirecte de l'application d'une nouvelle politique en matière de clémence. M. Smith soutient que le fait que le gouvernement qualifie la décision de choix de politique ne fait que camoufler une décision qui le cible, tout à fait délibérément et précisément.

[31] L'argument des défendeurs passe à mon avis à côté de la question. Même s'il y avait un changement palpable de la politique gouvernementale en matière de clémence, il serait fallacieux d'affirmer qu'il constitue à lui seul la décision contestée en l'espèce. Quelqu'un ayant autorité pour ce faire a bien dû à un moment donné appliquer la nouvelle politique à M. Smith afin de déterminer si elle le visait. C'est à ce moment-là qu'ont été en jeu les intérêts particuliers et considérables de M. Smith, c'est à ce moment-là que le gouvernement avait clairement une obligation d'équité envers lui.

[32] L'argument des défendeurs fondé sur la justiciabilité repose entièrement sur l'existence d'une nouvelle politique gouvernementale en matière de clémence, et d'après les preuves dont je dispose, il est tout à fait évident qu'il n'en existe pas. Divers représentants gouvernementaux se sont exprimés sur ce que devrait être une nouvelle politique, mais il n'existe aucune preuve de consensus ou de décision stratégique prise par qui-conque. J'ignore également qui a pris la décision *de facto* de retirer à M. Smith le soutien du gouvernement ou lesquels des énoncés de politique contradictoires ont été appliqués à son affaire.

[33] Si ce sont les vues exprimées par le ministre Bernier au Parlement le 31 mars 2008 qui représentent la nouvelle politique gouvernementale, l'affaire de M. Smith était admissible à un examen individuel sur la base de tous les facteurs atténuants et aggravants pertinents, y compris les normes internationales applicables en matière de peine de mort. Les défendeurs n'ont présenté aucune preuve d'un tel examen et il est raisonnable de conclure qu'il n'y en a pas eu.

[34] If the new Government clemency policy was represented by the views of Parliamentary Secretary to the Minister of Justice and Attorney General Rob Moore, as stated in Parliament on November 28, 2007, clemency support was to be determined on a case-by-case basis including consideration of the possible obligation to accept repatriation of the offender to Canada and whether the sentence already served was appropriate to the seriousness of the crime. This version of the supposed policy would have required the decision maker to determine if repatriation of Mr. Smith was a pre-condition to the grant of clemency. The evidence on this point is only that the Governor of Montana had raised repatriation of Mr. Smith and the length of his Canadian incarceration as issues but that they had not been presented by the Governor as absolute pre-conditions to clemency.<sup>1</sup> In any event the Government of Canada did not have the unilateral authority to agree to those conditions and, accordingly, the Governor of Montana could not reasonably insist upon their fulfillment as conditions to the grant of clemency. If repatriation of Mr. Smith was the determinative issue for assisting his clemency request in accordance with a new Government clemency policy, it was clearly premature for the Government to withdraw its support when it did. I also have no evidence here that anyone in authority considered the sufficiency of the 25 years that Mr. Smith has spent on death row under threat of execution. While he may not yet have served a sentence proportionate to the seriousness of his crimes, there still would have to be some consideration of those facts if the Government's clemency policy included such an assessment.

[35] Even though the respondents were unable to produce an official statement of the Government's supposed new clemency policy, the Court was invited to divine or to construct such a policy from the various public statements made by ministers of the Crown and by other government representatives. When asked, counsel for the respondents indicated that such an analysis would lead the Court to the following version of the new policy:

[34] Si ce sont les vues exprimées par le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et procureur général Rob Moore au Parlement le 28 novembre 2007 qui représentent la nouvelle politique gouvernementale, le soutien à des demandes de clémence devait être déterminé au cas par cas, notamment en prenant en compte l'obligation possible d'accepter que le délinquant soit rapatrié au Canada et la question de savoir si la peine déjà purgée convenait à la gravité de l'acte criminel. Pour cette version de la prétendue politique, il aurait fallu que l'auteur de la décision détermine si le rapatriement de M. Smith était une condition préalable à la clémence. Tout ce qui a été établi à cet égard, c'est que le gouverneur du Montana a soulevé la question du rapatriement de M. Smith et celle de la durée de son incarcération au Canada, sans toutefois en faire des conditions préalables absolues à la clémence<sup>1</sup>. Quoiqu'il en soit, le gouvernement du Canada n'avait pas le pouvoir de donner unilatéralement son accord à ces conditions, et le gouverneur du Montana ne pouvait donc raisonnablement insister pour qu'elles soient remplies avant d'accorder sa clémence. Si le rapatriement de M. Smith était la question déterminante quant à une intervention en faveur de son appel à la clémence conformément à une nouvelle politique gouvernementale en matière de clémence, il était à l'évidence prématuré pour le gouvernement de retirer son soutien au moment où il l'a fait. Je n'ai pas été saisi non plus d'éléments de preuve que quiconque ayant autorité se soit demandé si les 25 années que M. Smith a passées dans le couloir de la mort, risquant à tout moment d'être exécuté, étaient une peine suffisante. Même s'il n'a peut-être pas encore purgé une peine proportionnelle à la gravité de ses actes, il faudrait cependant tenir compte de ces faits de quelque façon, si la politique gouvernementale en matière de clémence comprend une telle appréciation.

[35] Même si les défendeurs n'ont pas été en mesure de présenter un énoncé officiel de la prétendue nouvelle politique gouvernementale en matière de clémence, la Cour a été invitée à deviner ou à s'en faire une idée à partir des diverses déclarations publiques des ministres fédéraux et des représentants gouvernementaux. Quand on l'a interrogé à cet égard, l'avocat des défendeurs a fait savoir qu'avec une telle analyse, la Cour obtiendrait la version suivante de la nouvelle politique :



The Government will not intervene in clemency applications by a Canadian facing a capital sentence in a democratic country that honours the rule of law.

When counsel for the respondents was then asked if the above version constituted the Government's official clemency policy, the surprising answer was "no". He asserted only that this version represented his best attempt to construct the policy from available public sources and that he was authorized by the respondents to put it forward on that basis only.

[36] It is perhaps not altogether surprising that the Court was invited to accept that the Government's new clemency policy was as stated above. That version would presumably apply to Mr. Smith because he was sentenced—indeed repeatedly sentenced—in a democratic jurisdiction which follows the rule of law. That version of a clemency policy essentially removes any element of discretion in its application. However, when counsel for the respondents was asked if that statement of the policy allowed for any exceptions including situations involving young offenders or persons with intellectual challenges, his response was that the policy might be changed if the circumstances required it. In other words, even that version of the policy was variable if it was found to be wanting in a particular case.

[37] In the end, of course, the respondents' arguments about the supposed clemency policy are wholly without merit. Government policy cannot be created by a process as amorphous and unaccountable as the one followed here. Government policy is not and cannot be the sum total of contradictory public statements of its ministers and spokespersons made inside or outside of Parliament. While the government is generally free to change its policies there must still be a tangible and intelligible articulation of any policy before it can be applied to a case like Mr. Smith's. Mr. Smith was entitled to know precisely what the new clemency policy was before it was applied to his situation. He could not be expected to discern the policy by sorting through the inconsistent versions offered by various government representatives.

[TRANSLATION] Le gouvernement n'interviendra pas dans les demandes de clémence déposées par les Canadiens risquant la peine de mort dans une démocratie qui souscrit à la primauté du droit.

Quand on lui a ensuite demandé si ladite version constituait la nouvelle politique officielle du gouvernement en matière de clémence, sa réponse a été que non; ce qui ne laisse pas de surprendre. Il a seulement affirmé que cette version était ce qu'il pouvait faire de mieux comme tentative d'interprétation de la politique à partir des sources publiques à sa disposition et que les défendeurs l'avaient autorisé à la présenter à ce seul titre.

[36] Peut-être ne faut-il pas trop se surprendre de ce que la Cour ait été invitée à accepter la nouvelle politique gouvernementale en matière de clémence selon la formulation précitée. Cette version s'appliquerait censément à M. Smith, puisqu'il a été condamné — à n'en pas douter à plusieurs reprises — dans une démocratie qui souscrit à la primauté du droit. Cette version de politique en matière de clémence écarte essentiellement tout pouvoir discrétionnaire pour son application. Toutefois, quand on a demandé à l'avocat des défendeurs si cet énoncé autorisait des exceptions, notamment dans des situations impliquant de jeunes contrevenants ou des personnes atteintes de déficiences intellectuelles, il a répondu que la politique pourrait être modifiée si les circonstances l'exigeaient. Autrement dit, même cette version de la politique pourrait se voir modifier si elle s'avérait insuffisante dans une affaire en particulier.

[37] En définitive, les arguments des défendeurs quant à la prétendue politique en matière de clémence sont bien sûr sans aucun fondement. Les politiques gouvernementales ne peuvent être fixées par une procédure aussi amorphe, aussi irresponsable que celle qui a été suivie en l'espèce. Les politiques gouvernementales ne sont pas, et ne peuvent être, la somme de déclarations publiques contradictoires faites par des ministres et des porte-parole gouvernementaux au Parlement ou ailleurs. Certes il est généralement loisible au gouvernement de modifier ses politiques, mais une politique donnée doit tout de même s'articuler de façon tangible et intelligible avant de pouvoir s'appliquer à une affaire comme celle de M. Smith. Celui-ci avait le droit de connaître précisément la nouvelle politique en matière de clémence avant

[38] The decision to withdraw clemency support from Mr. Smith did not involve the exercise of a legislative function nor can it be properly characterized as a decision made on broad grounds of public policy. Even with a new clemency policy, the decision to apply it would involve a subject-matter of grave and specific concern to Mr. Smith: see *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at pages 752–754. As was observed by Justice Marc Noël in *Canadian Shipowners Assn. v. Canada* (1995), 103 F.T.R. 170 (F.C.T.D.), at paragraph 24, the more personal the nature of the issue, the more likely that a government decision will lose its legislative character and the more the principle of fairness becomes applicable.

[39] In *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Bugdaycay*, [1987] A.C. 514 (H.L.) the significance of the matter in issue was also said to inform the scope of judicial review or as Lord Bridge stated, at page 531:

The most fundamental of all human rights is the individual's right to life and when an administrative decision under challenge is said to be one which may put the applicant's life at risk, the basis of the decision must surely call for the most anxious scrutiny.

In the realm of diplomatic assistance to citizens in legal trouble in foreign jurisdictions everything pales in significance to the cause of one's imminent execution and the corresponding interest in avoiding it. One would expect, therefore, that any decision by the Canadian government to withdraw clemency support for a person in such a predicament would also attract the most rigorous and anxious scrutiny by the decision maker and, where that is not evident, by the supervising court.

[40] My concern, then, is not with the authority of this Court to tell the Canadian government how to formulate foreign policy or how to conduct its business with the Governor of Montana but, rather, with the Court's obligation to ensure that the Government's decisions in

qu'elle ne soit appliquée à sa situation. On ne pouvait s'attendre à ce qu'il discerne la politique en faisant le tri des versions incohérentes avancées par divers représentants gouvernementaux.

[38] Aucune fonction législative ne s'est exercée dans la décision de ne plus soutenir l'appel à la clémence en faveur de M. Smith, et on ne peut véritablement affirmer qu'elle a été prise en fonction de motifs généraux d'intérêt public. Même s'il y avait eu une nouvelle politique, la décision de l'appliquer comporterait pour M. Smith un sujet d'inquiétude sérieux et précis : voir *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, aux pages 752 à 754. Ainsi que l'a fait remarquer le juge Marc Noël dans *Assoc. des armateurs canadiens c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 1420 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 24, plus la question est de nature personnelle, plus il est probable que la décision du gouvernement perdra sa nature législative et plus le principe d'équité devient applicable.

[39] Dans *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Bugdaycay*, [1987] A.C. 514 (H.L.), il a également été affirmé que la portée de l'affaire en cause éclaire la portée du contrôle judiciaire, ou ainsi que lord Bridge l'a déclaré à la page 531 :

[TRADUCTION] Le plus fondamental de tous les droits de la personne est le droit à la vie, et si la décision administrative contestée met censément en danger la vie du demandeur, il faut sans aucun doute étudier très attentivement le fondement d'une telle décision.

Ce sont la cause d'une exécution imminente et l'intérêt corrélatif pour l'éviter qui priment en matière d'assistance diplomatique à des ressortissants ayant des difficultés judiciaires à l'étranger. On s'attendrait donc à ce que des décisions du gouvernement du Canada de ne plus soutenir l'appel à la clémence de qui vit pareille épreuve feraient l'objet de l'examen le plus minutieux et le plus impatient de la part du décideur, et si ce n'est pas évident, de la part de la juridiction de contrôle.

[40] Je ne me préoccupe donc pas du pouvoir de la Cour de dire au gouvernement du Canada comment formuler la politique étrangère ou comment agir auprès du gouverneur du Montana. Je me préoccupe en revanche de l'obligation de la Cour de veiller à ce que les déci-

that regard are made fairly and with appropriate regard to Mr. Smith's legal interests. This is a matter which is indisputably justiciable and which attracts a duty of fairness.

#### Estoppel, reasonable expectations and the duty of fairness

[41] I do not agree with counsel for Mr. Smith that the Government's prior support for clemency creates an estoppel in law. There is no evidence that Mr. Smith has suffered any detriment caused by the Government's earlier conduct. I accept that some time and effort has been expended over the years with a view to engaging the support of the Canadian government and Mr. Smith may have sustained some sort of a psychological set back by the decision to withdraw that support, but those are not matters which satisfy the requirement for detrimental reliance.

[42] Mr. Smith's interests were, however, particularly affected in this instance because he was caught in the middle of a transition from a position of full clemency support to a position of no support. The legal significance of such a reversal of position for the procedural rights of an interested party was considered by the Supreme Court of Canada in *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281, at paragraph 16 where Justice Binnie observed:

It is true, as the appellant points out, that the Minister's power under s. 138 is framed as a broad policy discretion to be exercised "in the public interest". Yet the discretion, however broadly framed, is not unfettered. At the very least the Minister must exercise the power for the purposes for which it was granted: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), at p. 1030. The Minister must observe procedural fairness in dealing with the respondents' interests in their application for a permit: *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. Other limitations are more controversial. Where, as here, the Minister makes representations by word or conduct that someone will receive or retain a benefit, or that some procedural right will be afforded before a decision is taken, the availability and/or content of procedural fairness may be en-

sions du gouvernement à cet égard soient prises avec équité et avec la considération qui s'impose pour les intérêts juridiques de M. Smith. Cette question relève incontestablement de la compétence des tribunaux et met en jeu une obligation d'équité.

#### Préclusion, attentes raisonnables et obligation d'équité

[41] Je ne partage pas l'avis de l'avocat de M. Smith que l'appui antérieur du gouvernement en faveur de la clémence donne lieu à la préclusion. Rien n'indique que M. Smith ait subi un préjudice du fait du comportement antérieur du gouvernement. J'admets qu'il a fallu beaucoup de temps et d'efforts au fil des années pour obtenir le soutien du gouvernement du Canada, et la décision de retirer ce soutien a peut-être été difficile pour M. Smith du point de vue psychologique, mais ce ne sont pas là des points qui répondent à la condition de l'acte de confiance préjudiciable.

[42] Les intérêts de M. Smith ont été cependant particulièrement affectés dans la présente affaire, car il a dû passer d'un appui total en faveur de la clémence à une absence d'appui. La Cour suprême du Canada a analysé la portée juridique d'un tel renversement de position à l'égard des droits procéduraux d'une partie intéressée dans *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281, où le juge Binnie souligne au paragraphe 16 :

À vrai dire, comme le souligne l'appelant, le pouvoir conféré au ministre par l'art. 138 est libellé comme un large pouvoir discrétionnaire, en matière de politique générale, qui doit être exercé dans « l'intérêt public ». Néanmoins, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu, quelque général que puisse être son libellé. Le ministre doit à tout le moins l'exercer aux fins pour lesquelles il est conféré : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140; *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), p. 1030. Il doit respecter les principes d'équité procédurale lorsqu'il examine l'intérêt des intimés dans leur demande de permis : *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311. D'autres restrictions sont plus controversées. Dans les cas où, comme en l'espèce, le ministre fait comprendre, par ses paroles ou par son comportement, que quelqu'un recevra ou conservera un avantage

larged under the doctrine of legitimate expectation. [Authorities omitted; emphasis added.]

I have no hesitation whatsoever in finding that the reversal of the Government's position after more than 20 years of unqualified assistance to Mr. Smith gave rise to a reasonable expectation that any decision to withdraw support would not be applied without a full consultation with him and with his legal advisors followed by a fair and objective consideration of the appropriateness of applying any new policy to the facts of his case. That determination would be required to consider the implications arising from the Government's midstream and very late reversal of the earlier decision to afford him full support. Fairness also requires that there be a clear articulation of any new clemency policy such that Mr. Smith could understand it and an appropriate decision maker could fairly apply it. Absent such clarity, any resulting decision will always be arbitrary and unlawful. Finally, Mr. Smith is also entitled to a clear and consistent articulation of the reasons for the Government's reversal of its position.

[43] The failure by the Government to recognize any of these procedural rights represents a fundamental breach of the duty of fairness and the decision to withdraw support from Mr. Smith for clemency must on that basis be set aside.

Does it matter that the Canadian government is not the ultimate decision maker?

[44] I do not agree with the respondents that the duty of fairness is not engaged in this case because the actions of the Government will not be determinative of the clemency outcome. The right to fair treatment is engaged whenever a decision is "a significant one and has an important impact on the individual": see *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at page 677. It is not correct to say that the decision to withdraw support from Mr. Smith was akin to a preliminary investigation where the result may or may not be considered by the ultimate decision maker. From

ou qu'un droit procédural sera accordé avant la prise d'une décision, la possibilité d'invoquer l'équité procédurale ou la teneur de cette forme d'équité peut être élargie en vertu de la théorie de l'expectative légitime. [Jurisprudence non citée; non souligné dans l'original.]

Je conclus sans hésitation aucune que le renversement de la position du gouvernement, après plus de 20 années d'assistance absolue à M. Smith, a donné lieu à une expectative raisonnable qu'aucune décision de retirer le soutien ne serait prise sans que ses avocats et lui-même aient été pleinement consultés, et qu'il y ait ensuite un examen équitable et objectif du bien-fondé d'appliquer une nouvelle politique aux faits de l'espèce. Cette décision serait nécessaire pour évaluer les répercussions du renversement, par le gouvernement, en cours de route et très tardivement, de la décision antérieure d'assurer à M. Smith tout son soutien. L'équité commande aussi que toute politique nouvelle en matière de clémence soit définie clairement, de sorte que M. Smith puisse la comprendre et que le décideur concerné puisse l'appliquer avec équité. Sans cette clarté, toute décision qui en résultera sera toujours arbitraire et illégale. Enfin, M. Smith a le droit que lui soient exposées avec clarté et cohérence les raisons pour lesquelles le gouvernement a renversé sa position.

[43] Le défaut par le gouvernement de reconnaître l'un ou l'autre de ces droits procéduraux constitue un manquement fondamental à l'obligation d'équité, et la décision de ne plus intervenir en faveur de l'appel à la clémence de M. Smith doit pour ce motif être annulée.

Est-il pertinent que le gouvernement du Canada ne soit pas le décideur ultime?

[44] Je ne suis pas d'accord avec les défendeurs que l'obligation d'équité n'est pas en cause en l'espèce parce que les actions du gouvernement n'auront pas d'effet déterminant pour l'issue quant à la clémence. Le droit à un traitement équitable est en cause dès que « la décision est importante et a de graves répercussions sur l'intéressé » : voir *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la page 677. Il n'est pas juste d'affirmer que la décision de ne plus soutenir M. Smith ressemble aux enquêtes préliminaires dans lesquelles le résultat peut ou non être pris en compte

Mr. Smith's perspective the result of the Government's decision to withdraw support is final and he has no other Canadian recourse.

par le décideur ultime. Du point de vue de M. Smith, le résultat de la décision du gouvernement de ne plus le soutenir est définitif, et il ne dispose d'aucun autre recours au Canada.

Is the evidence concerning the value of Government intervention in the clemency process speculative?

La preuve concernant la valeur de l'intervention du gouvernement dans la procédure de clémence est-elle de nature hypothétique?

[45] I also do not agree with the respondents' characterization of the potential value of the Government's assistance as speculative. They contend that the impact of Government support for Mr. Smith's clemency petition is a matter of conjecture because there is "no empirical evidence to back up the claim that foreign governments have a significant influence in executive clemency proceedings". While it is true that much of the evidence bearing on this issue is anecdotal, opinion-based or experiential, it is, in my view, sufficient to support an inference that Canadian government support for clemency will, in all probability, have a significant influence on the Governor's decision. I also do not agree that the expression of expert opinion on this issue is of no weight or value in drawing an inference with respect to an intangible fact—that is, with respect to a prospective factual determination. For this I rely upon the following observations by Justice Bertha Wilson in *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, at pages 478–479:

[45] Je ne souscris pas non plus à l'avis des défendeurs selon lequel la valeur possible de l'assistance du gouvernement est de nature hypothétique. Ils prétendent que l'incidence de ce soutien en faveur de la demande de clémence pour M. Smith relève de la conjecture, car [TRADUCTION] « aucune preuve empirique n'était l'allégation que les gouvernements ont une influence significative dans les procédures de clémence de l'exécutif à l'étranger ». Il est certes exact que les éléments de preuve pour cette question sont en grande partie anecdotiques, fondés sur des opinions ou des expériences, mais ils suffisent à mon avis pour qu'il soit possible d'inférer que si le gouvernement canadien appuie la demande de clémence, cela aura fort probablement une influence significative sur la décision du gouverneur. Je ne suis pas non plus de l'avis que si des experts s'expriment à cet égard, leur opinion n'aura pas de poids ni de valeur pour établir des déductions à propos d'un fait intangible — c'est-à-dire à propos d'une conclusion de fait pour l'avenir. Je m'appuie ici sur les observations suivantes de la juge Bertha Wilson dans *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, aux pages 478 et 479 :

It has been suggested, however, that the plaintiffs' claim should be struck out because some of the allegations contained in it are not matters of fact but matters of opinion and that matters of opinion, being to some extent speculative, do not fall within the principle that the allegations of fact in the statement of claim must be taken as proved. I cannot accept this proposition since it appears to me to imply that a matter of opinion is not subject to proof. What we are concerned with for purposes of the application of the principle is, it seems to me, "evidentiary" facts. These may be either real or intangible. Real facts are susceptible of proof by direct evidence. Intangible facts, on the other hand, may be proved by inference from real facts or through the testimony of experts. Intangible facts are frequently the subject of opinion. The question of the probable cause of a certain result is a good illustration and germane to the issues at hand. An allegation that the lack of shower facili-

On a fait valoir cependant que la déclaration des demandeurs devrait être radiée parce que certaines des allégations ne sont pas des questions de fait, mais des questions d'opinion et que celles-ci, qui sont dans une certaine mesure conjecturales, ne relèvent pas du principe selon lequel les allégations de fait dans la déclaration doivent être considérées comme prouvées. Je ne peux accepter cette proposition puisqu'elle me semble impliquer qu'une question d'opinion n'est pas susceptible d'être prouvée. Ce qui importe aux fins de l'application du principe est, à mon avis, les faits « apportant une preuve ». Ceux-ci peuvent être réels ou intangibles. Les faits réels peuvent être prouvés par preuve directe. Par contre, les faits intangibles peuvent être prouvés par déduction à partir de faits réels ou par témoignage d'experts. Les faits intangibles font fréquemment l'objet d'opinion. La question de la cause probable d'un certain résultat est une bonne illustration, voi-

ties at a defendant's brickworks probably resulted in a plaintiff employee's skin disease may in lay language appear to be merely an expression of medical opinion, but it is also in law a determination which the courts can properly infer from the surrounding facts and expert opinion evidence: see *McGhee v. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.) Indeed, even a finding that an event "would cause" a certain result in the future is a finding of intangible fact. For example, in *Fleming v. Hislop* (1886), 11 A.C. 686, it was necessary to determine whether or not the finding "that the ignition of any other heap or bin of coals on said farm or in the vicinity of the pursuers' land would cause material discomfort and annoyance to the pursuers," was a finding of fact or a finding of law. It was argued that it could not be a finding of fact because it related to something that was "prospective, future, not actually in existence". The Earl of Selborne agreed that, since the thing had not actually happened, a finding of fact as a thing past was impossible. But it was nevertheless a finding of fact and "there is a fallacy in saying that, because the word 'would' is a word of futurity, the words 'would cause' do not mean something which is properly a fact" (p. 690). See also on causation as an issue of fact: *Alphacell Ltd v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475, *per* Lord Salmon, at pp. 489-90.

The nature of causation has been discussed by many eminent philosophers and also by a number of learned judges in the past. I consider, however, that what or who has caused a certain event to occur is essentially a practical question of fact which can best be answered by ordinary common sense rather than abstract metaphysical theory.

The Canadian government's past interventions on Mr. Smith's behalf provide the best available evidence on the likely effect of any future intervention. According to a briefing note signed by Assistant Deputy Minister (Justice) Carolyn Kobernick, those early informal representations had elicited some qualified sympathy for clemency from the Governor of Montana:

DFAIT consular officials have requested clemency for Mr. Smith on humanitarian grounds since 1997. In February 2007, the Governor of Montana indicated to our Consul General that they were willing to consider commuting Mr. Smith's sentence so he could be transferred back to Canada, but that they would want some type of guarantee that he would spend at least five years in prison in Canada should a transfer occur.

sine des questions en litige. Une allégation que le manque de douche à la briqueterie de la défenderesse a probablement entraîné la maladie cutanée de l'employé demandeur semble n'être que l'expression d'une opinion médicale, mais c'est aussi, en droit, une conclusion que les tribunaux peuvent à bon droit tirer des faits connexes et de l'opinion d'expert : voir *McGhee v. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.) D'ailleurs, même une conclusion qu'un événement « causerait » un certain résultat dans l'avenir, est une conclusion de fait intangible. Par exemple, dans l'affaire *Fleming v. Hislop* (1886), 11 A.C. 686, il fallait déterminer si la conclusion [TRADUCTION] « que mettre le feu à d'autres monceaux ou tas de déchets miniers sur la ferme en question ou à proximité des terres des requérants causerait une gêne et un désagrément réels à ces derniers », était une conclusion de fait ou de droit. On a fait valoir qu'il ne pouvait s'agir d'une conclusion de fait parce qu'elle se rapportait à quelque chose qui était [TRADUCTION] « éventuel, futur, sans existence réelle ». Le comte de Selborne a estimé que, puisque rien ne s'était réellement passé, une conclusion de fait comme chose passée était impossible. Mais il ne s'était jamais agi d'une conclusion de fait et [TRADUCTION] « il est erroné de dire que, parce que le « conditionnel » indique l'éventualité, le verbe « causer » au conditionnel n'indique pas un fait à proprement parler » (p. 690). Voir également sur la causalité en tant que question de fait, *Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475, lord Salmon à la p. 489 et 490 :

[TRADUCTION] La nature de la causalité a été discutée par de nombreux et éminents philosophes et aussi par de nombreux savants juges du passé. Je considère cependant que déterminer la chose ou la personne qui a causé un certain événement est essentiellement une question pratique de fait à laquelle le bon sens ordinaire, plutôt qu'une théorie métaphysique abstraite, permet le mieux de répondre.

Les interventions antérieures du gouvernement du Canada en faveur de M. Smith sont la meilleure preuve de l'effet probable de toute intervention future. Selon une note d'information signée par Carolyn Kobernick, sous-ministre adjointe à Justice Canada, ces représentations antérieures officieuses avaient suscité une certaine sympathie en faveur de la clémence de la part du gouverneur du Montana :

[TRADUCTION] Depuis 1997, les agents consulaires du MAECI demandent la clémence en faveur de M. Smith pour des motifs d'ordre humanitaire. En février 2007, le gouverneur du Montana a indiqué à notre consul général qu'il était disposé à envisager de commuer la peine de M. Smith afin que celui-ci puisse être transféré au Canada, mais que si ce transfèrement se faisait, il voudrait des garanties, quelles qu'elles

[46] Even the affidavit of the prosecuting attorney in Montana, Thomas J. Esch, did not suggest that Canada's intervention would be of no influence to a clemency decision.<sup>2</sup>

[47] The evidence from other deponents in this case overwhelmingly establishes the value of government intervention on behalf of their nationals facing execution in the United States.<sup>3</sup> This is particularly true in a state like Montana "which does not have a strong history of executing".<sup>4</sup>

[48] I am satisfied that the good faith assistance of the Government of Canada would be influential in the exercise of the Governor's discretion. It is not possible, of course, to say that such assistance would be determinative of the clemency outcome but, in my view, it is not necessary to go that far just as it was not a requirement in either *Burns* or *Suresh*, above, to establish that execution or torture were factual certainties.

#### What is the Government policy on clemency?

[49] The evidence is clear that until various representatives of the Government of Canada began to publicly discuss Mr. Smith's case in 2007, Canada's official clemency policy was to support clemency for Canadians facing execution in a foreign state.<sup>5</sup> According to Mr. Graham, a former Minister of Foreign Affairs, this policy allowed for no exceptions and was founded on Canada's principled objection to the death penalty—a view which evolved since the practice of execution was ended here in 1962. This is also a position that is consistent with Canada's long-standing international policy to support the universal abolition of the death penalty. In the absence of any other policy, this is the policy that the Government must continue to apply in good faith to Mr. Smith's case.

soient, que M. Smith passerait au moins cinq ans en prison au Canada.

[46] Même l'affidavit du procureur du Montana, Thomas J. Esch, ne donne pas à penser que l'intervention du Canada ne serait d'aucun effet sur une décision quant à la clémence<sup>2</sup>.

[47] Le témoignage d'autres déposants en l'espèce établit abondamment la valeur de l'intervention des gouvernements en faveur de leurs ressortissants risquant la peine de mort aux États-Unis<sup>3</sup>. Ceci s'avère particulièrement vrai dans un État comme le Montana, où [TRADUCTION] « historiquement, il y a eu peu d'exécutions »<sup>4</sup>.

[48] Je suis convaincu qu'une assistance prêtée de bonne foi par le gouvernement du Canada pèserait sur la décision du gouverneur d'exercer son pouvoir discrétionnaire. On ne peut bien sûr affirmer que cette assistance déciderait de l'issue, mais à mon avis, point n'est besoin d'aller jusque-là, de même qu'il n'était pas nécessaire dans l'arrêt *Burns* ni dans l'arrêt *Suresh*, précités, de prouver que l'exécution ou la torture étaient des certitudes factuelles.

#### Quelle politique le gouvernement a-t-il en matière de clémence?

[49] La preuve établit sans équivoque que, jusqu'à ce que divers représentants du gouvernement commencent à discuter publiquement l'affaire de M. Smith en 2007, la politique officielle du Canada en matière de clémence était d'appuyer celle-ci en faveur des Canadiens risquant d'être exécutés à l'étranger<sup>5</sup>. Selon M. Graham, ancien ministre des Affaires étrangères, cette politique n'autorisait aucune exception et se fondait sur l'objection de principe du Canada à la peine de mort — opinion qui a évolué depuis que la peine capitale y a été abolie en 1962. C'est également une position conforme à sa politique internationale de longue date, de soutenir l'abolition universelle de la peine de mort. En l'absence de toute autre politique, c'est la politique que le gouvernement doit continuer d'appliquer de bonne foi à l'affaire de M. Smith.

Charter and international law issues

[50] I was invited by counsel for Mr. Smith to consider the lawfulness of the respondents' decision on Charter grounds. While I agree with counsel for Mr. Smith that the Government's decision to withdraw clemency support could raise important Charter concerns of the sort discussed in *Burns*, above, and in *Suresh*, above, I am mindful of the admonition that Charter questions should not be determined hypothetically and here I can identify no new government clemency policy which could be the appropriate subject of a Charter analysis. Suffice it to say that if there is to be a case where a person's section 7 Charter interests will attract a "positive dimension"<sup>6</sup> requiring the Government to take affirmative action where it has declined to do so, it will be a case like this one involving the pending execution of a Canadian citizen.

[51] It was argued on behalf of Mr. Smith that the Government's conduct has caused actual harm to his bid for clemency and to his section 7 Charter rights both because the withdrawal of support after more than 20 years of assistance sent an implied negative signal to the Governor of Montana and because various ministers spoke disparagingly about him in public. This history of active negative interference with the process unfolding in the United States was said to constitute a violation of Mr. Smith's security interests sufficient to distinguish his case from that of simple government inaction.

[52] There is no merit to the argument that a change in the Government's position concerning Mr. Smith should alone advance his claim to Charter relief in this proceeding. Such a decision, if made fairly and lawfully, may carry adverse consequences but that is not a sufficient basis to support a claim to Charter relief.

Questions relatives à la Charte et au droit international

[50] J'ai été invité par l'avocat de M. Smith à examiner la légalité de la décision des défendeurs au regard de la Charte. Même si je conviens avec l'avocat de M. Smith que la décision du gouvernement de ne plus appuyer la demande de clémence pourrait faire naître des inquiétudes majeures liées à la Charte, de la nature de celles discutées dans l'arrêt *Burns* et dans l'arrêt *Suresh*, précités, je tiens compte de la mise en garde qu'il ne faut pas décider des questions relatives à la Charte en se servant d'hypothèses, et en l'espèce, je ne peux déceler aucune nouvelle politique gouvernementale en matière de clémence qui puisse valablement faire l'objet d'une analyse fondée sur la Charte. Qu'il suffise de dire que s'il doit y avoir une affaire dans laquelle les intérêts d'une personne garantis par l'article 7 de la Charte commanderont une « dimension positive »<sup>6</sup>, obligeant le gouvernement à prendre des mesures positives dans les cas où il a refusé de le faire, il s'agira probablement d'une affaire semblable à l'espèce, impliquant l'exécution imminente d'un ressortissant Canadien.

[51] On a fait valoir au nom de M. Smith que le comportement du gouvernement a réellement nui à sa demande de clémence et aux droits que lui garantit l'article 7 de la Charte, à la fois parce que le retrait d'un soutien après plus de 20 ans d'assistance a envoyé un signal négatif implicite au gouverneur du Montana et parce que divers ministres ont fait des déclarations publiques désobligeantes à son égard. On a affirmé que cette succession d'interférences négatives actives dans la procédure en instance aux États-Unis est une atteinte suffisante aux droits de M. Smith quant à sa sécurité pour que son affaire se distingue d'une simple inaction de la part de l'État.

[52] L'argument selon lequel le changement de la position gouvernementale à l'égard de M. Smith devrait en soi justifier sa demande de réparation fondée sur la Charte est sans fondement en l'espèce. Une telle décision, prise avec équité et légalement, peut entraîner des conséquences négatives, mais cela n'est pas un fondement suffisant qui était une demande de réparation en vertu de la Charte.



[53] The conduct of some Government representatives in this case is, however, more problematic. The public statements of some representatives of the Government implied that Mr. Smith was personally undeserving of further support. It may be open to the Government to change its policy on clemency for Canadians facing foreign execution and it would always be appropriate to explain such a new policy to Canadians. It is another thing altogether to make specific unfavourable comments about an individual's case for relief which might jeopardize his legal status. In the face of Mr. Smith's tenuous situation and the highly politicized nature of the clemency process in the United States, such political comments from representatives of the Government were regrettable. I do not, however, have enough evidence from which I could draw an inference that those unofficial remarks have caused or are likely to cause actual harm to Mr. Smith's pending application for clemency such that a Charter remedy on that basis alone would be warranted, particularly where I am ordering the respondents to implement on behalf of Mr. Smith the previous policy of universal support for all Canadians facing execution in foreign jurisdictions.

[54] Mr. Smith also contends that Canada is obliged by the principles of international law and paragraphs 10(2)(a), 10(2)(i), and 10(2)(j) of the *Department of Foreign Affairs and International Trade Act* to take positive steps to protect him. While I do agree that the Government's decision to deny clemency assistance to Mr. Smith is hard to reconcile with Canada's international commitment to promote respect for international human rights norms including the universal abolition of the death penalty, I do not agree that this inconsistency creates a positive legal obligation to act. The imposition of the death penalty in the United States is not of itself a violation of international law principles and I do not find the words of section 10 [as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 7] of the Act to be sufficiently explicit to create the kind of positive duties of diplomatic protection that Mr. Smith asserts. While the evolution of international law may be in that direction, I am of the view that the Charter will provide a sufficient basis for protection

[53] La conduite de quelques représentants gouvernementaux dans cette affaire est en revanche plus problématique. Quelques-uns d'entre eux ont donné à entendre dans leurs déclarations publiques que M. Smith personnellement ne méritait plus d'être soutenu. Il est certes loisible au gouvernement de modifier sa politique en matière de clémence pour les Canadiens risquant d'être exécutés à l'étranger, et il sera toujours approprié d'expliquer aux Canadiens sa nouvelle politique. C'est tout à fait autre chose de faire des commentaires précis et désobligeants sur une demande de recours qui pourraient nuire au statut juridique du demandeur. Vu la situation fragile de M. Smith et de la nature fortement politisée de la procédure de clémence aux États-Unis, de tels commentaires politiques de la part de représentants gouvernementaux sont à déplorer. Je ne dispose pas cependant de suffisamment de preuves à partir desquelles je pourrais déduire que ces remarques non officielles ont causé ou causeront probablement un préjudice effectif tel à la demande de clémence de M. Smith, laquelle est toujours en instance, qu'un recours en vertu de la Charte pour cette unique raison puisse être accordé, compte tenu que j'ordonne aux défendeurs d'appliquer en faveur de M. Smith la politique antérieure de soutien universel pour tous les Canadiens risquant d'être exécutés à l'étranger.

[54] M. Smith prétend également que le Canada est tenu de prendre des mesures positives pour le protéger en vertu des principes du droit international et des alinéas 10(2)a), 10(2)i) et 10(2)j) de la *Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*. J'admets certes que la décision du gouvernement de refuser d'aider M. Smith dans sa demande de clémence est difficile à réconcilier avec l'engagement du Canada sur le plan international pour favoriser le respect des normes internationales relatives aux droits de la personne, notamment l'abolition universelle de la peine de mort, mais je ne suis pas d'accord que cette incohérence crée une obligation légale et positive d'agir. Que la peine de mort soit imposée aux États-Unis ne viole pas en soi les principes du droit international, et je ne peux conclure que le libellé de l'article 10 [mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 7] de la Loi précitée est suffisamment explicite pour créer le type d'obligation positive de protection diplomatique qu'affirme M. Smith. Il se peut

such that resort to international law principles will not be required in an appropriate case.

[55] I also do not read the decision of the United Nations Human Rights Committee (UNHRC) in *Roger Judge v. Canada*, Communication No. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998 (2003), as expansively as counsel for Mr. Smith urged. That was a decision dealing with deportation to a death penalty state. It did not recognize an international obligation any larger than what has already been recognized by the Supreme Court of Canada in *Burns* and *Suresh*, above: that is to say that Canada must not “expose a person to the real risk” of the death penalty in another state such as by agreeing to extradition or deportation without conditions.

[56] Whether international law creates positive obligations of diplomatic protection is essentially no different a question than whether such an obligation will be recognized within section 7 of the Charter. It would be unwise to make such a finding in this case for the same reason that I have declined to resolve the Charter issues raised by Mr. Smith.

[57] Although it was argued on behalf of Mr. Smith that this Court should order the respondents to take steps to facilitate Mr. Smith’s return to Canada, such an order would, in my view, be inappropriate. The process of repatriation is separate from the clemency process and it involves entirely different considerations. Furthermore, repatriation is dependant upon the success of Mr. Smith’s petition for clemency making that part of Mr. Smith’s claim to relief premature.

#### IV. Conclusion

[58] In the circumstances described above, the decision by the Government of Canada to withdraw support for Mr. Smith was made in breach of the duty of fairness, is unlawful and is set aside. In the absence of any new clemency policy I am ordering the Government

que le droit international évolue en ce sens, mais la Charte sera à mon avis un fondement suffisant pour la protection, de sorte qu’il n’y aura pas lieu de recourir aux principes de droit international le cas échéant.

[55] Je n’interprète pas la décision du Comité des droits de l’homme des Nations Unies dans *Roger Judge v. Canada*, Communication No. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998 (2003), aussi largement que l’a recommandé l’avocat de M. Smith. La décision portait sur une expulsion vers un pays où existe la peine de mort. Le Comité n’a pas reconnu plus d’ampleur à une obligation internationale que ce qui avait été reconnu par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Burns* et dans l’arrêt *Suresh*, précités : c’est-à-dire que le Canada ne doit pas exposer « une personne au risque réel » d’une exécution capitale dans un autre pays, en acceptant par exemple une extradition ou une expulsion sans condition.

[56] La question de savoir si le droit international donne naissance à des obligations positives de protection diplomatique diffère vraiment peu de celle de savoir si une telle obligation sera reconnue au sens de l’article 7 de la Charte. Il serait peu judicieux de conclure en ce sens en l’espèce et ce, pour le même motif que j’ai refusé de résoudre les questions relatives à la Charte soulevées par M. Smith.

[57] On a certes fait valoir au nom de M. Smith que la Cour devrait ordonner aux défendeurs de prendre des mesures pour faciliter son retour au Canada, mais je suis d’avis qu’une telle ordonnance ne serait pas appropriée. La procédure de rapatriement est distincte de celle de la clémence, et se fonde sur des considérations radicalement différentes. De surcroît, le rapatriement dépend du succès de la demande de clémence de M. Smith. Cette autre partie de sa demande de réparation est par conséquent prématurée.

#### IV. Conclusion

[58] Étant donné les circonstances exposées ci-dessus, la décision du gouvernement du Canada de ne plus soutenir M. Smith enfreint l’obligation d’équité, elle est illégale et est annulée. Puisqu’il n’existe pas de nouvelle politique en matière de clémence, j’ordonnerai

to continue to apply the former policy of supporting clemency on behalf of Canadians facing the death penalty in any foreign state to Mr. Smith. Because no new clemency policy has been established, any claim to relief on Charter grounds is, at best speculative, and I decline to consider such grounds on that basis. For the same reason, I decline to consider the application of international law to this case.

#### Costs

[59] It would be appropriate in this case to hear the parties with respect to the issue of costs. I will therefore allow the applicant two weeks to prepare a submission on costs not to exceed ten pages in length. The respondents shall have a further ten days to respond with a submission not to exceed ten pages in length. The applicant shall then have three days to reply not to exceed five pages in length.

### JUDGMENT

THIS COURT DECLARES that the respondents' decision to withdraw diplomatic support for the applicant's claim to clemency in the State of Montana was made in breach of the duty of procedural fairness and is therefore unlawful and invalid.

THIS COURT ADJUDGES that the decision by the respondents to withdraw diplomatic support for the applicant's claim to clemency in the State of Montana is set aside.

THIS COURT FURTHER ADJUDGES that the respondents shall, on behalf of the Government of Canada and in consultation with the applicant and his legal advisors, take all reasonable steps to support the applicant's case for clemency before the Governor of Montana and his advisors in accordance with the current government policy.

au gouvernement de continuer d'appliquer à M. Smith la politique antérieure visant à appuyer la clémence en faveur des Canadiens risquant la peine de mort à l'étranger. Puisqu'aucune politique nouvelle n'a été établie en matière de clémence, toute demande de réparation pour des motifs fondés sur la Charte est au mieux hypothétique et je n'examinerai pas de tels motifs. Pour la même raison, je n'examinerai pas non plus l'application du droit international en l'espèce.

#### Les dépens

[59] Il conviendrait dans la présente affaire d'entendre les parties concernant les dépens. J'accorderai donc deux semaines au demandeur pour préparer des observations sur les dépens, lesquelles ne devront pas dépasser dix pages. Les défendeurs disposeront alors de dix jours pour y répondre par des observations ne devant pas dépasser dix pages. Le demandeur disposera ensuite de trois jours pour présenter une réponse ne devant pas dépasser cinq pages.

### JUGEMENT

LA COUR DÉCLARE que la décision des défendeurs de retirer tout soutien diplomatique en faveur de l'appel à la clémence déposé par le demandeur dans l'État du Montana enfreint l'obligation d'équité, qu'elle est donc illégale et invalide.

LA COUR STATUE que la décision des défendeurs de retirer tout soutien diplomatique en faveur de l'appel à la clémence déposé par le demandeur dans l'État du Montana est annulée.

LA COUR STATUE EN OUTRE que les défendeurs, au nom du gouvernement du Canada et en consultation avec le demandeur et avec ses avocats, prennent toutes les mesures raisonnables pour soutenir l'appel à la clémence du demandeur auprès du gouverneur du Montana et de ses conseillers, conformément à la politique gouvernementale en vigueur.

THIS COURT FURTHER ADJUDGES that the matter of costs be reserved pending the receipt of further submissions from the parties.

LA COUR STATUE EN OUTRE que la question des dépens est différée, jusqu'à réception des observations supplémentaires des parties.

---

<sup>1</sup> Affidavit of Kimberley Pittman, at para. 21.

---

<sup>1</sup> Affidavit de Kimberley Pittman, au par. 21.

<sup>2</sup> Affidavit of Thomas J. Esch, at para. 26: "In this particular case I doubt that any expression by a government at the clemency hearing would carry any more weight than the statements of the victims' families in both Montana and Alberta."

<sup>2</sup> Affidavit de Thomas J. Esch, au par. 26 : [TRADUCTION] « En l'espèce, je doute que des déclarations d'un gouvernement à l'audience de clémence aient plus de poids que celles des familles des victimes au Montana et en Alberta ».

<sup>3</sup> Affidavit of Gregory A. Jackson, at para. 42: "Mr. Smith's interests have been seriously jeopardized"; affidavit of Daniel T. Kobil, at para. 13: "a crucial opportunity to influence the decision"; affidavit of Henry Garfield Pardy, at para. 21: "[withdrawal of support will be] seen as a direct contributing factor in his execution"; affidavit of Alan W. Clarke, at para. 36: "Canada's consular efforts were having a positive effect"; affidavit of Mark Warren, at para. 11: "clemency interventions by foreign governments have been singularly effective in averting the execution of their citizens in the United States"; affidavit of Sandra L. Babcock, at para. 7: "foreign governments have an astounding success rate in preventing the imposition of the death penalty on their nationals".

<sup>3</sup> Affidavit de Gregory A. Jackson, au par. 42 : [TRADUCTION] « Les intérêts de M. Smith ont été gravement mis en péril »; affidavit of Daniel T. Kobil, au par. 13 : « une occasion majeure d'influer sur la décision »; affidavit of Henry Garfield Pardy, au par. 21 : [TRADUCTION] « [le retrait du soutien sera] interprété comme ayant directement contribué à son exécution »; affidavit of Alan W. Clarke, au par. 36 : [TRADUCTION] « les efforts consulaires du Canada avaient un effet positif »; affidavit of Mark Warren, au par. 11 : [TRADUCTION] « aux États-Unis, les interventions de gouvernements étrangers ont été particulièrement efficaces pour y éviter l'exécution de leurs ressortissants »; affidavit of Sandra L. Babcock, au par. 7 : [TRADUCTION] « le taux de réussite des gouvernements étrangers pour empêcher que leurs ressortissants soient exécutés est impressionnant ».

<sup>4</sup> Affidavit of Alan W. Clarke, at paras. 33–35.

<sup>4</sup> Affidavit d'Alan W. Clarke, aux par. 33 à 35.

<sup>5</sup> Affidavit of William C. Graham, at para. 22 and affidavit of Henry Garfield Pardy, at para. 8.

<sup>5</sup> Affidavit de William C. Graham, au par. 22; affidavit of Henry Garfield Pardy, au par. 8.

<sup>6</sup> See the decision of Justice Louise Arbour in *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, at para. 319.

<sup>6</sup> Voir la décision de la juge Louise Arbour dans *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, au par. 319.

T-1228-08  
2009 FC 405

T-1228-08  
2009 CF 405

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

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

v.

c.

**The Prime Minister of Canada, the Minister of Foreign Affairs, the Director of the Canadian Security Intelligence Service and the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police** (*Respondents*)

**Le Premier ministre du Canada, le ministre des Affaires étrangères, le directeur du Service canadien du renseignement de sécurité et le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada** (*défendeurs*)

*INDEXED AS: KHADR V. CANADA (PRIME MINISTER) (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ : KHADR C. CANADA (PREMIER MINISTRE) (C.F.)*

Federal Court, O'Reilly J.—Toronto, October 28, 2008; Vancouver, April 23, 2009.

Cour fédérale, juge O'Reilly—Toronto, 28 octobre 2008; Vancouver, 23 avril 2009.

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Judicial review of Canadian government's refusal to seek applicant's repatriation from Guantánamo Bay Prison in United States to Canada — Applicant Canadian minor during period at issue herein, interviewed in prison by Canadian officials — Canadian government having duty to protect applicant in accordance with principles of fundamental justice by taking appropriate steps to ensure treatment in prison according with international human rights norms — Canadian officials' knowing involvement in mistreatment of applicant in prison compelling basis on which to find Canadian Charter of Rights and Freedoms applying to Canadian officials — Conclusion with respect to duty to protect also informed by particular circumstances in which Charter, s. 7 claim made — Application allowed.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire du refus du gouvernement canadien de solliciter le rapatriement du demandeur au Canada de la prison de Guantánamo Bay, aux États-Unis — Le demandeur était un mineur canadien pendant la période visée en l'espèce et il a été interrogé par des responsables canadiens durant son incarcération — Le gouvernement canadien avait l'obligation de protéger le demandeur selon les principes de justice fondamentale en prenant des mesures appropriées pour veiller à ce que son traitement en prison cadre avec les normes internationales en matière de droits de la personne — La participation consciente des responsables canadiens aux mauvais traitements infligés au demandeur constituait un motif convaincant pour conclure que la Charte canadienne des droits et libertés s'appliquait aux responsables canadiens — La conclusion relative à l'obligation de protéger était aussi éclairée par les circonstances particulières dans lesquelles a été faite la revendication des droits garantis par l'art. 7 de la Charte — Demande accueillie.*

*Administrative Law — Judicial Review — Prime Minister's public statement applicant's repatriation to Canada would not be sought, Government's ongoing policy against requesting applicant's repatriation constituting "decision" that could be subject of application for judicial review.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — La déclaration publique du premier ministre selon laquelle il ne demanderait pas le rapatriement du demandeur au Canada, et la politique du gouvernement de s'opposer à ce que l'on demande le rapatriement du demandeur constituaient une « décision » susceptible de faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire.*

*Crown — Prerogatives — While decisions about foreign affairs falling to executive, executive's prerogative subject to review under Canadian Charter of Rights and Freedoms — As such, Government's decision not to request applicant's repatriation amenable to judicial review, but opinion on how to deal with matters affecting international relations, foreign affairs entitled to "particular weight".*

*Couronne — Prérrogatives — Même si les décisions touchant les affaires étrangères relèvent de l'exécutif, la prérrogative de l'exécutif peut faire l'objet d'un contrôle fondé sur la Charte canadienne des droits et libertés — La décision du gouvernement de ne pas solliciter le rapatriement du demandeur était susceptible de contrôle judiciaire, mais son opinion quant à la façon de traiter des questions qui ont une incidence sur les*

*Practice — Res Judicata — In Canada (Justice) v. Khadr, Supreme Court of Canada dealing with disclosure of documents relevant to charges applicant facing — Although some overlap between that case and present instance, issues here broader, different — Nonetheless, issue of disclosure fully considered by Supreme Court, could not be relitigated herein.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Remedy of repatriation only remedy capable of mitigating effect of Canadian Charter of Rights and Freedoms violations in issue or to accord with Government's duty to promote applicant's physical, psychological, social rehabilitation, reintegration.*

This was an application for judicial review of the Canadian government's refusal to seek the applicant's repatriation from the United States to Canada. At the time the events herein took place, the applicant was a Canadian minor. He has been imprisoned at Guantánamo Bay since October 2002, awaiting trial on charges of murder, conspiracy and support of terrorism. The applicant attended training camps in Afghanistan associated with Al-Qaida. In 2002, he was present during a gun battle there and is alleged to have thrown a grenade that caused the death of a United States soldier. The applicant was mistreated during his detention, including being subjected to sleep deprivation techniques, and was given no special status as a minor. He was detained without legal representation, with no access to his family and with no Canadian consular assistance. Canadian officials became aware of this mistreatment before they proceeded to interrogate him for purposes of law enforcement and intelligence gathering. The applicant claimed that his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (sections 6, 7, and 12) were infringed and sought a remedy under subsection 24(1). He has launched a number of other judicial proceedings before the Court with respect to his detention.

The issues were: (1) whether the case was governed by the doctrine of *res judicata*; (2) whether there was any "decision" that could be judicially reviewed; (3) whether the Canadian government has a legal duty to protect the applicant; and (4) what is the appropriate remedy if such a duty exists and it is breached?

*Held*, the application should be allowed.

*relations internationales et les affaires étrangères avait droit à un « poids particulier ».*

*Pratique — Res Judicata — Dans Canada (Justice) c. Khadr, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur la communication de documents ayant trait aux accusations portées contre le demandeur — Même s'il y avait un chevauchement entre cet arrêt et la présente affaire, les questions en l'espèce étaient plus vastes et différentes — Néanmoins, la question de la communication a été examinée en détail par la Cour suprême et elle ne pouvait pas être plaidée à nouveau en l'espèce.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Le rapatriement était le seul recours pouvant atténuer les conséquences des violations de la Charte qui étaient en litige ou cadrer avec l'obligation du gouvernement de favoriser la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale du demandeur.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire du refus du gouvernement canadien de solliciter le rapatriement du demandeur au Canada des États-Unis. Lorsque les événements en l'espèce ont eu lieu, le demandeur était un mineur canadien. Depuis octobre 2002, le demandeur est incarcéré à la baie de Guantánamo, attendant d'être jugé relativement à des accusations de meurtre, de complot et d'appui au terrorisme. Le demandeur a fréquenté des camps d'entraînement associés à Al-Qaïda en Afghanistan. En 2002, il était présent à une bataille armée et on lui reproche d'avoir lancé une grenade qui a causé la mort d'un militaire américain. Le demandeur a été maltraité pendant sa détention, il a notamment été soumis à des techniques de privation du sommeil et il n'a bénéficié d'aucun statut spécial à titre de mineur. Il était gardé en détention sans être représenté par un avocat, sans avoir accès à sa famille, et sans bénéficié de l'aide consulaire du Canada. Les autorités canadiennes ont pris connaissance de ces mauvais traitements avant d'entreprendre de l'interroger dans le but de répondre à des besoins relatifs à l'application de la loi et de recueillir des renseignements. Le demandeur soutenait qu'il y a eu violation des droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés* (articles 6, 7 et 12) et il a demandé réparation en vertu du paragraphe 24(1). Il a engagé un certain nombre d'autres instances devant la Cour relativement à sa détention.

Les questions à trancher étaient celles de savoir : 1) si l'affaire était régie par le principe de la chose jugée; 2) s'il existait une « décision » quelconque qui pouvait être soumise à un contrôle judiciaire; 3) si le gouvernement canadien était tenu par la loi de protéger le demandeur; et 4) quelle est la réparation appropriée si cette obligation existe et s'il y a eu manquement à cette obligation.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

(1) There was some overlap between the Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Justice) v. Khadr (Khadr)* and the present instance. However, in *Khadr*, the Supreme Court, which addressed the question of whether the respondents were required to disclose certain documents, did not find it necessary to decide whether Canadian officials had actually violated the Charter by interviewing the applicant and sharing the information with U.S. authorities. Also, the issues in the present instance were broader and different, in particular as to whether the respondents have a duty to seek the repatriation of the applicant. Nonetheless, the issue of disclosure was fully considered and could not be re-litigated again.

(2) The Prime Minister's public statement that he would not be requesting the applicant's repatriation to Canada, and the Government of Canada's ongoing policy against requesting the applicant's repatriation was clearly a decision that could properly be the subject of an application for judicial review. As to whether it was reviewable by the Court, while decisions about foreign affairs fall naturally and properly to the executive, Canadian courts have determined that the executive's prerogative therein is subject to review under the Charter. The Government's decision not to request the applicant's repatriation was amenable to judicial review under the Charter. However, its view as to how best to deal with matters that affect international relations and foreign affairs was entitled to "particular weight".

(3) The Canadian government had a duty to protect the applicant in accordance with the principles of fundamental justice by taking appropriate steps to ensure that his treatment accorded with international human rights norms. Canada's knowing involvement in the mistreatment of the applicant provided a compelling basis on which to find that the Charter applied to Canadian officials at Guantánamo Bay. The duty to protect met the three criteria needed to be recognized as a principle of fundamental justice. This conclusion was informed by Canada's international obligations, and the particular circumstances in which the claim for section 7 rights was made. In the applicant's case, some of the relevant factors to consider were his youth, his need for medical attention and his lack of education.

(4) In conclusion, the ongoing refusal of Canada to request the applicant's repatriation to Canada offended a principle of fundamental justice and violated the applicant's rights under section 7 of the Charter. The respondents were ordered to request the applicant's repatriation from the United States, as that remedy appeared to be the only remedy in this case ca-

1) Il y avait un chevauchement entre la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Justice) c. Khadr (Khadr)* et la présente affaire. Cependant, dans *Khadr*, la Cour suprême, qui a examiné la question de savoir si les défendeurs étaient tenus de communiquer certains documents, n'a pas jugé nécessaire de décider si les responsables canadiens avaient effectivement violé la Charte en interrogeant le demandeur et en partageant les renseignements avec les autorités américaines. De même, les questions en l'espèce étaient plus vastes et différentes, notamment celle de savoir si les défendeurs se trouvaient dans l'obligation de solliciter le rapatriement du demandeur. Néanmoins, la question de la communication a été examinée en détail et elle ne pouvait pas être plaidée à nouveau.

2) La déclaration publique du premier ministre selon laquelle il ne demanderait pas que le demandeur soit rapatrié au Canada, et la politique du gouvernement du Canada de s'opposer à ce que l'on demande le rapatriement du demandeur étaient manifestement une décision susceptible de faire l'objet à juste titre d'une demande de contrôle judiciaire. S'agissant de savoir si la Cour pouvait soumettre la décision à un contrôle judiciaire, même si les décisions touchant les affaires étrangères relèvent naturellement et à juste titre de l'exécutif, les tribunaux canadiens ont jugé qu'en ce domaine la prérogative de l'exécutif à cet égard peut faire l'objet d'un contrôle fondé sur la Charte. La décision du gouvernement de ne pas solliciter le rapatriement du demandeur était susceptible de contrôle judiciaire en vertu de la Charte. Cependant, son opinion quant à la meilleure façon de traiter des questions qui ont une incidence sur les relations internationales et les affaires étrangères avait droit à un « poids particulier ».

3) Le gouvernement canadien avait l'obligation de protéger le demandeur selon les principes de justice fondamentale en prenant des mesures appropriées pour veiller à ce que son traitement cadre avec les normes internationales en matière de droits de la personne. La participation consciente du Canada aux mauvais traitements infligés au demandeur constituait un motif convaincant pour conclure que la Charte s'appliquait aux responsables canadiens présents à la baie de Guantánamo. L'obligation de protéger satisfaisait aux trois critères applicables pour qu'un principe soit reconnu comme un principe de justice fondamentale. Cette conclusion était éclairée par les obligations internationales du Canada et les circonstances particulières dans lesquelles a été faite la revendication des droits garantis par l'article 7. Dans le cas du demandeur, il fallait notamment prendre en considération sa jeunesse, les soins médicaux dont il avait besoin et son manque d'instruction.

4) Pour conclure, le refus constant du Canada de solliciter le rapatriement du demandeur était contraire à un principe de justice fondamentale et portait atteinte aux droits que l'article 7 de la Charte lui garantit. Les défendeurs ont reçu l'ordre de demander au gouvernement des États-Unis de rapatrier le demandeur puisque aucune autre réparation ne semblait pou-

pable of mitigating the effect of the Charter violations in issue or to accord with the Government's duty to promote the applicant's physical, psychological and social rehabilitation and reintegration.

voir atténuer les conséquences des violations de la Charte qui étaient en litige ou ne cadrerait avec l'obligation du gouvernement de favoriser la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale du demandeur.

#### 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], ss. 1, 6, 7, 12, 15, 24(1).  
*Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, Schedules I-IV, Art. 3.  
*Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, Arts. 1 "torture", 15.  
*Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3, Arts. 1, 19, 37, 39, 40.  
*Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of Children in Armed Conflict*, May 25, 2000, [2002] Can. T.S. No. 5, preamble, Arts. 1, 4.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Copello v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2003 FCA 295, 3 Admin. L.R. (4th) 214, 308 N.R. 175; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, 92 O.R. (3d) 399, 293 D.L.R. (4th) 278.

##### DISTINGUISHED:

*Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, 221 D.L.R. (4th) 257, 100 C.R.R. (2d) 1.

##### CONSIDERED:

*Khadr v. Canada*, 2005 FC 1076, [2006] 2 F.C.R. 505, 257 D.L.R. (4th) 577, 113 C.R.R. (2d) 189; *Khadr v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2004 FC 1145, 123 C.R.R. (2d) 7, 266 F.T.R. 20; *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125, 293 D.L.R. (4th) 629, 232 C.C.C. (3d) 101, affg *sub nom. Khadr v. Canada (Minister of Justice)*, 2007 FCA 182, [2008] 1 F.C.R. 270, 280 D.L.R. (4th) 469, 67 Admin. L.R. (4th) 75, revg 2006 FC 509, 290 F.T.R. 313; *Khadr v. Canada*

#### 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. 1, 6, 7, 12, 15, 24(1).  
*Loi sur les Conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, annexes I à IV, art. 3.  
*Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, art. 1 « torture », 15.  
*Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3, art. 1, 19, 37, 39, 40.  
*Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés*, 25 mai 2000, [2002] R.T. Can. n° 5, préambule, art. 1, 4.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Copello c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2003 CAF 295; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Khadr c. Canada*, 2005 CF 1076, [2006] 2 R.C.F. 505; *Khadr c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2004 CF 1145; *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125, confirmant *sub nom. Khadr c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2007 CAF 182, [2008] 1 R.C.F. 270, infirmant 2006 CF 509; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 807; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Al Rawi & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Common-*



(Attorney General), 2008 FC 807, 59 C.R. (6th) 284, 175 C.R.R. (2d) 345, 331 F.T.R. 1; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, 280 D.L.R. (4th) 385, 220 C.C.C. (3d) 16; *Al Rawi & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Anor*, [2006] EWCA Civ 1279, [2007] 2 W.L.R. 1219; *Smith v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 228, [2010] 1 F.C.R. 3; *Abbasi & Anor, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1598; *Mohamed, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs*, [2008] EWHC 2048 (Admin); *Hicks v. Ruddock*, [2007] FCA 299; *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa* (CCT 23/04), [2004] ZACC 5; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 152; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, 195 D.L.R. (4th) 1, [2001] 3 W.W.R. 193; *Public Committee against Torture in Israel v. State of Israel*, H CJ 5100/94, (1999), 38 *I.L.M.* 1471; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173.

#### REFERRED TO:

*Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *In re Guantanamo Detainee Cases*, 355 F. Supp. 2d 443 (D.D.C. 2005); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); *Canadian Assn. of the Deaf v. Canada*, 2006 FC 971, [2007] 2 F.C.R. 323, 272 D.L.R. (4th) 55, 143 C.R.R. (2d) 161; *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215; 199 D.L.R. (4th) 228, 147 O.A.C. 141 (C.A.); *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, (1999), 216 N.B.R. (2d) 25; 177 D.L.R. (4th) 124.

#### AUTHORS CITED

Canada. Parliament. House of Commons. Committee on Foreign Affairs and International Development. Subcommittee on International Human Rights. *Omar Khadr: Report of the Standing Committee on Foreign Affairs and International Development*, June 2008, online: <<http://www2.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/392/FAAE/Reports/RP3572352/faaerp07/faaerp07-e.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of the Canadian government's refusal to seek the applicant's repatriation from the Guantánamo Bay prison in the United States to Canada. Application allowed.

*wealth Affairs & Anor*, [2006] EWCA Civ 1279, [2007] 2 W.L.R. 1219; *Smith c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 228, [2010] 1 R.C.F. 3; *Abbasi & Anor, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1598; *Mohamed, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs*, [2008] EWHC 2048 (Admin); *Hicks v. Ruddock*, [2007] FCA 299; *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa* (CCT 23/04), [2004] ZACC 5; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Public Committee against Torture in Israel v. State of Israel*, H CJ 5100/94, (1999), 38 *I.L.M.* 1471; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

#### DÉCISIONS CITÉES :

*Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *In re Guantanamo Detainee Cases*, 355 F. Supp. 2d 443 (D.D.C. 2005); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); *Assoc. des sourds du Canada c. Canada*, 2006 CF 971, [2007] 2 R.C.F. 323; *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (2d) 215, 199 D.L.R. (4th) 228, 147 O.A.C. 141 (C.A.); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, (1999), 216 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 25.

#### DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent des Affaires étrangères et du développement international. Sous-comité des Droits internationaux de la personne. *Omar Khadr : Rapport du Comité permanent des Affaires étrangères et du développement international*, juin 2008, en ligne : <<http://www2.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/392/FAAE/Reports/RP3572352/faaerp07/faaerp07-f.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire du refus du gouvernement canadien de solliciter le rapatriement du demandeur au Canada de la prison de la baie de Guantánamo, aux États-Unis. Demande accueillie.

## APPEARANCES

*Nathan J. Whitling and Dennis Edney* for applicant.

*Doreen C. Mueller* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD

*Parlee McLaws LLP*, Edmonton, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

[1] O'REILLY J.: Mr. Omar Khadr, a Canadian citizen, was arrested in Afghanistan in July 2002 when he was 15 years old. He is alleged to have thrown a grenade that caused the death of a U.S. soldier. He has been imprisoned at Guantánamo Bay since October 2002 awaiting trial on serious charges: murder, conspiracy and support of terrorism.

[2] Mr. Khadr challenges the refusal of the Canadian government to seek his repatriation to Canada. He claims that his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (sections 6, 7 and 12) have been infringed and seeks a remedy under subsection 24(1) of the Charter. More particularly, Mr. Khadr asks me to quash the decision of the respondents not to seek his return to Canada and order the respondents to request the United States government to repatriate him. Mr. Khadr also asks me to overturn the respondents' decision on the grounds that it was unreasonable and taken in bad faith. Finally, Mr. Khadr seeks further disclosure of documents in the respondents' possession.

[3] I am satisfied, in the special circumstances of this case, that Mr. Khadr's rights under section 7 of the Charter have been infringed. I will grant his request for an order requiring the respondents to seek his repatriation from the United States. Given my conclusion regarding section 7, it is unnecessary for me to deal with the

## ONT COMPARU

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

*Doreen C. Mueller* pour les défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Parlee McLaws LLP*, Edmonton, pour le demandeur.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE O'REILLY : M. Omar Khadr, citoyen canadien, a été arrêté en Afghanistan en juillet 2002, alors qu'il était âgé de 15 ans. On lui reproche d'avoir lancé une grenade ayant causé la mort d'un militaire américain. Depuis octobre 2002, il est incarcéré à la prison de la baie de Guantánamo, attendant d'être jugé relativement à de graves accusations : meurtre, complot et appui au terrorisme.

[2] M. Khadr conteste le refus du gouvernement canadien de solliciter son rapatriement au Canada. Il soutient qu'il y a eu violation des droits que lui garantit 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]] (articles 6, 7 et 12) et il demande réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte. Il me demande, plus particulièrement, d'annuler la décision des défendeurs de ne pas solliciter son retour au Canada et d'ordonner à ces derniers de demander au gouvernement des États-Unis de le rapatrier. Il souhaite également que j'infirmes la décision des défendeurs parce qu'elle est déraisonnable et qu'elle a été prise de mauvaise foi. Enfin, il demande la communication de documents additionnels que les défendeurs ont en leur possession.

[3] Je suis convaincu, dans les circonstances spéciales de l'espèce, qu'il y a eu violation des droits que garantit l'article 7 de la Charte à M. Khadr. J'accueillerai sa demande d'ordonnance obligeant les défendeurs à solliciter son rapatriement des États-Unis. Compte tenu de ma conclusion relative à l'article 7, il est inutile que je

other grounds Mr. Khadr raised before me. The issue of disclosure has already been conclusively decided by the Supreme Court of Canada and, therefore, cannot be re-litigated before me.

[4] These are the questions that arise in this case:

1. Have the issues already been decided in other judicial proceedings; that is, is this case governed by the doctrine of *res judicata*?
2. Is there any “decision” that can be judicially reviewed?
3. Does the Canadian government have a legal duty to protect Mr. Khadr?
4. What is the appropriate remedy if that duty is breached?

(Provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the international instruments cited below are set out in Annex A.)

#### I. Factual Background

##### (a) Events Leading to Mr. Khadr’s Arrest and Detention

[5] Mr. Khadr was born in Canada in 1986. He moved with his family to Pakistan in 1990. In 1995, his father, Mr. Ahmad Khadr (Ahmad), was arrested for alleged involvement in a bombing of the Egyptian embassy in Islamabad. The rest of the family returned to Canada. They moved back to Pakistan in 1996 after Ahmad was released. They came back to Canada again in 2001 for a number of months while Ahmad recuperated from an injury caused by a landmine. The family moved to Afghanistan in July 2001. After the events of September 11, 2001, Mr. Khadr and his brothers attended training camps associated with Al-Qaida.

traite des autres motifs que M. Khadr m’a soumis. La Cour suprême du Canada a déjà tranché de manière concluante la question de la communication des documents, et cette question ne peut donc pas être débattue à nouveau devant moi.

[4] Les questions qui se posent en l’espèce sont les suivantes :

1. Les questions ont-elles déjà été tranchées dans d’autres instances judiciaires; c’est-à-dire, la présente affaire est-elle régie par le principe de la chose jugée?
2. Existe-t-il une « décision » quelconque qui peut être soumise à un contrôle judiciaire?
3. Le gouvernement canadien est-il tenu par la loi de protéger M. Khadr?
4. S’il y a eu manquement à cette obligation, quelle est la réparation appropriée?

(Les dispositions applicables de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des instruments internationaux cités ci-après sont reproduites à l’annexe A.)

#### I. Le contexte factuel

##### a) Les faits menant à l’arrestation et à la mise en détention de M. Khadr

[5] M. Khadr est né au Canada en 1986. Il a déménagé avec sa famille au Pakistan en 1990. En 1995, son père, M. Ahmad Khadr (Ahmad), a été arrêté pour avoir prétendument pris part à un attentat à la bombe visant l’ambassade de l’Égypte, à Islamabad. Les autres membres de la famille sont rentrés au Canada. Ils sont toutefois retournés au Pakistan en 1996, après la mise en liberté d’Ahmad. La famille est revenue au Canada de nouveau en 2001, pour quelques mois, pendant qu’Ahmad se rétablissait d’une blessure due à une mine terrestre. La famille a ensuite déménagé en Afghanistan, en juillet 2001. Après les événements du 11 septembre 2001, M. Khadr et ses frères ont fréquenté des camps d’entraînement associés à Al-Qaïda.

[6] The events surrounding Mr. Khadr's arrest in July 2002 are disputed. Clearly, he was present at a gun battle near Khost, Afghanistan, during which a United States soldier was killed by a grenade. Mr. Khadr is alleged to have thrown that grenade. He maintains that he did not.

[7] Mr. Khadr was himself seriously injured during the gun battle by both bullets and shrapnel. He received medical treatment and was held in custody at Bagram Air Base for several weeks thereafter, and then transferred to Guantánamo Bay on October 28, 2002.

(b) Conditions at Bagram and Guantánamo Bay

[8] In his affidavit, Mr. Khadr describes various forms of mistreatment both at Bagram and Guantánamo Bay. For purposes of these proceedings, it is unnecessary for me to make any definitive factual findings about the conditions of Mr. Khadr's imprisonment. However, there are three significant facts that are relevant to this application and on which there is agreement between the parties.

[9] First, on detention, Mr. Khadr was "given no special status as a minor" even though he was only 15 when he was arrested and 16 at the time he was transferred to Guantánamo Bay.

[10] Second, Mr. Khadr had virtually no communication with anyone outside of Guantánamo Bay until November 2004, when he met with legal counsel for the first time.

[11] Third, at Guantánamo Bay, Mr. Khadr was subjected to the so-called "frequent flyer program", which involved depriving him of rest and sleep by moving him to a new location every three hours over a period of weeks. Canadian officials became aware of this treatment in the spring of 2004 when Mr. Khadr was 17, and proceeded to interrogate him.

[6] Les faits entourant l'arrestation de M. Khadr en juillet 2002 sont contestés. Il est clair qu'il était présent à une bataille armée livrée près de Khost (Afghanistan), au cours de laquelle un soldat américain a été tué par une grenade. On reproche à M. Khadr d'avoir lancé cette grenade. Il soutient que non.

[7] M. Khadr a été lui-même gravement blessé par des balles et des éclats d'obus au cours de la bataille armée. Il a été soigné et tenu sous garde à la base aérienne de Bagram pendant plusieurs semaines, et ensuite transféré à la prison de la baie de Guantánamo le 28 octobre 2002.

b) Les conditions à Bagram et à la baie de Guantánamo

[8] Dans son affidavit, M. Khadr décrit diverses formes de mauvais traitements dont il a été victime, tant à Bagram qu'à la baie de Guantánamo. Pour les besoins de la présente instance, il est inutile que je tire des conclusions de fait définitives sur ses conditions d'incarcération. Il y a toutefois trois faits importants qui se rapportent à la présente demande et dont les parties conviennent.

[9] Premièrement, lors de sa détention, M. Khadr n'a [TRADUCTION] « bénéficié d'aucun statut spécial à titre de mineur » même s'il n'était âgé que de 15 ans quand il a été arrêté et de 16 ans quand il a été transféré à la prison de la baie de Guantánamo.

[10] Deuxièmement, M. Khadr n'a eu presque aucun contact avec quiconque à l'extérieur de la prison de la baie de Guantánamo avant le mois de novembre 2004, date à laquelle il a rencontré pour la première fois des conseillers juridiques.

[11] Troisièmement, à la prison de la baie de Guantánamo, M. Khadr a été soumis à ce qu'on appelle le [TRADUCTION] « programme grand voyageur », qui a consisté à le priver de repos et de sommeil en le changeant d'emplacement toutes les trois heures pendant plusieurs semaines. Les autorités canadiennes ont pris connaissance de ce traitement au printemps de 2004, à l'époque où M. Khadr était âgé de 17 ans, et elles ont entrepris de l'interroger.

## (c) Actions of the Canadian Government

[12] After Mr. Khadr's arrest, Canadian authorities asked United States officials for consular access to him while he was being held at Bagram. It was denied. Canada also made clear that it believed that Guantánamo Bay was not an appropriate place for a child to be kept in custody. A diplomatic note dated September 13, 2002 stated:

The Embassy of Canada would further urge the American authorities to consider the fact that Mr. Omar Khadr, at the time the events in question took place, was less than sixteen years of age. Under various laws of Canada and the United States, such an age provides for special treatment of such persons with respect to legal or judicial processes. As such, the Government of Canada believes that it would be inappropriate for Mr. Omar Khadr to be transferred to the detention facilities at the American naval base at Guantanamo Bay, Cuba. From the information that is available to the Government of Canada, such a facility would not be an appropriate place for Mr. Omar Khadr to be detained.

[13] While Mr. Khadr was at Guantánamo Bay, Canadian consular officials made inquiries about him beginning in November 2003. They also sought assurances that the death penalty would not be imposed on Mr. Khadr and that detainees generally would be treated in accordance with international law. Canada also expressed its concern about allegations that Mr. Khadr and other detainees were being mistreated. Beginning in 2005, Canadian officials visited Mr. Khadr a number of times to check on his welfare. In general, they found that he appeared to be healthy and well-fed. When he complained that his gunshot wounds were bothering him and still bleeding, Canadian officials requested medical treatment for him, and it was provided.

[14] In addition, Canadian officials, including agents of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS), visited Mr. Khadr a number of times and questioned him. In particular, in February 2003, CSIS agents and an officer from the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) interviewed Mr. Khadr over the course of four days. Additional interrogations fol-

## c) Les mesures prises par le gouvernement canadien

[12] Après l'arrestation de M. Khadr, les autorités canadiennes ont demandé aux responsables américains de permettre à des représentants consulaires de lui rendre visite pendant qu'il était en détention à Bagram. Cette demande a été rejetée. En outre, le Canada a clairement indiqué qu'à son avis la prison de la baie de Guantánamo n'était pas un endroit convenable où tenir sous garde un enfant. Une note diplomatique datée du 13 septembre 2002 mentionne ce qui suit :

[TRADUCTION] L'ambassade du Canada exhorte de plus les autorités américaines à tenir compte du fait que M. Omar Khadr, à l'époque où sont survenus les événements en question, était âgé de moins de seize ans. Selon diverses lois du Canada et des États-Unis, les personnes de cet âge ont droit à un traitement spécial sur le plan juridique ou judiciaire. Cela étant, le gouvernement du Canada croit qu'il serait inopportun que l'on transfère M. Omar Khadr aux installations de détention situées dans la base navale américaine de Guantánamo (Cuba). Selon les informations dont dispose le gouvernement du Canada, ces installations ne seraient pas un endroit convenable où garder M. Omar Khadr en détention.

[13] Pendant que M. Khadr se trouvait à la baie de Guantánamo, des responsables consulaires canadiens ont commencé à s'informer de lui en novembre 2003. Ils ont également cherché à obtenir l'assurance qu'on ne lui imposerait pas la peine de mort et que les détenus en général seraient traités d'une manière conforme au droit international. Le Canada s'est également dit préoccupé par des allégations selon lesquelles M. Khadr et d'autres personnes détenues étaient maltraités. À partir de 2005, des responsables canadiens ont rendu visite à M. Khadr à un certain nombre de reprises pour s'assurer de son bien-être. Ils ont conclu qu'en général il semblait en bonne santé et bien nourri. Lorsqu'il s'est plaint que ses blessures par balles le faisaient souffrir et saignaient encore, les responsables canadiens ont demandé qu'on lui prodigue des soins, et cela a été fait.

[14] Par ailleurs, des responsables canadiens, dont des agents du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS), ont rendu plusieurs visites à M. Khadr et l'ont interrogé. En particulier, en février 2003, des agents du SCRS et un agent du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (le MAECI) l'ont interrogé au cours d'une période de quatre jours.

lowed in September 2003 and March 2004. These visits were for purposes of law enforcement and intelligence gathering, not consular assistance to Mr. Khadr. Indeed, Canadian officials told Mr. Khadr in 2003 that they could not do anything to help him.

[15] A report on the March 2004 visit by a DFAIT official states (referring to Mr. Khadr as “Umar”):

In an effort to make him more amenable and willing to talk, [blank] has placed Umar on the “frequent flyer program.” [F]or the three weeks before [the] visit, Umar has not been permitted more than three hours in any one location. At three hours intervals he is moved to another cell block, thus denying him uninterrupted sleep and a continued change of neighbours. He will soon be placed in isolation for up to three weeks and then he will be interviewed again.

...

Certainly Umar did not appear to have been affected by three weeks on the “frequent flyer” program. He did not yawn or indicate in any way that he was tired throughout the two hour interview. It seems likely that the natural resilience of a well-fed and healthy seventeen-year old are keeping him going.

[16] Even before it came to light that Mr. Khadr had been subjected to sleep deprivation, Justice Konrad von Finckenstein had issued an interim injunction preventing further interviews with Mr. Khadr in order “to prevent a potential grave injustice” (*Khadr v. Canada*, 2005 FC 1076, [2006] 2 F.C.R. 505, at paragraph 46).

[17] By the spring of 2004, then, Canadian officials were knowingly implicated in the imposition of sleep deprivation techniques on Mr. Khadr as a means of making him more willing to provide intelligence. Mr. Khadr was then a 17-year-old minor, who was being detained without legal representation, with no access to his family and with no Canadian consular assistance.

D’autres interrogatoires ont eu lieu en septembre 2003 et en mars 2004. Ces visites avaient pour but de répondre à des besoins relatifs à l’application de la loi et de recueillir des renseignements, et non d’apporter une aide consulaire à M. Khadr. En fait, les responsables canadiens lui ont dit en 2003 qu’ils ne pouvaient rien faire pour l’aider.

[15] Voici ce qu’on peut lire dans le compte rendu d’une visite qu’un responsable du MAECI a faite en mars 2004 (M. Khadr y est appelé « Umar ») :

[TRADUCTION] Pour le rendre plus docile et disposé à parler, [blanc] a soumis Umar au « programme grand voyageur ». [P]endant les trois semaines précédant [la] visite, on n’a pas laissé Umar plus de trois heures au même endroit. Toutes les trois heures, il est déplacé à un autre bloc cellulaire, ce qui le prive d’un sommeil ininterrompu et le fait changer constamment de voisins. Il sera bientôt mis en isolement pour une période pouvant atteindre trois semaines et, ensuite, il sera réinterrogé.

[...]

Certes, les trois semaines de « programme grand voyageur » qu’il a subies ne semblent pas l’avoir affecté. Durant tout l’entretien de deux heures, il n’a ni baillé, ni montré un signe quelconque de fatigue. C’est probablement la résilience naturelle d’un jeune de dix-sept ans en bonne santé et bien nourri qui lui permet de supporter ce régime.

[16] Avant même qu’on apprenne que M. Khadr avait été soumis à un régime de privation du sommeil, le juge Konrad von Finckenstein avait rendu une injonction provisoire interdisant d’interroger de nouveau M. Khadr afin d’« empêcher une éventuelle injustice grave » (*Khadr c. Canada*, 2005 CF 1076, [2006] 2 R.C.F. 505, au paragraphe 46).

[17] Cela signifie donc qu’au printemps de 2004, les responsables canadiens étaient sciemment impliqués dans le fait que l’on soumettait M. Khadr à des techniques de privation du sommeil pour le rendre plus disposé à fournir des informations. À l’époque, M. Khadr était un mineur âgé de 17 ans, qui était gardé en détention mais qui n’était pas représenté par un avocat, qui n’avait pas accès à sa famille et qui ne bénéficiait pas de l’aide consulaire du Canada.

[18] It cannot fairly be said, however, that Canada abandoned Mr. Khadr entirely. Clearly, officials were concerned about his treatment and welfare and, beginning in 2005, checked on him regularly.

## II. Legal Framework

[19] According to orders issued by then-President George W. Bush, detainees at Guantánamo Bay were considered unlawful combatants, with no standing to seek remedies in any court and no protection under the Geneva Conventions [of 1949, see *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, Schedules I–IV]. In June 2004, the United States Supreme Court ruled that Guantánamo Bay detainees were entitled to bring *habeas corpus* applications in United States federal courts (*Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004)). The Court found the presidential order to the contrary to be unlawful.

[20] In September 2004, the Combatant Status Review Tribunal (CSRT) concluded that Mr. Khadr was an enemy combatant. In January 2005, the United States District Court for the District of Columbia, after receiving *habeas corpus* applications from a number of detainees, including Mr. Khadr, concluded that the CSRT had denied them due process. In particular, the Court found that the detainees had not been given access to the evidence against them, had been denied the assistance of counsel and had evidence obtained by torture used against them (*In re Guantanamo Detainee Cases*, 355 F. Supp. 2d 443 (D.D.C. 2005)).

[21] In 2006, the United States Supreme Court held that the legal regime in Guantánamo Bay violated the Geneva Conventions [of 1949] because detainees had been denied the right to be tried by regular courts with the usual procedural protections (*Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006)). Subsequently, Congress enacted the *Military Commissions Act of 2006* [Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600] (MCA) which removed the U.S. federal

[18] Cependant, en toute bonne foi, on ne peut pas dire que le Canada a laissé tomber complètement M. Khadr. Manifestement, des responsables se préoccupaient de son traitement et de son bien-être et, à partir de 2005, ils ont vérifié régulièrement sa situation.

## II. Le cadre juridique

[19] Selon des ordonnances rendues par le président des États-Unis — George W. Bush à cette époque — les personnes gardées en détention à la prison de la baie de Guantánamo étaient considérées comme des combattants illégaux n'ayant pas qualité pour obtenir réparation devant un tribunal quelconque et n'étant pas protégées par les Conventions de Genève [de 1949, voir la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, annexes I à IV]. En juin 2004, la Cour suprême des États-Unis a décrété que les personnes détenues à la prison de la baie de Guantánamo étaient habilitées à soumettre des demandes d'*habeas corpus* aux tribunaux fédéraux des États-Unis (*Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004)). La Cour suprême a conclu que l'ordonnance présidentielle à l'effet contraire était illégale.

[20] En septembre 2004, le Combatant Status Review Tribunal (le CSRT) a conclu que M. Khadr était un combattant ennemi. En janvier 2005, après avoir reçu des demandes d'*habeas corpus* de la part d'un certain nombre de détenus, dont M. Khadr, la Cour de district des États-Unis du district de Columbia a conclu que le CSRT les avait privés de l'application régulière de la loi. En particulier, elle a conclu que ces personnes n'avaient pas eu accès aux preuves présentées contre elles, qu'elles s'étaient vues priver de l'assistance d'un avocat et qu'on avait utilisé contre elles des preuves obtenues sous la torture (*In re Guantanamo Detainee Cases*, 355 F. Supp. 2d 443 (D.D.C. 2005)).

[21] En 2006, la Cour suprême des États-Unis a statué que le régime juridique appliqué à la prison de la baie de Guantánamo violait les Conventions de Genève [de 1949] parce que les détenus s'étaient vus priver du droit d'être jugés par des tribunaux ordinaires et de bénéficier des mesures de protection d'ordre procédural habituelles : *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006). Par la suite, le Congrès des États-Unis a adopté la *Military*

courts' jurisdiction to receive *habeas corpus* applications from detainees.

[22] Mr. Khadr faces five charges under the MCA: (1) murder in violation of the law of war; (2) attempted murder in violation of the law of war; (3) conspiracy; (4) providing material support for terrorism; and (5) spying.

### III. Earlier Proceedings Involving Mr. Khadr

[23] Mr. Khadr has launched a number of other proceedings in Federal Court. In 2004, he commenced an action for damages and a declaration that his Charter rights had been infringed. Justice Konrad von Finckenstein granted him an injunction against further interrogations by Canadian officials, but no further action was taken in the proceedings (*Khadr v. Canada*).

[24] Also in 2004, Mr. Khadr applied for judicial review of a decision of the Minister of Foreign Affairs not to seek further consular access to him. Again, there has been no recent action taken on this file (*Khadr v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2004 FC 1145, 123 C.R.R. (2d) 7).

[25] In 2006, Mr. Khadr sought judicial review of a decision of the Minister of Justice not to comply with a request for disclosure of documents that would assist Mr. Khadr in defending the charges against him. The application was dismissed (*Khadr v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 FC 509, 290 F.T.R. 313), but Mr. Khadr appealed successfully (*Khadr v. Canada (Minister of Justice)*, 2007 FCA 182, [2008] 1 F.C.R. 270). The Federal Court of Appeal found that Mr. Khadr's Charter rights were engaged by virtue of the involvement of Canadian officials in gathering evidence against him through their interrogations. The Court ordered the Minister of Justice to disclose all relevant documents to Mr. Khadr.

*Commissions Act of 2006* [Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600] (MCA), qui a fait disparaître le pouvoir qu'avaient les tribunaux fédéraux des États-Unis de recevoir des demandes d'*habeas corpus* de la part des détenus.

[22] M. Khadr est confronté à cinq chefs d'accusation en vertu de la MCA : 1) meurtre en contravention du droit de la guerre, 2) tentative de meurtre en contravention du droit de la guerre, 3) complot, 4) appui substantiel au terrorisme, et 5) espionnage.

### III. Les instances antérieures concernant M. Khadr

[23] M. Khadr a engagé un certain nombre d'autres instances devant la Cour fédérale. En 2004, il a intenté une action en vue d'obtenir des dommages-intérêts et une déclaration portant que les droits que lui confère la Charte avaient été violés. Le juge Konrad von Finckenstein lui a accordé une injonction interdisant aux responsables canadiens de le réinterroger, mais aucune mesure additionnelle n'a été prise dans cette instance (*Khadr c. Canada*).

[24] En 2004 également, M. Khadr a présenté une demande de contrôle judiciaire concernant une décision prise par le ministre des Affaires étrangères de ne pas demander que des services consulaires additionnels lui soient fournis. Là encore, aucune mesure récente n'a été prise dans ce dossier (*Khadr c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2004 CF 1145).

[25] En 2006, M. Khadr a demandé que l'on soumette à un contrôle judiciaire une décision du ministre de la Justice de ne pas accéder à une demande de communication de documents qui l'auraient aidé à se défendre contre les accusations portées contre lui. Cette demande a été rejetée (*Khadr c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CF 509), mais M. Khadr a interjeté appel et obtenu gain de cause (*Khadr c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2007 CAF 182, [2008] 1 R.C.F. 270). La Cour d'appel fédérale a conclu que les droits garantis par la Charte à M. Khadr étaient mis en jeu car des responsables canadiens, dans le cadre de leurs interrogatoires, avaient pris part à la collecte de preuves contre lui. La Cour a ordonné au ministre de la Justice de communiquer à M. Khadr tous les documents pertinents.



[26] The Supreme Court of Canada dismissed the Minister's appeal but varied the disclosure order. The Minister was ordered to disclose "(i) records of the interviews conducted by Canadian officials with Mr. Khadr, or (ii) records of information given to U.S. authorities as a direct consequence of Canada's having interviewed Mr. Khadr" (*Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125, at paragraph 40).

[27] The Supreme Court also ordered that a Federal Court judge review the disclosed documents in order to determine whether national security interests or other considerations apply to them and to make the final determination about what documents should be disclosed. Justice Richard Mosley performed that review and issued his order in June 2008: *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 807, 59 C.R. (6th) 284.

[28] In 2007, Mr. Khadr commenced another application for judicial review, but it was discontinued in February 2008 (*Khadr v. Canada (Minister of Justice)*, T-1319-07).

#### IV. Issues

1. Have the issues in this case already been decided in other judicial proceedings; that is, is this case governed by the doctrine of *res judicata*?

[29] The respondents point to the earlier proceedings instituted by Mr. Khadr, particularly those leading to the decision of the Supreme Court of Canada, and submit that the issues raised in this application have already been heard and decided; that is, that this application falls under the doctrine of *res judicata*.

[30] The Supreme Court of Canada addressed the question of whether the respondents were required to disclose documents in their possession that were relevant to the charges Mr. Khadr was facing, including records of interviews and information turned over to U.S. officials. In the analysis of this question, the Court

[26] La Cour suprême du Canada a rejeté l'appel du ministre mais modifié l'ordonnance de communication. Elle a ordonné à ce dernier de communiquer certains documents du fait « (i) qu'ils se rapportent aux entretiens des responsables canadiens avec M. Khadr ou (ii) qu'ils constituent des renseignements dont la communication aux autorités américaines découle directement du fait que le Canada a interrogé M. Khadr » (*Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125, au paragraphe 40).

[27] La Cour suprême a également ordonné qu'un juge de la Cour fédérale passe en revue les documents à communiquer afin de vérifier si des intérêts liés à la sécurité nationale ou d'autres aspects s'y rapportent et de déterminer de façon définitive quels documents devaient être communiqués. Le juge Richard Mosley a procédé à cette revue et a rendu son ordonnance en juin 2008 (*Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 807).

[28] En 2007, M. Khadr a introduit une autre demande de contrôle judiciaire, mais celle-ci a été abandonnée en février 2008 (*Khadr c. Canada (Ministre de la Justice)*, T-1319-07).

#### IV. Les questions en litige

1. Les questions ont-elles déjà été tranchées dans d'autres instances judiciaires; c'est-à-dire, la présente affaire est-elle régie par le principe de la chose jugée?

[29] Les défendeurs soulignent les instances que M. Khadr a engagées antérieurement, notamment celles qui ont mené à la décision de la Cour suprême du Canada, et ils font valoir que les questions soulevées dans la présente demande ont déjà été entendues et tranchées; c'est-à-dire que la présente demande tombe sous le coup du principe de la chose jugée.

[30] La Cour suprême du Canada a examiné la question de savoir si les défendeurs étaient tenus de communiquer des documents en leur possession qui se rapportaient aux accusations portées contre M. Khadr, y compris des comptes rendus d'entretiens et des renseignements relayés aux responsables américains. En

considered whether the Charter applied to the issue of disclosure, given that the materials sought related to interviews that had taken place outside of Canada. The Court referred to its prior decision in *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292 where it had concluded that the Charter generally does not apply to Canadian investigators operating outside of Canada. But *Hape* had also identified an exception to that general rule where the activities of Canadian agents violated Canada's international obligations, particularly its human rights commitments. The Court stated, at paragraph 19:

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

[31] The Court relied on the U.S. Supreme Court's conclusion that the Guantánamo Bay detainees had been unlawfully denied access to the remedy of *habeas corpus* and were being held under terms that violated the Geneva Conventions: *Rasul v. Bush*, above. Further, the Court noted that the U.S. Supreme Court had also found that the process of trials before military commissions violated Common Article 3 of the Geneva Conventions [of 1949]: *Hamdan v. Rumsfeld*, above. Based on these decisions, and given Canada's adherence to the Geneva Conventions [of 1949], the Court concluded that "the regime providing for the detention and trial of Mr. Khadr at the time of the CSIS interviews constituted a clear violation of fundamental human rights protected by international law" (at paragraph 24).

[32] However, the Court did not find it necessary to decide whether Canadian officials had actually violated the Charter by interviewing Mr. Khadr and turning over the fruits of those interviews to U.S. authorities. The Court simply noted that the Canadian officials were bound by the Charter at that point because they were

analysant cette question, la Cour a examiné si la Charte s'appliquait à la question de la communication, vu que les documents demandés avaient trait à des entretiens qui s'étaient déroulés à l'étranger. La Cour a fait référence à sa décision antérieure dans *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, où elle avait conclu qu'en général la Charte ne s'applique pas aux enquêteurs canadiens agissant hors des frontières du Canada. Mais l'arrêt *Hape* fait aussi état d'une exception à cette règle générale, qui vise les cas où les activités d'agents canadiens violent les obligations internationales du Canada, notamment ses engagements en matière de droits de la personne. Comme l'a écrit la Cour, au paragraphe 19 :

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

[31] La Cour s'est fondée sur la conclusion de la Cour suprême des États-Unis selon laquelle les personnes détenues à la prison de la baie de Guantánamo avaient été illégalement privées du recours à l'*habeas corpus* et étaient tenues en détention en vertu de dispositions qui violaient les Conventions de Genève : *Rasul v. Bush*, précité. En outre, elle a signalé que la Cour suprême des États-Unis avait également conclu que le processus des procès tenus devant des commissions militaires enfreignait l'article 3 des dispositions générales des Conventions de Genève [de 1949] (*Hamdan v. Rumsfeld*, précité). S'appuyant sur ces décisions, et compte tenu de l'adhésion du Canada aux Conventions de Genève [de 1949], la Cour a conclu que « les règles relatives à la détention et à la tenue d'un procès qui s'appliquaient à M. Khadr lorsque le SCRS l'a interrogé constituaient une atteinte manifeste aux droits fondamentaux de la personne reconnus en droit international » (au paragraphe 24).

[32] Cependant, la Cour n'a pas jugé nécessaire de décider si les responsables canadiens avaient effectivement violé la Charte en interrogeant M. Khadr et en relayant aux autorités américaines les résultats de leurs entretiens. Elle a simplement fait remarquer que les responsables canadiens étaient à ce stade-là liés par la

participants in a process that violated international law. Accordingly, they were bound by the principles of fundamental justice that are protected by section 7 of the Charter and nourished by international human rights obligations. Section 7 imposes on state agents an obligation to disclose relevant evidence to persons whose liberty interests are at stake. In the context of Mr. Khadr's case, this meant that Canadian officials had a duty to disclose all records of the interviews they had conducted and other information given to U.S. authorities as a consequence of those interviews.

[33] I do not agree with the respondents that the issues arising in this case were decided by the Supreme Court of Canada in the earlier litigation on disclosure. True, there is some overlap. For example, the question of the application of section 7 of the Charter arises in both, and Mr. Khadr sought disclosure of information in both. However, the issues here are broader and different. In particular, the question whether the respondents have a duty to seek the repatriation of Mr. Khadr has not previously been addressed.

[34] In further support of their position, the respondents also point to the judgment of Justice Mosley arising from his review of the documents the Supreme Court ordered to be disclosed. He justified disclosure to Mr. Khadr of certain information on the grounds that Canada had, by virtue of the DFAIT official's interrogation of Mr. Khadr at Guantánamo Bay in March 2004, become implicated in violations of the United Nations *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36 (CAT)), as well as the Geneva Conventions [of 1949]. As mentioned, that interrogation took place with knowledge that Mr. Khadr had been subjected to sleep deprivation in order to prepare him to be co-operative in the interview and, thereby, to reveal useful intelligence. Justice Mosley ordered the disclosure of the report of the March 2004 interrogation to Mr. Khadr, and its contents subsequently became public knowledge.

Charte car ils prenaient part à un processus qui enfreignait le droit international. Ils étaient donc liés par les principes de la justice fondamentale, lesquels sont protégés par l'article 7 de la Charte et étayés par les obligations internationales en matière de droits de la personne. L'article 7 oblige les agents de l'État à communiquer des preuves pertinentes aux personnes dont le droit à la liberté est en jeu. Dans le contexte de la cause de M. Khadr, cela voulait dire que les responsables canadiens étaient tenus de communiquer tous les documents portant sur les entretiens qu'ils avaient menés, de même que les autres renseignements relayés aux autorités américaines à la suite de ces entretiens.

[33] Je ne suis pas d'accord avec les défendeurs pour dire que les questions soulevées en l'espèce ont été tranchées par la Cour suprême du Canada dans l'instance antérieure portant sur la communication de documents. Il est vrai qu'il y a un certain chevauchement. Par exemple, la question de l'application de l'article 7 de la Charte se pose dans les deux cas, et M. Khadr a demandé que des informations soient communiquées dans les deux cas. En l'espèce toutefois, les questions sont plus vastes et différentes. En particulier, celle de savoir si les défendeurs se trouvent dans l'obligation de solliciter le rapatriement de M. Khadr n'a pas été examinée antérieurement.

[34] Pour étayer davantage leur thèse, les défendeurs font également état de la décision que le juge Mosley a rendue après avoir examiné les documents dont la Cour suprême avait ordonné la communication. Il a justifié la communication de certaines informations à M. Khadr en disant qu'à cause de l'interrogatoire auquel l'agent du MAECI avait soumis M. Khadr à la baie de Guantánamo en mars 2004, le Canada était devenu impliqué dans des violations de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* des Nations Unies (10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36 (CCT)), ainsi que des dispositions des Conventions de Genève [de 1949]. Comme je l'ai déjà mentionné, cet interrogatoire a eu lieu tout en sachant que M. Khadr avait été soumis à un régime de privation du sommeil afin de le préparer à faire preuve de collaboration lors de l'entretien et, ainsi, à révéler des informations utiles. Le juge Mosley a ordonné que le rapport sur l'interrogatoire de mars 2004 soit communiqué à

[35] Mr. Khadr raises similar arguments before me in support of his submission that Canadian officials have a duty to seek his repatriation. But that does not render the issues raised by Mr. Khadr here identical to the issues litigated previously. The contexts are quite different. This part of Mr. Khadr's application is not *res judicata*. However, it is clear that the issue of disclosure has been fully considered and decided in earlier proceedings and cannot be re-litigated before me.

2. Is there any "decision" that can be judicially reviewed?

(a) The Prime Minister's Statement and Government Policy

[36] On July 10, 2008, following the release of the decision of Justice Mosley discussed above, as well as the information about Canadian involvement in the imposition of sleep deprivation techniques on Mr. Khadr, a journalist asked Prime Minister Stephen Harper whether he would be requesting Mr. Khadr's repatriation to Canada. The Prime Minister said: "The answer is no, as I said the former Government, in our Government with the notification of the Minister of Justice had considered all these issues and the situation remains the same.... [W]e keep on looking for [assurances] of good treatment of Mr. Khadr".

[37] In addition to this specific statement, it is clear that the Government of Canada has an ongoing policy against requesting Mr. Khadr's repatriation that has been expressed publicly from time to time and can be the subject of judicial review at any given point: *Canadian Assn. of the Deaf v. Canada*, 2006 FC 971, [2007] 2 F.C.R. 323, at paragraph 72. This policy is reflected in the Government of Canada's dissent from a June 2008 report of the Standing Committee on Foreign Affairs and International Development on Mr. Khadr's case.

M. Khadr, et le contenu de ce document a été rendu public.

[35] M. Khadr invoque devant moi des arguments semblables à l'appui de sa thèse selon laquelle les responsables canadiens se trouvent dans l'obligation de solliciter son rapatriement. Mais cela ne rend pas les questions que M. Khadr soulève en l'espèce identiques à celles qui ont été plaidées antérieurement. Les contextes sont nettement différents. Cette partie de la demande de M. Khadr n'est pas chose jugée. Il est toutefois évident que la question de la communication a été examinée en détail et tranchée dans des instances antérieures et qu'elle ne peut pas être plaidée à nouveau devant moi.

2. Existe-t-il une « décision » quelconque qui peut être soumise à un contrôle judiciaire?

a) La déclaration du premier ministre et la politique gouvernementale

[36] Le 10 juillet 2008, après la publication de la décision du juge Mosley dont il est question ci-dessus, ainsi que des informations concernant la participation canadienne aux techniques de privation du sommeil imposées à M. Khadr, un journaliste a demandé au premier ministre Stephen Harper s'il allait demander que M. Khadr soit rapatrié au Canada. Le premier ministre a répondu : [TRADUCTION] « La réponse est non, comme je l'ai dit l'ancien gouvernement, dans notre gouvernement avec la notification du ministre de la Justice, avait pris en considération toutes ces questions et la situation reste la même [...] [N]ous continuons de chercher des [promesses] de bon traitement de M. Khadr ».

[37] Outre cette déclaration précise, il est clair que le gouvernement du Canada a pour politique — et celle-ci est exprimée publiquement de temps à autre — de s'opposer à ce que l'on demande le rapatriement de M. Khadr et cette politique peut être l'objet d'un contrôle judiciaire à tout moment (*Assoc. des sourds du Canada c. Canada*, 2006 CF 971, [2007] 2 R.C.F. 323, au paragraphe 72). Cette politique se reflète dans la dissidence exprimée par le gouvernement du Canada à l'égard d'un rapport, daté de juin 2008, du Comité per-

The Standing Committee recommended that Canada demand Mr. Khadr's repatriation. The Government's dissent was based on a concern that Canada be seen to deal forcefully with terrorism. In the Government's view, Mr. Khadr's case reflects "Canada's commitment to impeding global terrorism and the results of our actions today could result in consequences that are not in the long-term interest of the country" (House of Commons, *Omar Khadr: Report of the Standing Committee on Foreign Affairs and International Development* (Communications Canada – Publishing: Ottawa, 2008), at page 15) [also available online]).

[38] Accordingly, I find that there has clearly been a "decision" that may properly be the subject of an application for judicial review.

(b) Is the Decision Reviewable by the Court?

[39] Cases such as this require the Court to find the "legal edge between the executive and judicial functions" (as expressed by Lord Laws in *Al Rawi & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Anor*, [2006] EWCA Civ 1279, at paragraph 148).

[40] Generally speaking, decisions about foreign affairs fall naturally and properly to the executive. Still, Canadian courts have determined that the executive's prerogative in that area is subject to review under the Charter. As Justice Allen Linden has stated, "the exercise of Crown prerogative is beyond the scope of judicial review, except, of course, when a right guaranteed by the [Charter] is violated": *Copello v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2003 FCA 295, 3 Admin. L.R. (4th) 214, at paragraph 16, relying on *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215 (C.A.).

[41] Justice Robert Barnes expressed the situation this way (*Smith v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 228, [2010] 1 F.C.R. 3, at paragraph 26):

manent des affaires étrangères et du développement international sur la situation de M. Khadr. Ce comité a recommandé que le Canada exige le rapatriement de M. Khadr. La dissidence du gouvernement était fondée sur la volonté que l'on perçoive que le Canada lutte avec force contre le terrorisme. De l'avis du gouvernement, l'affaire Khadr reflète « l'engagement du Canada d'endiguer le terrorisme mondial, et les gestes que nous posons aujourd'hui pourraient avoir des conséquences qui, à long terme, ne sont pas dans l'intérêt du pays » (Chambre des communes, *Omar Khadr : Rapport du Comité permanent des affaires étrangères et du développement international* (Communication Canada – Édition : Ottawa, 2008), à la page 15 [aussi disponible en ligne]).

[38] En conséquence, je conclus qu'il y a un manifestement eu une « décision » qui est susceptible de faire l'objet à juste titre d'une demande de contrôle judiciaire.

b) La Cour peut-elle soumettre la décision à un contrôle judiciaire?

[39] Les affaires comme celle-ci obligent la Cour à trouver la [TRADUCTION] « limite juridique entre les fonctions exécutive et judiciaire » (comme l'a dit lord Laws dans la décision *Al Rawi & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Anor*, [2006] EWCA Civ 1279, au paragraphe 148).

[40] De façon générale, les décisions touchant les affaires étrangères relèvent naturellement et à juste titre de l'exécutif. Pourtant, les tribunaux canadiens ont jugé qu'en ce domaine la prérogative de l'exécutif peut faire l'objet d'un contrôle fondé sur la Charte. Comme l'a déclaré le juge Allen Linden, « l'exercice de la prérogative royale échappe au domaine du contrôle judiciaire, évidemment, sauf en cas de violation d'un droit garanti par la Charte » (*Copello c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2003 CAF 295, au paragraphe 16), s'appuyant sur l'arrêt *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215 (C.A.).

[41] Le juge Robert Barnes a exposé la situation en ces termes (*Smith c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 228, [2010] 1 R.C.F. 3, au paragraphe 26) :

Decisions involving pure policy or political choices in the nature of Crown prerogatives are generally not amenable to judicial review because their subject matter is not suitable to judicial assessment. But where the subject matter of a decision directly affects the rights or legitimate expectations of an individual, a Court is both competent and qualified to review it.

[42] The courts of other countries have addressed the question whether decisions taken by governments in respect of persons detained at Guantánamo Bay are reviewable. In *Abbasi & Anor, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1598, Lord Phillips acknowledged that courts may review the exercise of the Government's prerogative power in relation to foreign affairs. However, he concluded that the Government does not have a general enforceable duty to protect citizens abroad. The Government has the discretion to do so, but the courts should not intervene unless the Government's position is irrational or contrary to a legitimate expectation. Lord Phillips went on to say that, while a decision whether to make diplomatic representations on a citizen's behalf falls within the conduct of foreign policy, the Government has a duty at least to consider and respond to requests for diplomatic interventions. Whether the Government might be legally required to do more would depend on the particular facts.

[43] It should be noted that the *Abbasi* decision was made at a point in time when the legal status of detainees was unclear under U.S. law. Further, the U.K. Foreign Office was in active discussions with the U.S. about the status of detainees. The timing, therefore, was "delicate" in the Court's view. While the Court held a "deep concern that, in apparent contravention of fundamental principles of law, Mr. Abbasi may be subject to indefinite detention in territory over which the United States has exclusive control with no opportunity to challenge the legitimacy of his detention", it could not, for the reasons outlined above, rule in his favour (at paragraph 107).

Les décisions comportant des choix purement stratégiques ou politiques de la nature des prérogatives royales échappent en général au contrôle judiciaire, car leur objet ne se prête pas à un examen par les tribunaux. En revanche si l'objet de la décision affecte directement les droits ou les attentes légitimes d'une personne, la cour est à la fois compétente et qualifiée pour la contrôler.

[42] Les tribunaux d'autres pays se sont penchés sur la question de savoir si les décisions que prennent les gouvernements à l'endroit de personnes détenues à la prison de la baie de Guantánamo sont susceptibles de contrôle. Dans l'arrêt *Abbasi & Anor, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1598, lord Phillips a reconnu que les tribunaux peuvent soumettre à un contrôle l'exercice de la prérogative du gouvernement en ce qui concerne les affaires étrangères. Cependant, a-t-il conclu, le gouvernement n'a pas une obligation exécutoire générale de protéger ses citoyens à l'étranger. Il a le pouvoir discrétionnaire de le faire, mais les tribunaux ne devraient intervenir que si sa position est illogique ou contraire à une attente légitime. Lord Phillips a ajouté que, bien qu'une décision de faire ou non des démarches diplomatiques en faveur d'un citoyen relève de la conduite de la politique étrangère, le gouvernement a l'obligation de prendre au moins en considération les demandes d'intervention diplomatique et d'y répondre. La question de savoir si le gouvernement peut être légalement tenu d'en faire d'avantage dépend des faits particuliers qui sont en cause.

[43] Il convient de signaler que l'arrêt *Abbasi* a été rendu à une époque où la situation juridique des personnes en détention n'était pas claire selon la loi américaine. En outre, le Foreign Office du Royaume-Uni avait engagé des discussions sérieuses avec les États-Unis à propos de la situation de ces personnes. De l'avis de la Cour, le moment était donc [TRADUCTION] « délicat ». Même si la Cour était [TRADUCTION] « profondément préoccupée par le fait que, en contravention manifeste des principes fondamentaux du droit, M. Abbasi [risquait] d'être détenu pendant un temps indéfini dans un territoire sur lequel les États-Unis [exerçaient] un contrôle exclusif, sans occasion aucune de contester la légitimité de sa détention », elle ne pouvait pas, pour les

[44] In *Al Rawi*, above, the Court considered the position of persons detained at Guantánamo Bay who were residents, not citizens, of the U.K. By 2006, the Secretary of State had made representations to the U.S. seeking the return of U.K. citizens, but had refused to do so on behalf of residents. The Court concluded that, to the extent that the *Abbasi* case recognized a basis for judicial review of government decisions regarding citizens abroad, it should be confined to British nationals. And it made clear that the courts should be very careful not to intrude on the executive's responsibilities for foreign policy and national security.

[45] In *Mohamed, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs*, [2008] EWHC 2048 (Admin), the applicant, Binyan Mohamed, a Guantánamo Bay detainee, sought disclosure of information and documents held by the Foreign Secretary. Mr. Mohamed, a failed refugee claimant in, and resident of, the U.K., alleged that he had been arrested in Pakistan in 2002 and then kept in unlawful detention incommunicado until 2004 when he was transferred to Guantánamo Bay, where he faced serious charges. The Foreign Secretary refused disclosure on grounds of national security. Mr. Mohamed had been questioned by U.K. agents in Pakistan as part of an intelligence-gathering exercise. He was also questioned by U.S. authorities. Lord Thomas found that U.K. officials facilitated the U.S. interrogations, knowing that Mr. Mohamed's treatment and detention was unlawful. The Court specifically stated that it was not faced with the question whether the U.K. government was under a duty, in these circumstances, to protest or make representations to the U.S. government regarding Mr. Mohamed's treatment. However, in light of the involvement of U.K. officials, the Court held that Mr. Mohamed was entitled to disclosure at common law, subject to a claim of public interest immunity.

motifs exposés plus tôt, se prononcer en sa faveur (au paragraphe 107).

[44] Dans la décision *Al Rawi*, précitée, la Cour a examiné la situation des personnes détenues à la prison de la baie de Guantánamo qui étaient des résidents — et non des citoyens — du Royaume-Uni. En 2006, le secrétaire d'État avait fait des démarches auprès des États-Unis en faveur du retour des citoyens du Royaume-Uni, mais il avait refusé de le faire pour les résidents. La Cour a conclu que, dans la mesure où l'arrêt *Abbasi* reconnaissait l'existence d'un motif pour soumettre à un contrôle judiciaire les décisions du gouvernement concernant des citoyens à l'étranger, il lui fallait se limiter aux ressortissants britanniques. De plus, elle a clairement indiqué que les tribunaux devaient prendre bien garde de ne pas s'immiscer dans les responsabilités de l'exécutif en matière de politique étrangère et de sécurité nationale.

[45] Dans la décision *Mohamed, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs*, [2008] EWHC 2048 (Admin), le demandeur, M. Binyan Mohamed, détenu à la prison de la baie de Guantánamo, sollicitait la communication d'informations et de documents que détenait le secrétaire au Foreign Office. M. Mohamed, un demandeur d'asile débouté et un résident du Royaume-Uni, disait avoir été arrêté au Pakistan en 2002 et ensuite détenu en secret illégalement jusqu'en 2004, année de son transfèrement à la baie de Guantánamo, où il faisait l'objet de graves accusations. Le secrétaire au Foreign Office s'opposait à cette communication pour des raisons de sécurité nationale. M. Mohamed avait été interrogé par des agents du Royaume-Uni au Pakistan, dans le cadre d'une initiative de collecte de renseignements. Il avait aussi été interrogé par les autorités américaines. Lord Thomas a conclu que les autorités du Royaume-Uni avaient facilité les interrogatoires américains, tout en sachant que le traitement et la détention de M. Mohamed étaient illégaux. La Cour a précisément déclaré qu'elle n'était pas saisie de la question de savoir si le gouvernement du Royaume-Uni avait l'obligation, dans ces circonstances, de formuler des protestations ou de faire des démarches auprès du gouvernement des États-Unis à propos du traitement de M. Mohamed. Elle a cependant conclu qu'en raison de la participation de responsables du Royaume-Uni M. Mohamed avait droit à la communication demandée

[46] The Federal Court of Australia considered whether there was any chance of success in an application brought by a Guantánamo Bay detainee, Mr. David Hicks, for an order requiring the Government of Australia to seek his repatriation to Australia. Justice Tamberlin denied the Government's motion to dismiss the proceedings summarily, finding that there was at least some basis in law for Mr. Hick's application. Justice Tamberlin noted that "the extent to which the court will examine executive action in the area of foreign relations and Acts of State is far from settled, black-letter law" (*Hicks v. Ruddock*, [2007] FCA 299, at paragraph 93). The case was never decided on its merits because Mr. Hicks was, in fact, returned to Australia.

[47] These cases support the respondents' contention that there is no clear duty to protect citizens recognized under international law or under the common law. However, they do not help decide what duties Canada owes to citizens whose constitutional rights under the Charter are engaged. Further, they do not address the special circumstances that present themselves in this case—in particular, Mr. Khadr's youth and the direct involvement of Canadian authorities in his mistreatment at Guantánamo Bay.

[48] The Constitutional Court of South Africa considered whether there exists a legal duty to come to the aid of citizens who are at risk in other countries in *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa*, (CCT 23/04) [[2004] ZACC 5]. There, the Court considered whether the Government of South Africa had an obligation to assist 69 South African citizens who had been arrested in Zimbabwe for purposes of extradition to Equatorial Guinea in connection with an alleged coup attempt. The question arose whether the Government of South Africa was obliged to intervene diplomatically on behalf of the detainees, given that their conditions of detention were deplorable and that they might face the

en common law, sous réserve d'une revendication d'immunité d'intérêt public.

[46] La Cour fédérale de l'Australie a examiné si une demande présentée par un détenu de la prison de la baie de Guantánamo, M. David Hicks, en vue d'obtenir une ordonnance contraignant le gouvernement de l'Australie à solliciter son rapatriement en Australie, avait une chance quelconque de succès. Le juge Tamberlin a rejeté la requête du gouvernement pour que l'instance soit refusée sommairement, concluant qu'il existait, pour la requête de M. Hicks, au moins un certain fondement en droit. Le juge Tamberlin a fait remarquer que [TRADUCTION] « la mesure dans laquelle la Cour examinera la conduite de l'exécutif dans le domaine des relations étrangères et des actes de l'État est loin d'être établie noir sur blanc en droit » (*Hicks v. Ruddock*, [2007] FCA 299, au paragraphe 93). L'affaire n'a jamais été tranchée sur le fond parce que, en fait, M. Hicks a été renvoyé en Australie.

[47] Ces jugements étaient la prétention des défendeurs selon laquelle le droit international, ou la common law, ne reconnaissent pas l'existence d'une obligation claire de protéger les citoyens. Cependant, ils n'aident pas à décider quelles sont les obligations qu'a le Canada envers les citoyens dont les droits constitutionnels garantis par la Charte sont mis en jeu. En outre, ils ne traitent pas des circonstances spéciales dont il est question en l'espèce — en particulier, la jeunesse de M. Khadr et la participation directe des autorités canadiennes aux mauvais traitements qu'on lui a infligés à la baie de Guantánamo.

[48] Dans la décision *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa* (CCT 23/04) [[2004] ZACC 5], la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud a examiné s'il existe une obligation légale de venir en aide à des citoyens qui courent un risque dans d'autres pays. Dans cette affaire, la Cour a examiné si le gouvernement de l'Afrique du Sud se trouvait dans l'obligation de prêter assistance à 69 citoyens sud-africains qui avaient été arrêtés au Zimbabwe pour être extradés en Guinée équatoriale relativement à une prétendue tentative de coup d'État. Il s'est posé la question de savoir si le gouvernement sud-africain était obligé d'intervenir diplomatiquement pour le compte de ces personnes,



death penalty in Equatorial Guinea if extradited. Chief Justice Chaskalson concluded that there is no right to diplomatic protection under international law. States have “the right to protect their nationals beyond their borders but are under no obligation to do so” (at paragraph 23). However, citizens have the right to request the Government “to provide protection against acts which violate accepted norms of international law” (at paragraph 144, No. 5). The Government must consider those requests and respond to them appropriately. Further, the Government’s response is subject to judicial review under the Constitution. Still, courts will “give particular weight to the Government’s special responsibility for and particular expertise in foreign affairs, and the wide discretion that it must have in determining how best to deal with such matters” (at paragraph 144, No. 6).

[49] In my view, the same general approach applies here. The Government’s decision is amenable to judicial review under the Charter but, at the same time, its view as to how best to deal with matters that affect international relations and foreign affairs is entitled to “particular weight”.

3. Does the Canadian government have a legal duty to protect Mr. Khadr?

(a) Application of the Charter

[50] While the Supreme Court of Canada’s decision in respect of Mr. Khadr dealt with a different question (i.e., the duty to disclose the fruits of an interrogation), its approach is, nevertheless, helpful in addressing the question before me: Given Mr. Khadr’s personal circumstances, as well as the conditions of his confinement and treatment at Guantánamo Bay, and in light of the involvement of Canadian authorities, does Canada have an obligation, based on the Charter, to protect Mr. Khadr?

compte tenu du fait que leurs conditions de détention étaient déplorables et que, si elles étaient extradées, elles risquaient la peine de mort en Guinée équatoriale. Le juge en chef Chaskalson a conclu qu’il n’existe pas de droit à une protection diplomatique en droit international. Les États ont [TRADUCTION] « le droit de protéger leurs ressortissants au-delà de leurs frontières, mais ils ne sont pas obligés de le faire » (au paragraphe 23 de la décision). Cependant, les citoyens ont le droit de demander au gouvernement [TRADUCTION] « de les protéger contre les actes contraires aux normes admises du droit international » (au paragraphe 144, n° 5). Le gouvernement doit prendre ces demandes en considération et y répondre convenablement. En outre, la réponse du gouvernement peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire en vertu de la Constitution. Toutefois, les tribunaux [TRADUCTION] « accorderont un poids particulier à la responsabilité spéciale qu’assume le gouvernement et à son expertise particulière en matière d’affaires étrangères, de même qu’au vaste pouvoir discrétionnaire dont il doit disposer pour déterminer la meilleure façon de traiter des questions de ce genre » (au paragraphe 144, n° 6).

[49] À mon avis, la même démarche générale s’applique en l’espèce. La décision du gouvernement est susceptible de contrôle judiciaire en vertu de la Charte mais, en même temps, son opinion quant à la meilleure façon de traiter des questions qui ont une incidence sur les relations internationales et les affaires étrangères a droit à un [TRADUCTION] « poids particulier ».

3. Le gouvernement canadien est-il tenu par la loi de protéger M. Khadr?

a) L’application de la Charte

[50] Même si l’arrêt de la Cour suprême du Canada au sujet de M. Khadr avait trait à une question différente (c’est-à-dire, l’obligation de communiquer les informations recueillies lors d’un interrogatoire), sa démarche est néanmoins utile pour trancher la question qui m’est soumise : vu la situation personnelle de M. Khadr, de même que les conditions de sa détention et de son traitement à la baie de Guantánamo, et compte tenu de l’implication des autorités canadiennes, le Canada a-t-il une obligation, fondée sur la Charte, de protéger M. Khadr?

[51] To start with, it is clear that the Charter applies to the Canadian agents who travelled to Guantánamo Bay and questioned Mr. Khadr. The Supreme Court held that the “violations of human rights identified by the United States Supreme Court are sufficient to permit us to conclude that the regime providing for the detention and trial of Mr. Khadr at the time of the CSIS interviews constituted a clear violation of fundamental human rights protected by international law” (at paragraph 24). Accordingly, while principles of international comity would otherwise have precluded the application of the Charter, those principles do not apply in circumstances where Canada’s international human rights obligations have been contravened (at paragraph 18). Mr. Khadr’s detention in Guantánamo Bay is illegal under both U.S. and international law. As such, the “*Charter* bound Canada to the extent that the conduct of Canadian officials involved it in a process that violated Canada’s international obligations” (at paragraph 26).

[52] Obviously, if the mere questioning of Mr. Khadr involved Canada in a process that violates our international human rights obligations, knowing involvement in the mistreatment of Mr. Khadr is an even more compelling basis on which to find that the Charter applied to Canadian officials at Guantánamo Bay.

(b) The Principles of Fundamental Justice

[53] When a person’s life, liberty or security is at stake, section 7 of the Charter requires Canadian officials to respect principles of fundamental justice. The Supreme Court found that Mr. Khadr’s liberty interest was engaged by virtue of the participation of Canadian officials in an unlawful process and that the principles of fundamental justice required Canada to disclose the materials it acquired. Canada had provided that information to U.S. authorities and, therefore, its disclosure obligation required that the materials also be provided to Mr. Khadr. Canada’s refusal to grant disclosure violated principles

[51] Tout d’abord, il est clair que la Charte s’applique aux agents canadiens qui se sont rendus à la baie de Guantánamo et qui ont interrogé M. Khadr. La Cour suprême a conclu que « [l]es violations des droits de la personne relevées par la Cour suprême des États-Unis sont de nature à nous permettre de conclure que les règles relatives à la détention et à la tenue d’un procès qui s’appliquaient à M. Khadr lorsque le SCRS l’a interrogé constituaient une atteinte manifeste aux droits fondamentaux de la personne reconnus en droit international » (au paragraphe 24). Par conséquent, même si les principes de la courtoisie internationale auraient par ailleurs exclu l’application de la Charte, ces principes ne s’appliquent pas dans les circonstances où il y a eu manquement aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne (au paragraphe 18). La détention de M. Khadr à la baie de Guantánamo est illégale, tant en vertu du droit des États-Unis qu’en vertu du droit international. Dans ce contexte, « [l]a *Charte* s’appliquait dans la mesure où les actes des responsables canadiens ont emporté la participation du Canada à une procédure qui contrevenait à ses obligations internationales » (au paragraphe 26).

[52] À l’évidence, si le simple fait d’interroger M. Khadr a emporté la participation du Canada à une procédure qui contrevient à nos obligations internationales en matière de droits de la personne, la participation consciente aux mauvais traitements infligés à M. Khadr est un motif encore plus convaincant pour conclure que la Charte s’appliquait aux responsables canadiens présents à la baie de Guantánamo.

b) Les principes de justice fondamentale

[53] L’article 7 de la Charte exige que, dans les cas où la vie, la liberté ou la sécurité d’une personne est en jeu, les responsables canadiens sont tenus de respecter les principes de justice fondamentale. La Cour suprême a conclu que le droit à la liberté de M. Khadr était entré en jeu par suite de la participation de responsables canadiens à une procédure illégale et que les principes de justice fondamentale exigeaient que le Canada communique les informations qu’il avait obtenues. Le Canada avait relayé ces informations aux autorités américaines et, par conséquent, son obligation de communication

of fundamental justice and, therefore, Mr. Khadr's section 7 rights.

[54] Here, I must decide whether the applicable principles of fundamental justice require the Canadian government to protect Mr. Khadr. To be recognized as a principle of fundamental justice, three criteria must be met. It must be (1) a legal principle, (2) for which there is a broad consensus about its fundamental character in respect of the fair operation of the legal system, and (3) which is capable of being defined with sufficient precision to be used as a manageable standard for the measurement of deprivations of life, liberty and security of the person (*R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3).

[55] In addition, the principles of fundamental justice are informed by Canada's international obligations. The Court must take into account "Canada's international obligations and values as expressed in '[t]he various sources of international human rights law — declarations, covenants, conventions, judicial and quasi-judicial decisions of international tribunals, [and] customary norms'" (*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 46, citing *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, at paragraph 80).

(c) Relevant International Instruments

(i) The Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT)

[56] "Torture" is defined under the CAT as "any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession" (article 1). The Supreme Court of Israel has concluded that sleep deprivation "for the purpose of tiring [the suspect] out or 'breaking' him, it

exigeait que ces informations soient également transmises à M. Khadr. Le refus du Canada de faire droit à cette communication violait les principes de justice fondamentale et, partant, les droits garantis par l'article 7 à M. Khadr.

[54] En l'espèce, il me faut décider si les principes de justice fondamentale applicables exigent que le gouvernement canadien protège M. Khadr. Pour qu'un principe soit reconnu comme un principe de justice fondamentale, il y a trois critères à remplir. Il doit s'agir 1) d'un principe juridique, 2) qui suscite un large consensus quant à son caractère fondamental à l'égard du bon fonctionnement du système de justice, et 3) qui doit pouvoir être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne (*R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3).

[55] Par ailleurs, les principes de justice fondamentale sont éclairés par les obligations internationales du Canada. La Cour doit prendre en considération « les obligations internationales contractées par le Canada ainsi que les valeurs exprimées dans "[l]es diverses sources du droit international des droits de la personne — les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières" » (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 46, citant *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, au paragraphe 80).

c) Les instruments internationaux applicables

i) La Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants (la CCT)

[56] Selon la CCT, la « torture » désigne « tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux » (article premier). La Cour suprême d'Israël a conclu que la privation de sommeil [TRADUCTION] « dans le but de

is not part of the scope of a fair and reasonable investigation” and harms “the rights and dignity of the suspect” (*Public Committee Against Torture in Israel v. State of Israel*, [H CJ 5100/94] (1999), 38 *I.L.M.* 1471, at paragraph 31). Based on that decision, Justice Mosley [in *Khadr v. Canada (Attorney General)*, at paragraph 87] concluded that the subjection of Mr. Khadr to sleep deprivation techniques offended the CAT.

[57] In addition to its obligation to prevent torture within Canada and to prosecute offenders, Canada also has a duty to “ensure that any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence in any proceedings” (article 15). Canada turned over the fruits of its interrogation of Mr. Khadr to U.S. authorities for use against him, knowing that sleep deprivation techniques had been imposed on him.

(ii) *Convention on the Rights of the Child (CRC)*

[58] Canada has a duty under the CRC to “take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical and mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child” (Article 19(1)). A child is a person under the age of 18 (Article 1).

[59] In addition, Canada must ensure that “[n]o child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”, that “[n]o child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily” and that the “arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time” (Article 37(a) and (b)).

fatiguer [le suspect] ou de le “casser” [...] déborde le cadre d’une enquête juste et raisonnable » et porte atteinte [TRADUCTION] « aux droits et à la dignité du suspect » (*Public Committee Against Torture in Israel v. State of Israel* [H CJ 5100/94] (1999), 38 *I.L.M.* 1471, au paragraphe 31). S’appuyant sur cette décision, le juge Mosley [dans la décision *Khadr c. Canada (Procureur général)*, au paragraphe 87] a conclu que le fait de soumettre M. Khadr à des techniques de privation du sommeil contrevenait à la CCT.

[57] En plus de son obligation de prévenir la torture au sein du territoire canadien et de poursuivre ceux qui en sont coupables, le Canada est également tenu de « veille[r] à ce que toute déclaration dont il est établi qu’elle a été obtenue par la torture ne puisse être invoquée comme un élément de preuve dans une procédure » (article 15). Le Canada a remis les informations qu’il avait obtenues en interrogeant M. Khadr aux autorités américaines afin que celles-ci puissent s’en servir contre lui, tout en sachant qu’il avait soumis à des techniques de privation du sommeil.

ii) *La Convention relative aux droits de l’enfant (la CDE)*

[58] Aux termes de la CDE, le Canada est tenu de « [prendre] toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l’enfant contre toutes formes de violence, d’atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d’abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d’exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu’il est sous la garde de ses parents ou de l’un d’eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié » (paragraphe 19(1)). Un enfant est une personne âgée de moins de 18 ans (article premier).

[59] En outre, le Canada doit veiller à ce que « [n]ul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants », et à ce que « [n]ul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire ». Par ailleurs, « [l]’arrestation, la détention ou l’emprisonnement d’un enfant doit être en conformité avec la loi, n’être qu’une mesure de dernier ressort et être d’une durée aussi brève que possible » (alinéas 37a) et b)).

[60] Canada must also ensure that “every child deprived of liberty shall be separated from adults” and “have the right to maintain contact with his or her family through correspondence and visits”, except in exceptional circumstances (Article 37(c)). Further, every child in custody “shall have the right to prompt access to legal and other appropriate assistance, as well as the right to challenge the legality of the deprivation of his or her liberty before a court or other competent, independent and impartial authority, and to a prompt decision on any such action” (Article 37(d)).

[61] Canada also has a duty to “take all appropriate measures to promote physical and psychological recovery and social reintegration of a child victim of: any form of neglect, exploitation, or abuse; torture or any other form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; or armed conflicts” (Article 39).

[62] Finally, Canada has recognized “the right of every child alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law to be treated in a manner consistent with the promotion of the child’s sense of dignity and worth” (Article 40(1)).

[63] The CRC imposes on Canada some specific duties in respect of Mr. Khadr. Canada was required to take steps to protect Mr. Khadr from all forms of physical and mental violence, injury, abuse or maltreatment. We know that Canada raised concerns about Mr. Khadr’s treatment, but it also implicitly condoned the imposition of sleep deprivation techniques on him, having carried out interviews knowing that he had been subjected to them.

[64] Canada had a duty to protect Mr. Khadr from being subjected to any torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, from being unlawfully detained, and from being locked up for a duration exceeding the shortest appropriate period of time. In Mr. Khadr’s case, while Canada did make representations regarding his possible mistreatment, it also participated

[60] Le Canada doit également veiller à ce que « tout enfant privé de liberté [soit] séparé des adultes » et « [ait] le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par des visites », sauf circonstances exceptionnelles (alinéa 37c)). De plus, chaque enfant placé sous garde « [doit avoir] le droit d’avoir rapidement accès à l’assistance juridique ou à toute assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de [sa] privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu’une décision rapide soit prise en la matière » (alinéa 37d)).

[61] Le Canada se trouve également dans l’obligation de prendre « toutes les mesures appropriées pour faciliter la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime de toute forme de négligence, d’exploitation ou de sévices, de torture ou de toute autre forme de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou de conflit armé » (article 39).

[62] Enfin, le Canada reconnaît « à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d’infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle » (paragraphe 40(1)).

[63] La CDE impose au Canada un certain nombre d’obligations précises à l’égard de M. Khadr. Le Canada était tenu d’intervenir pour protéger M. Khadr contre toutes formes de violence, d’atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, ou de mauvais traitements. Nous savons que le Canada a fait part de ses préoccupations au sujet du traitement de M. Khadr, mais il a aussi toléré implicitement le fait qu’on lui impose des techniques de privation du sommeil, en ayant procédé à des interrogatoires tout en sachant qu’il avait été soumis à ces techniques.

[64] Le Canada a l’obligation de protéger M. Khadr contre toute forme de torture ou d’autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, contre le fait d’être détenu illégalement, ainsi que contre le fait d’être gardé en détention pendant un temps qui dépasse la durée la plus brève possible. Dans le cas de M. Khadr, le Canada, même s’il a fait des démarches au sujet du

directly in conduct that failed to respect Mr. Khadr's rights, and failed to take steps to remove him from an extended period of unlawful detention among adult prisoners, without contact with his family.

[65] Canada had a duty to take all appropriate measures to promote Mr. Khadr's physical, psychological and social recovery.

(iii) Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict

[66] The Optional Protocol [*Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict*, May 25, 2000, [2002] Can. T.S. No. 5] requires states to ensure that members of their armed forces who are under age 18 do not take a direct part in hostilities. Other armed groups "should not" recruit or use in hostilities persons under age 18. Thus, the Optional Protocol does not appear to contain a specific legal obligation on Canada in respect of someone in Mr. Khadr's circumstances.

[67] However, the Optional Protocol is based on broader principles that are set out in its preamble. For example, the signatories recognize the special needs of children "who are particularly vulnerable to recruitment or use in hostilities ... owing to their economic or social status or gender". Further, they recognize the need to strengthen international co-operation in the implementation of the Optional Protocol, "as well as the physical and psychosocial rehabilitation and social reintegration of children who are victims of armed conflict".

[68] Clearly, Canada was obliged to recognize that Mr. Khadr, being a child, was vulnerable to being caught up in armed conflict as a result of his personal and social circumstances in 2002 and before. It cannot resile from its recognition of the need to protect minors, like Mr.

mauvais traitement possible de M. Khadr, a aussi participé directement à une conduite qui a manqué de respect envers les droits de M. Khadr, et il a omis d'intervenir pour le soustraire à une période prolongée de détention illégale parmi des détenus adultes, sans contact avec sa famille.

[65] Le Canada se trouvait dans l'obligation de prendre toutes les mesures voulues pour favoriser le rétablissement physique, psychologique et social de M. Khadr.

iii) Le Protocole facultatif sur la participation des enfants aux conflits armés

[66] Le Protocole facultatif [*Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés*, 25 mai 2000, [2002] R.T. Can. n° 5] oblige les États à veiller à ce que les membres de leurs forces armées qui sont âgés de moins de 18 ans ne prennent pas directement part aux hostilités. Les autres groupes armés « ne devraient en aucune circonstance » enrôler ou utiliser dans les hostilités des personnes âgées de moins de 18 ans. Par conséquent, le Protocole facultatif ne semble pas imposer au Canada une obligation juridique précise à l'égard d'une personne qui se trouve dans la situation de M. Khadr.

[67] Cependant, le Protocole facultatif est fondé sur des principes plus vastes, qui sont exposés dans son préambule. Ainsi, les signataires reconnaissent les besoins particuliers des enfants « qui, en raison de leur situation économique et sociale ou de leur sexe, sont particulièrement vulnérables à l'enrôlement ou à l'utilisation dans des hostilités ». En outre, ils reconnaissent qu'il est nécessaire de renforcer la coopération internationale à l'égard de la mise en œuvre du Protocole facultatif, ainsi que « la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale des enfants qui sont victimes de conflits armés ».

[68] À l'évidence, le Canada était obligé de reconnaître que M. Khadr, étant un enfant, risquait de se trouver coincé dans un conflit armé par suite de sa situation personnelle et sociale en 2002 et plus tôt. Le Canada ne peut se désister du fait d'avoir reconnu qu'il est néces-

Khadr, who are drawn into hostilities before they can apply mature judgment to the choices they face.

(d) Additional Factors

[69] In determining the scope of the principles of fundamental justice, the Supreme Court has made clear that the particular circumstances in which the claim for section 7 rights is made must be considered. Some factors may be particular to the claimant and others may be more general (*Burns*, above, at paragraph 65). For example, in deciding whether a parent is entitled to be represented by counsel at a child-custody hearing, the Court considered the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacity of the parent to participate meaningfully in the hearing if not represented (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at paragraph 74).

[70] In Mr. Khadr's case, relevant factors to consider are his youth; his need for medical attention; his lack of education; access to consular assistance and legal counsel; his inability to challenge his detention or conditions of confinement in a court of law; and his presence in an unfamiliar, remote and isolated prison, with no family contact.

(e) The Duty to Protect is a Principle of Fundamental Justice

[71] I find that the three criteria from *D.B.*, above, support the recognition of a duty to protect persons in Mr. Khadr's circumstances as a principle of fundamental justice.

[72] First, it is a legal principle, expressed in clear and forceful language in the international instruments discussed above.

saire de protéger les mineurs, tels que M. Khadr, qui sont plongés dans des hostilités avant de pouvoir juger mûrement des choix qu'ils ont à faire.

d) Les facteurs additionnels

[69] En déterminant l'étendue des principes de justice fondamentale, la Cour suprême a clairement indiqué qu'il est nécessaire de prendre en considération les circonstances particulières dans lesquelles est faite la revendication des droits garantis par l'article 7. Certains facteurs peuvent être propres aux revendicateurs, et d'autres être de nature plus générale (*Burns*, précité, au paragraphe 65). Par exemple, pour décider si un parent a le droit d'être représenté par un avocat à une audience relative à la garde d'enfants, la Cour a pris en considération la gravité des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et la capacité du parent de participer efficacement à l'audience s'il n'était pas représenté par avocat (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, au paragraphe 74).

[70] Dans le cas de M. Khadr, les facteurs qu'il convient de prendre en considération sont les suivants : sa jeunesse, les soins médicaux dont il a besoin, son manque d'instruction et d'accès à une aide consulaire et aux services d'un avocat, son incapacité à contester sa détention ou ses conditions de détention devant une cour de justice, de même que sa présence dans une prison inconnue, éloignée et isolée, sans contact avec sa famille.

e) L'obligation de protection est un principe de justice fondamentale

[71] Je conclus que les trois critères formulés dans l'arrêt *D.B.*, précité, étaient la reconnaissance, en tant que principe de justice fondamentale, d'une obligation de protéger les personnes se trouvant dans la même situation que celle de M. Khadr.

[72] Premièrement, il s'agit d'un principe juridique, formulé en termes clairs et péremptoires dans les instruments internationaux mentionnés plus tôt.

[73] Second, given the broad international support for those instruments, I conclude that they represent a consensus that the duties contained in them have a fundamental character. I also note that the Supreme Court of Canada has already recognized that special treatment of young persons caught up in the legal system is a principle of fundamental justice given their diminished moral culpability. In doing so, it relied in part on the *Convention on the Rights of the Child* (D.B., above, at paragraph 60). Further, the Court has also invoked the CRC in recognizing the “importance of being attentive to the rights and best interests of children when decisions are made that relate to and affect their future” (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 71).

[74] Third, the scope of the duty to protect can be adequately identified and manageably applied to deprivations of life, liberty and security of the person. In this context, I rely on the special circumstances that apply to Mr. Khadr’s case and the multiplicity of departures from international norms that have taken place. Certainly, the scope of the duty to protect can be clearly articulated and applied to the facts before me.

[75] I find, therefore, that the principles of fundamental justice obliged Canada to protect Mr. Khadr by taking appropriate steps to ensure that his treatment accorded with international human rights norms.

4. What is the appropriate remedy if that duty is breached?

[76] In some cases, a violation of section 7 will, in itself, define the appropriate remedy. That is because a failure to abide by a principle of fundamental justice can be remedied simply by imposing a duty on the Government to respect the applicable principle. In these circumstances, it may not be necessary to resort to subsection 24(1) of the Charter to find a remedy (see, e.g., *Burns*, above).

[73] Deuxièmement, compte tenu du vaste appui de la communauté internationale à l’égard de ces instruments, je conclus que ces derniers représentent un consensus selon lequel les obligations qu’ils renferment revêtent un caractère fondamental. Je signale aussi que la Cour suprême du Canada a déjà reconnu que le traitement spécial des jeunes qui se retrouvent coincés dans le système juridique est un principe de justice fondamentale, du fait de leur culpabilité morale amoindrie. Ce faisant, la Cour s’est fondée en partie sur la *Convention relative aux droits de l’enfant* (D.B., précité, au paragraphe 60), et, en outre, elle a également invoqué la CDE pour reconnaître « l’importance d’être attentif aux droits des enfants et à leur intérêt supérieur dans les décisions qui ont une incidence sur leur avenir » (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 71).

[74] Troisièmement, il est possible de cerner convenablement l’étendue de l’obligation de protection et de l’appliquer efficacement aux atteintes à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Dans le présent contexte, je me fonde sur les circonstances spéciales qui s’appliquent à la situation de M. Khadr ainsi qu’à la multiplicité des écarts qui sont survenus par rapport aux normes internationales. Il est certain que l’étendue de l’obligation de protection peut être clairement formulée et appliquée aux faits qui me sont soumis.

[75] Je conclus donc que les principes de justice fondamentale obligeaient le Canada à protéger M. Khadr en prenant des mesures appropriées pour veiller à ce que son traitement cadre avec les normes internationales en matière de droits de la personne.

4. S’il y a eu manquement à cette obligation, quelle est la réparation appropriée?

[76] Dans certains cas, une violation de l’article 7 définira en soi la réparation qui convient. En effet, il est possible de remédier à un manquement à un principe de justice fondamentale en imposant simplement au gouvernement l’obligation de respecter le principe applicable. Dans les circonstances de l’espèce, il n’est peut-être pas nécessaire de recourir au paragraphe 24(1) de la Charte pour trouver une réparation (voir, par exemple, *Burns*, précité).



[77] Similarly, in its decision ordering disclosure of materials to Mr. Khadr, the Supreme Court of Canada stated that the remedy of disclosure “mitigated the effect” of Canada’s involvement in the violation of Mr. Khadr’s rights. The question to be asked here, then, is what remedy is appropriate to mitigate the effect of the involvement of Canadian officials in the mistreatment of Mr. Khadr at Guantánamo Bay?

[78] The principal remedy sought by Mr. Khadr is an order requiring Canada to request his repatriation. In the circumstances, no other remedy would appear to be capable of mitigating the effect of the Charter violations in issue or accord with the Government’s duty to promote Mr. Khadr’s physical, psychological and social rehabilitation and reintegration. The respondents have not proposed any alternative remedy. In other cases, there may be alternative appropriate remedies but, given the facts and submissions before me, I will confine myself to the remedy requested by Mr. Khadr.

[79] The respondents argue that the Court should refrain from requiring them to request Mr. Khadr’s repatriation because that would involve ordering Canada to take positive steps to protect Mr. Khadr, and would involve the Court in the exercise of prerogative powers relating to Canada’s foreign relations with the United States. It is only in exceptional circumstances where an order to take positive steps can be made under section 7 (*Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429) and, naturally, as discussed above, courts should generally leave matters of foreign relations to Government.

[80] In *Gosselin*, Chief Justice McLachlin noted that section 7 protects the right not to be deprived of life, liberty and security of the person, except in accordance with the principles of fundamental justice. It does not create a positive obligation on the state to ensure that each person enjoys life, liberty and security—at least,

[77] Dans le même ordre d’idées, dans sa décision ordonnant la communication d’informations à M. Khadr, la Cour suprême du Canada a déclaré que la réparation que constituait la communication « atténuait les conséquences » de la participation canadienne à la violation des droits de M. Khadr. La question qui se pose donc en l’espèce est celle de savoir quelle est la réparation qui convient pour atténuer les conséquences de la participation de responsables canadiens aux mauvais traitements que M. Khadr a subis à la baie de Guantánamo.

[78] La principale réparation que sollicite M. Khadr est une ordonnance obligeant le Canada à solliciter son rapatriement. Dans les circonstances, aucune autre réparation ne semblerait pouvoir atténuer les conséquences des violations de la Charte qui sont en litige ou ne cadrerait avec l’obligation du gouvernement de favoriser la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de M. Khadr. Les défendeurs n’ont pas proposé une réparation de rechange quelconque. En d’autres situations, il pourrait y avoir des réparations de rechange appropriées mais, compte tenu des faits et des observations qui m’ont été soumis, je me limiterai à la réparation que demande M. Khadr.

[79] Les défendeurs soutiennent que la Cour devrait s’abstenir de les obliger à demander le rapatriement de M. Khadr parce que cette mesure consisterait à ordonner au Canada de prendre des mesures positives pour protéger M. Khadr, et elle ferait participer la Cour à l’exercice de prérogatives se rapportant aux relations étrangères que le Canada entretient avec les États-Unis. Ce n’est que dans des circonstances exceptionnelles qu’une ordonnance visant à prendre des mesures positives peut être rendue en vertu de l’article 7 (*Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429) et, bien sûr, ainsi que je l’ai mentionné plus tôt, les tribunaux devraient généralement laisser au soin du gouvernement les questions se rapportant aux relations étrangères.

[80] Dans l’arrêt *Gosselin*, la juge en chef McLachlin a fait remarquer que l’article 7 protège le droit de n’être privé de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale. Cet article n’impose pas à l’État l’obligation positive de veiller à ce que chaque personne jouisse de

the case law has not yet recognized such a duty. Chief Justice McLachlin acknowledged that someday, section 7 might be read to include positive obligations. She said: “I leave open the possibility that a positive obligation to sustain life, liberty, or security of the person may be made out in special circumstances” (at paragraph 83).

[81] *Gosselin* involved a challenge to a social assistance scheme in the province of Quebec, primarily on grounds of inequality under section 15 of the Charter. The argument under section 7 related to the question whether a reduced amount of social assistance provided by the province infringed the appellant’s right to security of the person in a manner contrary to the principles of fundamental justice. The appellant suggested that the province had a duty to provide her sufficient social assistance to realize a certain level of security.

[82] As I see it, this case does not involve a similar request for positive action on the part of Canada. Mr. Khadr has very clearly been deprived of his liberty and Canadian agents are involved in that deprivation. The question is whether the refusal of Canada to request his repatriation offends the principles of fundamental justice. If it does, the appropriate recourse is to order Canada to seek his repatriation. That is not a “positive” obligation in the same sense that the term was used in *Gosselin*. In fact, it is not uncommon for courts to order that certain affirmative steps be taken by government officials in circumstances where there has been a violation of the principles of fundamental justice. The Supreme Court’s disclosure order in the earlier *Khadr* proceeding is one example. Others would include requiring the Government to provide legal counsel (*G. (J.)*, above) or to seek assurances that the death penalty would not be imposed or carried out (*Burns*, above). In these cases, positive action on the part of the state was required to mitigate the effect of a deprivation of rights protected under section 7. In *Gosselin*, by contrast, Chief Justice McLachlin was discussing the possibility that section 7 might require, in special circumstances, positive measures on the

la vie, de la liberté et de la sécurité — du moins, la jurisprudence n’a pas encore reconnu l’existence d’une telle obligation. La juge en chef McLachlin a reconnu qu’il était possible que l’on juge un jour que l’article 7 a pour effet de créer des obligations positives. Comme elle l’a écrit, « [j]e n’écarte pas la possibilité qu’on établisse, dans certaines circonstances particulières, l’existence d’une obligation positive de pourvoir au maintien de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne » (au paragraphe 83).

[81] Il était question, dans l’arrêt *Gosselin*, d’une contestation relative à un régime d’aide sociale créé par la province du Québec, principalement pour cause d’inégalité à l’encontre de l’article 15 de la Charte. L’argument fondé sur l’article 7 avait trait à la question de savoir si la réduction d’un montant d’aide sociale versé par la province portait atteinte au droit de l’appelante à la sécurité de la personne d’une manière qui était contraire aux principes de justice fondamentale. Au dire de l’appelante, la province était obligée de lui procurer une aide sociale suffisante pour bénéficier d’un certain niveau de sécurité.

[82] Selon moi, la présente affaire ne comporte pas une demande semblable d’action positive de la part du Canada. M. Khadr a été très clairement privé de sa liberté et des agents canadiens ont pris part à cette privation. La question est de savoir si le refus du Canada de solliciter le rapatriement de M. Khadr va à l’encontre des principes de justice fondamentale. Si c’est le cas, le recours approprié consiste à ordonner au Canada de poser le geste demandé. Il ne s’agit pas là d’une obligation « positive » au sens où ce terme a été employé dans l’arrêt *Gosselin*. En fait, il n’est pas rare que les tribunaux ordonnent à des fonctionnaires de l’État de prendre certaines mesures concrètes dans des circonstances où il y a eu manquement aux principes de justice fondamentale. L’ordonnance de communication de la Cour suprême, dans la décision *Khadr* antérieure, en est un exemple. D’autres exemples incluraient le fait d’exiger que l’État fournisse les services d’un avocat (*G. (J.)*, précité) ou qu’il demande des assurances que la peine de mort ne serait pas imposée ou exécutée (*Burns*, précité). Dans ces affaires, il fallait que l’État pose des gestes positifs pour atténuer l’effet d’une atteinte aux droits protégés par l’article 7. Dans l’arrêt *Gosselin*,

part of the Government to prevent a deprivation of those rights.

[83] The respondents emphasize the fact that the mistreatment of Mr. Khadr was carried out by non-Canadians. Under section 7, “the guarantee of fundamental justice applies even to deprivations of life, liberty or security effected by actors other than our government, if there is a sufficient causal connection between our government’s participation and the deprivation ultimately effected” (*Suresh*, above, at paragraph 54). Here, the necessary degree of participation is found in Canada’s interrogation of Mr. Khadr knowing that he had been subjected to treatment that offended international human rights norms to which Canada had specifically committed itself.

[84] The respondents also raised a general concern about potential harm to Canada-U.S. relations, but have not pointed to any particular harm that would result from requesting Mr. Khadr’s repatriation. Similarly, the Supreme Court of Canada found that a requirement that Canada seek assurances that the death penalty would not be carried out on persons extradited to the United States did “not undermine in any significant way the achievement of Canada’s mutual assistance objectives” (*Burns*, above, at paragraph 37). Further, the Court made clear that the Government’s concern about a detrimental effect on foreign relations must be supported by evidence (*Burns*, above, at paragraph 136):

With respect to the argument on comity, there is no doubt that it is important for Canada to maintain good relations with other states. However, the Minister has not shown that the means chosen to further that objective in this case — the refusal to ask for assurances that the death penalty will not be exacted — is necessary to further that objective. There is no suggestion in the evidence that asking for assurances would undermine Canada’s international obligations or good relations with neighbouring states.

par contraste, la juge en chef McLachlin traitait de la possibilité que l’article 7 puisse exiger, dans des circonstances spéciales, que l’État prenne des mesures positives pour éviter que l’on porte atteinte à ces droits.

[83] Les défendeurs soulignent que ce sont des non-Canadiens qui ont maltraité M. Khadr. En vertu de l’article 7, « la garantie relative à la justice fondamentale s’applique même aux atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui sont le fait d’acteurs autres que le gouvernement canadien, à condition qu’il existe un lien causal suffisant entre la participation de notre gouvernement et l’atteinte qui survient en bout de ligne » (*Suresh*, précité, au paragraphe 54). Dans le cas présent, le degré nécessaire de participation réside dans l’interrogatoire de M. Khadr que le Canada a mené, tout en sachant qu’il avait été soumis à des traitements qui allaient à l’encontre des normes internationales en matière de droits de la personne et que le Canada s’était expressément engagé à respecter.

[84] Les défendeurs ont fait également état d’une préoccupation générale à l’égard de la possibilité de porter préjudice aux relations canado-américaines, mais sans signaler un préjudice particulier que l’on causerait en demandant le rapatriement de M. Khadr. Dans le même ordre d’idées, la Cour suprême du Canada a conclu que le fait d’exiger que le Canada demande la garantie que la peine de mort ne serait pas imposée à des personnes extradées aux États-Unis « ne compromet pas de façon appréciable la réalisation des objectifs du Canada en matière d’entraide » (*Burns*, précité, au paragraphe 37). De plus, la Cour a clairement indiqué que la préoccupation de l’État à l’égard d’un effet préjudiciable sur les relations étrangères doit être étayée par la preuve (*Burns*, précité, au paragraphe 136) :

En ce qui concerne l’argument portant sur la courtoisie, il ne fait aucun doute qu’il est important pour le Canada de maintenir de bonnes relations avec d’autres États. Cependant, la ministre n’a pas établi que le moyen choisi en l’espèce pour réaliser cet objectif — soit le refus de demander la garantie que la peine de mort ne sera pas appliquée — est nécessaire à cette fin. Rien dans la preuve ne tend à indiquer que le fait de demander cette garantie nuirait au respect par le Canada de ses obligations internationales ou aux bonnes relations qu’il entretient avec des États voisins.

[85] The Court also noted that European states regularly sought and received assurances regarding the death penalty from the United States.

[86] Similarly, here, the respondents have not identified any particular harm that might flow from requesting Mr. Khadr's repatriation. Many other countries have requested the return of their citizens or residents from Guantánamo Bay and the United States has granted those requests. Further, the respondents have not identified how its firm position regarding the treatment of persons who have carried out terrorist acts would be compromised by requesting Mr. Khadr's repatriation to Canada for prosecution here. This, in fact, was one of the recommendations in the Report of the Standing Committee on Foreign Affairs and International Development (above, at page 6). Accordingly, as discussed above, while I accept that the Court should give particular weight to governmental decisions affecting foreign relations, there is little evidence before me to be weighed.

[87] The respondents argue that, if Mr. Khadr returns to Canada, the question will arise whether he can be prosecuted under Canadian law. The respondents' concern is whether the threshold criteria for launching a prosecution—that is, whether there is a reasonable prospect of conviction and the prosecution is in the public interest—would be met in Mr. Khadr's case. To my mind, any concern in this area merely reinforces the case for repatriation. If there is doubt about whether those criteria can be met, there should also be doubt about whether Mr. Khadr's ongoing detention at Guantánamo Bay is consistent with principles of fundamental justice.

[88] The respondents also suggest that there is no reason to believe that the United States would grant a request for Mr. Khadr's repatriation, given that Canada's request for consular access to Mr. Khadr was denied. In my view, the denial of consular access made the need for repatriation more acute; it does not provide a justification not to request Mr. Khadr's return. Further, the evidence of successful requests for repatriation on the

[85] La Cour a fait également remarquer que les États européens demandaient et obtenaient régulièrement des États-Unis des assurances concernant la peine de mort.

[86] Parallèlement, en l'espèce, les défendeurs n'ont fait état d'aucun préjudice particulier que pourrait occasionner le fait de demander le rapatriement de M. Khadr. De nombreux autres pays ont demandé le renvoi de leurs citoyens ou résidents détenus à la baie de Guantánamo et les États-Unis ont accédé à ces requêtes. En outre, les défendeurs n'ont pas indiqué en quoi la position ferme de ce pays à l'égard du traitement des personnes qui se sont livrées à des actes terroristes serait compromise par le fait que l'on demande que M. Khadr soit rapatrié au Canada pour subir son procès ici. En fait, il s'agit là d'une des recommandations du Rapport du Comité permanent des affaires étrangères et du développement international (précité, à la page 6). Par conséquent, comme je l'ai mentionné plus tôt, bien que j'admette que la Cour se doit d'accorder un poids particulier aux décisions gouvernementales qui ont une incidence sur les relations étrangères, j'ai en main peu d'éléments de preuve à apprécier.

[87] Les défendeurs font valoir que, si M. Khadr revient au Canada, il se posera la question de savoir s'il peut être poursuivi en vertu du droit canadien. Ils se demandent si le critère à remplir pour engager une poursuite — c'est-à-dire, s'il y a une perspective raisonnable de déclaration de culpabilité et si la poursuite est d'intérêt public — serait rempli dans le cas de M. Khadr. Selon moi, toute préoccupation à cet égard ne fait que renforcer les arguments en faveur du rapatriement. S'il existe un doute quant au fait de savoir si ces critères peuvent être remplis, la question de savoir si la détention actuelle de M. Khadr à la baie de Guantánamo cadre avec les principes de justice fondamentale devrait en susciter un aussi.

[88] Les défendeurs laissent également entendre qu'il n'y a pas lieu de croire que les États-Unis accéderaient à une demande de rapatriement de M. Khadr, car la demande d'accès consulaire du Canada à ce dernier a été refusée. Selon moi, le refus de l'accès consulaire rend plus impérieux le besoin de rapatriement; cela ne justifie pas le fait de s'abstenir de solliciter le retour de M. Khadr. En outre, la preuve que des demandes de

part of other countries suggests that a request presented by Canada would likely be granted by the United States. Indeed, given Canada's previous expressions of concern about Mr. Khadr's welfare and its view that Guantánamo Bay was not an appropriate place for his detention, a request from Canada for Mr. Khadr's repatriation would probably not be unexpected by U.S. authorities.

[89] The Constitutional Court of South Africa in *Kaunda*, above, noted that there is a broad range of conduct that falls within the scope of "diplomatic protection". It would include "consular action, negotiation, mediation, judicial and arbitral proceedings, reprisals, retorsion, severance of diplomatic relations, [and] economic pressures" (at paragraph 27). I would regard the presentation of a request for the return of a Canadian citizen as being at the lower end of this spectrum of diplomatic intervention and, therefore, minimally intrusive on the Crown's prerogative in relation to foreign affairs.

(a) Admission of Evidence

[90] Mr. Khadr asked me to admit two items into evidence. The first is his affidavit outlining his treatment at Bagram and Guantánamo Bay. I have admitted this document, although I did not find it necessary to rely on it to any significant degree. The second item was a recording of a documentary about Mr. Khadr. I found that this recording was not relevant to this proceeding, so I did not admit it.

VI. Conclusion and Disposition

[91] I find that the Government of Canada is required by section 7 of the Charter to request Mr. Khadr's repatriation to Canada in order to comply with a principle of fundamental justice, namely, the duty to protect persons in Mr. Khadr's circumstances by taking steps to ensure that their fundamental rights, recognized in

rapatriement d'autres pays ont porté fruit donne à penser que les États-Unis accéderaient probablement à une demande du Canada. En fait, compte tenu des préoccupations que le Canada a antérieurement exprimées à propos du bien-être de M. Khadr et de son opinion selon laquelle la baie de Guantánamo n'est pas un endroit approprié où le garder en détention, une demande du Canada concernant le rapatriement de M. Khadr ne serait probablement pas une surprise pour les autorités américaines.

[89] Dans la décision *Kaunda*, précitée, la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud a fait remarquer que la notion de « protection diplomatique » englobe un large éventail de conduites. Il s'agirait [TRADUCTION] « de mesures consulaires, de négociations, de médiations, de procédures judiciaires et arbitrales, de représailles, de mesures de rétorsion, d'une rupture des relations diplomatiques, [et] de pressions économiques » (au paragraphe 27). Je suis d'avis que la présentation d'une demande de rapatriement d'un citoyen canadien se situe au bas de l'échelle des interventions diplomatiques et qu'une telle mesure ferait intrusion le moins possible dans la prérogative de l'État à l'égard des affaires étrangères.

a) L'admission des éléments de preuve

[90] M. Khadr m'a demandé d'admettre deux éléments en preuve. Le premier est son affidavit décrivant les traitements subis à la base aérienne de Bagram et à la prison de la baie de Guantánamo. J'ai admis ce document, mais sans conclure qu'il était nécessaire de se fonder dans une large mesure sur lui. Le second élément est un enregistrement d'un documentaire portant sur M. Khadr. J'ai conclu que cet enregistrement n'était pas pertinent en l'espèce, et je ne l'ai donc pas admis.

VI. Conclusion et dispositif

[91] Je conclus que le gouvernement du Canada est tenu par l'article 7 de la Charte de demander le rapatriement de M. Khadr au Canada afin de se conformer à un principe de justice fondamentale, soit l'obligation de protéger les personnes se trouvant dans la même situation que celle de M. Khadr, et ce, en prenant des

widely accepted international instruments such as the *Convention on the Rights of the Child*, are respected. The respondents did not offer any basis for concluding that the violation of Mr. Khadr's rights was justified under section 1 of the Charter.

[92] The ongoing refusal of Canada to request Mr. Khadr's repatriation to Canada offends a principle of fundamental justice and violates Mr. Khadr's rights under section 7 of the Charter. To mitigate the effect of that violation, Canada must present a request to the United States for Mr. Khadr's repatriation to Canada as soon as practicable.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS that

1. The application for judicial review be allowed, with costs.
2. The respondents request that the United States return Mr. Khadr to Canada as soon as practicable.

#### Annex A

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada

(2) Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right

(a) to move to and take up residence in any province; and

(b) to pursue the gaining of a livelihood in any province.

(3) The rights specified in subsection (2) are subject to

(a) any laws or practices of general application in force in a province other than those that discriminate among persons

mesures pour veiller au respect de leurs droits fondamentaux, lesquels sont énoncés dans des instruments internationaux largement reconnus, tels que la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Les défendeurs n'ont invoqué aucun argument permettant de conclure que l'atteinte aux droits de M. Khadr était justifiée au regard de l'article premier de la Charte.

[92] Le refus constant du Canada de solliciter le rapatriement de M. Khadr est contraire à un principe de justice fondamentale et porte atteinte aux droits que l'article 7 de la Charte lui garantit. Pour atténuer l'effet de cette atteinte, le Canada doit demander le plus tôt possible aux États-Unis de rapatrier M. Khadr.

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que

1. La demande de contrôle judiciaire soit accueillie, avec dépens.
2. Les défendeurs demandent aux États-Unis de renvoyer M. Khadr au Canada aussi tôt que possible.

#### Annexe A

*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.)

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit :

a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province;

b) de gagner leur vie dans toute province.

(3) Les droits mentionnés au paragraphe (2) sont subordonnés :

a) aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'ils n'établissent entre les personnes

primarily on the basis of province of present or previous residence; and

(b) any laws providing for reasonable residency requirements as a qualification for the receipt of publicly provided social services.

(4) Subsections (2) and (3) do not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration in a province of conditions of individuals in that province who are socially or economically disadvantaged if the rate of employment in that province is below the rate of employment in Canada.

#### *Legal Rights*

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

...

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

...

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

...

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

*Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, entry into force 26 June 1987

aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle;

b) aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics.

(4) Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour objet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer, dans une province, la situation d'individus défavorisés socialement ou économiquement, si le taux d'emploi dans la province est inférieur à la moyenne nationale.

#### *Garanties juridiques*

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[...]

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

[...]

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

[...]

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

*Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987

## ARTICLE 15

Each State Party shall ensure that any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence in any proceedings, except against a person accused of torture as evidence that the statement was made.

*Convention on the Rights of the Child*, 20 November 1989, entry into force 2 September 1990

Article 19

1. States Parties shall take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child.

...

Article 37

States Parties shall ensure that:

(a) No child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Neither capital punishment nor life imprisonment without possibility of release shall be imposed for offences committed by persons below eighteen years of age;

(b) No child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily. The arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time;

(c) Every child deprived of liberty shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age. In particular, every child deprived of liberty shall be separated from adults unless it is considered in the child's best interest not to do so and shall have the right to maintain contact with his or her family through correspondence and visits, save in exceptional circumstances;

(d) Every child deprived of his or her liberty shall have the right to prompt access to legal and other appropriate assistance, as well as the right to challenge the legality of the deprivation of his or her liberty before a court or other competent, inde-

## ARTICLE 15

Tout État partie veille à ce que toute déclaration dont il est établi qu'elle a été obtenue par la torture ne puisse être invoquée comme un élément de preuve dans une procédure, si ce n'est contre la personne accusée de torture pour établir qu'une déclaration a été faite.

*Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990

Article 19

1. Les États parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié.

[...]

Article 37

Les États parties veillent à ce que :

a) Nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de dix-huit ans;

b) Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible;

c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. En particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par les visites, sauf circonstances exceptionnelles;

d) Les enfants privés de liberté aient le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité



pendent and impartial authority, and to a prompt decision on any such action.

...

#### Article 39

States Parties shall take all appropriate measures to promote physical and psychological recovery and social reintegration of a child victim of: any form of neglect, exploitation, or abuse; torture or any other form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; or armed conflicts. Such recovery and reintegration shall take place in an environment which fosters the health, self-respect and dignity of the child.

#### Article 40

1. States Parties recognize the right of every child alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law to be treated in a manner consistent with the promotion of the child's sense of dignity and worth, which reinforces the child's respect for the human rights and fundamental freedoms of others and which takes into account the child's age and the desirability of promoting the child's reintegration and the child's assuming a constructive role in society.

2. To this end, and having regard to the relevant provisions of international instruments, States Parties shall, in particular, ensure that:

(a) No child shall be alleged as, be accused of, or recognized as having infringed the penal law by reason of acts or omissions that were not prohibited by national or international law at the time they were committed;

(b) Every child alleged as or accused of having infringed the penal law has at least the following guarantees:

- (i) To be presumed innocent until proven guilty according to law;
- (ii) To be informed promptly and directly of the charges against him or her, and, if appropriate, through his or her parents or legal guardians, and to have legal or other appropriate assistance in the preparation and presentation of his or her defence;
- (iii) To have the matter determined without delay by a competent, independent and impartial authority or judicial body in a fair hearing according to law, in the presence of legal or other appropriate assistance and, unless it is considered not to be in the best

compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière.

[...]

#### Article 39

Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour faciliter la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime de toute forme de négligence, d'exploitation ou de sévices, de torture ou de toute autre forme de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou de conflit armé. Cette réadaptation et cette réinsertion se déroulent dans des conditions qui favorisent la santé, le respect de soi et la dignité de l'enfant.

#### Article 40

1. Les États parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui renforce son respect pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci.

2. À cette fin, et compte tenu des dispositions pertinentes des instruments internationaux, les États parties veillent en particulier :

a) À ce qu'aucun enfant ne soit suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale en raison d'actions ou d'omissions qui n'étaient pas interdites par le droit national ou international au moment où elles ont été commises;

b) À ce que tout enfant suspecté ou accusé d'infraction à la loi pénale ait au moins le droit aux garanties suivantes :

- i) Être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie;
- ii) Être informé dans le plus court délai et directement des accusations portées contre lui, ou, le cas échéant, par l'intermédiaire de ses parents ou représentants légaux, et bénéficier d'une assistance juridique ou de toute autre assistance appropriée pour la préparation et la présentation de sa défense;
- iii) Que sa cause soit entendue sans retard par une autorité ou une instance judiciaire compétentes, indépendantes et impartiales, selon une procédure équitable aux termes de la loi, en présence de son conseil juridique ou autre et, à moins que cela ne soit jugé con-

- interest of the child, in particular, taking into account his or her age or situation, his or her parents or legal guardians;
- (iv) Not to be compelled to give testimony or to confess guilt; to examine or have examined adverse witnesses and to obtain the participation and examination of witnesses on his or her behalf under conditions of equality;
- (v) If considered to have infringed the penal law, to have this decision and any measures imposed in consequence thereof reviewed by a higher competent, independent and impartial authority or judicial body according to law;
- (vi) To have the free assistance of an interpreter if the child cannot understand or speak the language used;
- (vii) To have his or her privacy fully respected at all stages of the proceedings.
3. States Parties shall seek to promote the establishment of laws, procedures, authorities and institutions specifically applicable to children alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law, and, in particular:
- (a) The establishment of a minimum age below which children shall be presumed not to have the capacity to infringe the penal law;
- (b) Whenever appropriate and desirable, measures for dealing with such children without resorting to judicial proceedings, providing that human rights and legal safeguards are fully respected.
4. A variety of dispositions, such as care, guidance and supervision orders; counselling; probation; foster care; education and vocational training programmes and other alternatives to institutional care shall be available to ensure that children are dealt with in a manner appropriate to their well-being and proportionate both to their circumstances and the offence.
- Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of Children in Armed Conflict, May 25, 2000, entered into force on 12 February 2002*
- The States Parties to the present Protocol,*
- ...
- traire à l'intérêt supérieur de l'enfant en raison notamment de son âge ou de sa situation, en présence de ses parents ou représentants légaux;
- iv) Ne pas être contraint de témoigner ou de s'avouer coupable; interroger ou faire interroger les témoins à charge, et obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans des conditions d'égalité;
- v) S'il est reconnu avoir enfreint la loi pénale, faire appel de cette décision et de toute mesure arrêtée en conséquence devant une autorité ou une instance judiciaire supérieure compétentes, indépendantes et impartiales, conformément à la loi;
- vi) Se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend ou ne parle pas la langue utilisée;
- vii) Que sa vie privée soit pleinement respectée à tous les stades de la procédure.
3. Les États parties s'efforcent de promouvoir l'adoption de lois, de procédures, la mise en place d'autorités et d'institutions spécialement conçues pour les enfants suspectés, accusés ou convaincus d'infraction à la loi pénale, et en particulier :
- a) D'établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale;
- b) De prendre des mesures, chaque fois que cela est possible et souhaitable, pour traiter ces enfants sans recourir à la procédure judiciaire, étant cependant entendu que les droits de l'homme et les garanties légales doivent être pleinement respectés.
4. Toute une gamme de dispositions, relatives notamment aux soins, à l'orientation et à la supervision, aux conseils, à la probation, au placement familial, aux programmes d'éducation générale et professionnelle et aux solutions autres qu'institutionnelles seront prévues en vue d'assurer aux enfants un traitement conforme à leur bien-être et proportionné à leur situation et à l'infraction.
- Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, 25 mai 2000, entré en vigueur le 12 février 2002*
- Les États Parties au présent Protocole,*
- [...]

*Recognizing* the special needs of those children who are particularly vulnerable to recruitment or use in hostilities contrary to the present Protocol owing to their economic or social status or gender,

...

*Convinced* of the need to strengthen international cooperation in the implementation this Protocol, as well as the physical and psychosocial rehabilitation and social reintegration of children who are victims of armed conflict,

...

#### **Article 1**

States Parties shall take all feasible measures to ensure that members of their armed forces who have not attained the age of 18 years do not take a direct part in hostilities.

...

#### **Article 4**

1. Armed groups that are distinct from the armed forces of a State should not, under any circumstances, recruit or use in hostilities persons under the age of 18 years.

2. States Parties shall take all feasible measures to prevent such recruitment and use, including the adoption of legal measures necessary to prohibit and criminalize such practices.

3. The application of the present article under this Protocol shall not affect the legal status of any party to an armed conflict.

*Conscients* des besoins particuliers des enfants qui, en raison de leur situation économique et sociale ou de leur sexe, sont particulièrement vulnérables à l'enrôlement ou à l'utilisation dans des hostilités en violation du présent Protocole,

[...]

*Convaincus* de la nécessité de renforcer la coopération internationale pour assurer la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale des enfants qui sont victimes de conflits armés,

[...]

#### **Article premier**

Les États Parties prennent toutes les mesures possibles pour veiller à ce que les membres de leurs forces armées qui n'ont pas atteint l'âge de 18 ans ne participent pas directement aux hostilités.

[...]

#### **Article 4**

1. Les groupes armés qui sont distincts des forces armées d'un État ne devraient en aucune circonstance enrôler ni utiliser dans les hostilités des personnes âgées de moins de 18 ans.

2. Les États Parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour empêcher l'enrôlement et l'utilisation de ces personnes, notamment les mesures d'ordre juridique voulues pour interdire et sanctionner pénalement ces pratiques.

3. L'application du présent article du Protocole est sans effet sur le statut juridique de toute partie à un conflit armé.

A-208-09  
2009 FCA 246

A-208-09  
2009 CAF 246

**The Prime Minister of Canada, the Minister of Foreign Affairs, the Director of the Canadian Security Intelligence Service, and the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police** (*Appellants*)

**Le Premier ministre du Canada, le ministre des Affaires étrangères, le directeur du Service canadien du renseignement de sécurité et le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada** (*appelants*)

v.

c.

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

**Omar Ahmed Khadr** (*intimé*)

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

**RÉPERTORIÉ : KHADR c. CANADA (PREMIER MINISTRE) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Nadon, Evans and Sharlow J.J.A.—Ottawa, June 23 and August 14, 2009.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Evans et Sharlow, J.C.A.—Ottawa, 23 juin et 14 août 2009.

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review challenging Crown's decision not to request respondent's repatriation to Canada — Respondent, minor during period at issue herein, imprisoned at Guantánamo Bay where allegedly tortured, unlawfully detained — Interviewed by officials from Canadian Security Intelligence Service, Department of Foreign Affairs and International Trade who shared information therefrom with U.S. officials — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 requiring Canadian officials comply with principles of fundamental justice when interviewing respondent — Questioning of prisoner subjected to cruel, abusive treatment not according to such principles — Charter, s. 7 thus breached — This breach exacerbated by fact that at relevant time, respondent considered "child" under Convention on the Rights of the Child — Conclusion Crown's refusal to request respondent's repatriation breaching respondent's rights under Charter, s. 7 not wrong — Appeal dismissed — Per Nadon J.A. (dissenting): Assuming Canada had duty to protect respondent under Charter, s. 7, Federal Court erred in determining Canada had breached duty since it failed to consider context of respondent's detention — Canada taking all necessary means at its disposal to protect respondent.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire intentée pour contester la décision de la Couronne de ne pas demander le rapatriement de l'intimé au Canada — L'intimé, qui était mineur pendant la période en cause en l'espèce, est incarcéré à la prison de la baie de Guantánamo, où il aurait été torturé et détenu illégalement — Il a été interrogé par des responsables du Service canadien du renseignement de sécurité et du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, qui ont ensuite relayé les renseignements recueillis aux autorités américaines — L'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés obligeait les responsables canadiens à observer les principes de justice fondamentale lorsqu'ils interrogeaient l'intimé — Interroger un prisonnier qui a subi des cruautés et de mauvais traitements ne saurait être conforme à ces principes — Il y a donc eu atteinte à l'art. 7 de la Charte — Cette violation a été exacerbée par le fait qu'au moment considéré, l'intimé était un « enfant » au sens de la Convention relative aux droits de l'enfant — La conclusion portant que le refus de la Couronne de demander le rapatriement de l'intimé porte atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la Charte n'est pas erronée — Appel rejeté — Selon le juge Nadon, J.C.A. (motifs dissidents) : Dans l'hypothèse où le Canada avait le devoir, en vertu de l'art. 7 de la Charte, de protéger l'intimé, la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que le Canada avait manqué à son devoir puisqu'il n'avait pas tenu compte du contexte de la détention de l'intimé — Le Canada a pris tous les moyens nécessaires à sa disposition pour protéger l'intimé.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Questioning of respondent by Canadian officials at Guantánamo Bay breaching Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Repatriation order most appropriate, obvious*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — L'interrogatoire de l'intimé par des responsables canadiens à la prison de la baie de Guantánamo portait atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — L'ordonnance*

*remedy under Charter, s. 24(1) — Such award guided by considerations set out by Supreme Court of Canada in Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education) — Federal Court addressing considerations stated therein — Remedy awarded not abusive — Per Nadon J.A. (dissenting): Repatriation remedy exceeding Federal Court's role, totally disproportionate.*

*Crown — Prerogatives — Decision to request repatriation of Canadian citizen within mandate of Minister of Foreign Affairs and International Trade under Department of Foreign Affairs and International Trade Act, s. 10 — No statute, regulation governing exercise of Minister's mandate thereunder — Crown prerogative in conducting foreign affairs subject to Canadian Charter of Rights and Freedoms — Per Nadon J.A. (dissenting): Ordering respondent's repatriation constituting direct interference into Canada's conduct of its foreign affairs.*

*International Law — By becoming party to Convention against Torture, Canada expressing acceptance of general prohibition on cruel, inhuman or degrading treatment as principle of fundamental justice — This acceptance informing consideration of scope of Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Charter, s. 7 breach herein exacerbated by fact that at relevant time, respondent considered "child" under Convention on the Rights of the Child — Per Nadon J.A. (dissenting): Federal Court failing to recognize territorial limitation of international instruments Canada party thereto.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing an application for judicial review that challenged the Crown's decision and policy not to request the respondent's repatriation to Canada from the United States. Since 2002, the respondent, a Canadian citizen, has been imprisoned by the United States at Guantánamo Bay pending his trial before a United States military commission or a United States federal court on a number of charges, including murder of an American soldier in Afghanistan. At the time the events at issue herein occurred, the respondent was a minor who had been detained without legal representation, with no access to his family and with no Canadian consular assistance. A number of Canadian officials from the Canadian Security Intelligence Service and the Department of Foreign Affairs and International Trade interviewed the respondent at Guantánamo Bay. The fruits of the interviews were shared with the United States officials, and no request was made to limit their use of the

*de rapatriement constituait la réparation la plus appropriée et la plus évidente en vertu de l'art. 24(1) de la Charte — Le juge appelé à accorder cette réparation doit s'inspirer des facteurs énumérés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation) — La Cour fédérale a tenu compte des facteurs énoncés dans cet arrêt — La réparation accordée ne constituait pas un abus — Selon le juge Nadon, J.C.A. (motifs dissidents) : La réparation que constitue le rapatriement débordait le cadre des attributions de la Cour fédérale et était totalement disproportionnée.*

*Couronne — Prérogatives — La décision de réclamer le rapatriement d'un citoyen canadien relève du mandat conféré au ministre des Affaires étrangères et du Commerce international par l'art. 10 de la Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international — Il n'y a pas de loi ou de texte réglementaire définissant la façon dont le ministre doit s'acquitter de ce mandat — La prérogative royale en matière de conduite des affaires étrangères est assujettie à la Charte canadienne des droits et libertés — Selon le juge Nadon, J.C.A. (motifs dissidents) : L'ordonnance de rapatriement de l'intimé constituait une ingérence directe dans la conduite par le Canada de ses affaires étrangères.*

*Droit international — En adhérant à la Convention contre la torture, le Canada a exprimé qu'il souscrivait à l'interdiction générale frappant les traitements cruels, inhumains ou dégradants en tant que principe de justice fondamentale — Cette adhésion éclaire tout examen de la portée de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — La violation de l'art. 7 de la Charte en l'espèce a été exacerbée par le fait qu'au moment considéré, l'intimé était un « enfant » au sens de la Convention relative aux droits de l'enfant — Selon le juge Nadon, J.C.A. (motifs dissidents) : La Cour fédérale n'a pas reconnu la portée territoriale limitée des instruments internationaux auxquels le Canada a adhéré.*

Il s'agissait d'un appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire intentée pour contester la décision et la politique par lesquelles la Couronne a refusé de demander le rapatriement de l'intimé au Canada des États-Unis. Depuis 2002, l'intimé, un citoyen canadien, est incarcéré par les États-Unis à la prison de la baie de Guantánamo en attendant d'être jugé par une commission militaire américaine ou par un tribunal fédéral américain. Il fait face à plusieurs accusations, dont celle de meurtre d'un soldat américain en Afghanistan. Lorsque les événements en cause en l'espèce ont eu lieu, l'intimé était un mineur qui était gardé en détention, mais qui n'était pas représenté par un avocat, qui n'avait pas accès à sa famille et qui ne bénéficiait pas de l'aide consulaire du Canada. Des représentants du Service canadien du renseignement de sécurité et du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international ont interrogé l'intimé à la baie de Guantánamo. Les

information. The respondent has alleged that he was subjected to various kinds of torture during his detention and that the regime under which he is being detained is unlawful since it violates international human rights.

The Federal Court found that Canadian officials breached the respondent's rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* when they interviewed the respondent at Guantánamo Bay prison and shared the resulting information with the United States. The remedy it ordered pursuant to subsection 24(1) of the Charter was that the respondent's repatriation be requested as soon as practicable. The issue herein was whether the Federal Court erred in law in finding that conduct of Canadian officials in the circumstances of this case breached the respondent's rights under section 7 of the Charter.

*Held* (Nadon J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

*Per* Evans and Sharlow J.J.A.: The decision to request the repatriation of a Canadian citizen detained in a foreign country is within the mandate of the Minister of Foreign Affairs and International Trade under section 10 of the *Department of Foreign Affairs and International Trade Act*. There is no statute or regulation governing the exercise of the Minister's mandate thereunder or the Minister's authority to determine whether and when to request the repatriation of a Canadian citizen detained in a foreign country.

A number of determinations made by the Supreme Court of Canada in *Canada v. Khadr* (*Khadr* 2008) were applicable herein. The general principle established in the Supreme Court's decision is that the Charter applies to constrain the conduct of Canadian authorities when they participate in a foreign legal process that is contrary to Canada's international human rights obligations. Because the respondent's liberty was at stake, section 7 of the Charter required Canadian officials to conduct themselves in conformity with the principles of fundamental justice when they interviewed him. Questioning a prisoner to obtain information after he has been subjected to cruel and abusive treatment to induce him to talk does not accord with the principles of fundamental justice. Canada cannot avoid responsibility for its participation in the process at the Guantánamo Bay prison by relying on the fact that the respondent was mistreated by the United States officials, because Canadian officials knew of the abuse when they conducted the interview and sought to take advantage of it. Furthermore, by becoming a party to the Convention against Torture, Canada

renseignements recueillis lors de ces entretiens ont été relayés aux autorités américaines, et aucune demande n'a été faite en vue de restreindre l'utilisation que celles-ci pouvaient en faire. L'intimé a affirmé avoir fait l'objet de divers types de tortures au cours de sa détention et que le régime aux termes duquel il est détenu est contraire à la loi puisqu'il contrevient aux normes internationales en matière de droits de l'homme.

La Cour fédérale a conclu que les autorités canadiennes avaient porté atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsqu'elles l'ont interrogé à la prison de la baie de Guantánamo et ont relayé les renseignements recueillis aux autorités américaines. La réparation qu'elle a accordée en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte était que l'intimé soit rapatrié le plus tôt possible. Le point litigieux en l'espèce était celui de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur de droit en concluant que, dans les circonstances de l'espèce, la conduite des responsables canadiens portait atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'article 7 de la Charte.

*Arrêt* (juge Nadon, J.C.A., motifs dissidents) : l'appel doit être rejeté.

Selon les juges Evans et Sharlow, J.C.A. : La décision de réclamer le rapatriement d'un citoyen canadien détenu à l'étranger relève du mandat conféré au ministre des Affaires étrangères et du Commerce international par l'article 10 de la *Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*. Il n'y a pas de loi ou de texte réglementaire définissant la façon dont le ministre doit s'acquitter de son mandat conformément à cet article ou qui précise comment le ministre doit exercer son pouvoir de décider de l'opportunité de réclamer le rapatriement d'un citoyen canadien détenu à l'étranger ou le moment où il doit le faire.

Nombre de décisions prises par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada c. Khadr* (*Khadr* 2008) s'appliquaient en l'espèce. Le principe général établi dans la décision de la Cour suprême est que la Charte régit la conduite des autorités canadiennes lorsqu'elles participent à une procédure juridique étrangère qui est contraire aux obligations internationales du Canada en matière de droits de l'homme. Comme la liberté de l'intimé était en jeu, l'article 7 de la Charte obligeait les responsables canadiens à se comporter en conformité avec les principes de justice fondamentale lorsqu'ils l'interrogeaient. Interroger un prisonnier pour lui extorquer des renseignements après lui avoir fait subir des cruautés et de mauvais traitements en vue de l'inciter à parler ne saurait être une façon d'agir qui est conforme aux principes de justice fondamentale. Le Canada ne peut se soustraire à la responsabilité qu'entraîne sa participation au processus qui avait cours à la prison de la baie de Guantánamo en invoquant le fait que l'intimé avait été maltraité par les autorités américaines, parce que les responsables canadiens étaient au courant de ces mauvais traitements

expressed its acceptance of the general prohibition on cruel, inhuman or degrading treatment as a principle of fundamental justice, which must inform any consideration of the scope of section 7 of the Charter. Therefore, the rights of the respondent under section 7 of the Charter were breached when Canadian officials interviewed him at Guantánamo Bay prison and then shared the resulting information with United States officials. This breach was exacerbated by the fact that, at the relevant time, the officials knew that the respondent was a “child” as defined in the *Convention on the Rights of the Child* to which Canada is a party. Finally, Crown prerogative in the conduct of foreign affairs has already been held to be subject to the Charter. As a result, the Federal Court did not err in law or in fact when it concluded that, in the particular circumstances of this case, the Crown’s refusal to request the respondent’s repatriation breached the respondent’s rights under section 7 of the Charter, that there was no basis for the section 1 argument and that the breach was not justified thereunder.

Ordering the repatriation of the respondent in the unusual circumstances of this case was the most appropriate and obvious remedy under subsection 24(1) of the Charter and one that could potentially mitigate the effects of the Charter violation. Judicial discretion in the award of an appropriate and just remedy for a violation of Charter rights must be guided by the considerations set out in the Supreme Court of Canada’s decision in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* and these considerations were addressed by the Federal Court. Therefore, the remedy awarded did not constitute an abuse of discretion.

*Per* Nadon J.A. (dissenting): The Federal Court erred in determining that Canada had failed to protect the respondent and in regard to the appropriate remedy. Canada has taken all necessary means at its disposal to protect the respondent during the whole period of his detention at Guantánamo Bay. Assuming that Canada had a duty under section 7 of the Charter to protect the respondent, it did not breach that duty in the circumstances of the case. Canada did not participate in the respondent’s arrest in Afghanistan, his transfer to Guantánamo Bay or his detention. The Federal Court erred because of the way in which it determined and defined Canada’s duty. The steps taken by Canada were not considered nor was the context of the respondent’s detention and the extent to which Canada’s ability to protect him was limited. The Federal Court also failed to recognize the territorial limitation of the international instruments to which Canada is a party when it imposed obligations on Canada on the basis of these instruments. While Canada should not have interviewed the respondent in 2003

lorsqu’ils ont procédé aux entretiens et qu’ils ont cherché à en tirer profit. Qui plus est, en adhérant à la Convention contre la torture, le Canada a exprimé qu’il souscrivait à l’interdiction générale frappant les traitements cruels, inhumains ou dégradants en tant que principe de justice fondamentale, lequel doit éclairer tout examen de la portée de l’article 7 de la Charte. En conséquence, les droits que l’article 7 de la Charte garantit à l’intimé ont été violés lorsque les responsables canadiens l’ont interrogé à la prison de la baie de Guantánamo et ont relayé les renseignements ainsi obtenus aux autorités américaines. Cette violation a été exacerbée par le fait qu’au moment considéré, les autorités savaient que l’intimé était un « enfant » au sens de la *Convention relative aux droits de l’enfant* à laquelle le Canada est partie. Enfin, les tribunaux ont déjà jugé que la prérogative royale en matière de conduite des affaires étrangères est assujettie à la Charte. Par conséquent, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur de droit ou de fait en concluant que, vu les circonstances particulières de l’espèce, le refus de la Couronne de réclamer le rapatriement de l’intimé portait atteinte aux droits garantis à ce dernier par l’article 7 de la Charte, que l’argument relatif à l’article premier n’était pas fondé et que l’atteinte aux droits n’était pas justifiée par l’article premier de la Charte.

Le fait de réclamer le rapatriement de l’intimé dans les circonstances inusitées de l’espèce constituait la réparation la plus appropriée et la plus évidente en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte, réparation qui pourrait être susceptible d’atténuer les effets de la violation de la Charte. Le juge appelé à accorder une réparation convenable et juste en cas de violation d’un droit garanti par la Charte doit s’inspirer des facteurs énumérés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)* et la Cour fédérale a tenu compte de ces facteurs. En conséquence, la réparation accordée ne constituait pas un abus du pouvoir discrétionnaire.

Selon le juge Nadon, J.C.A. (motifs dissidents) : La Cour fédérale a commis une erreur en concluant que le Canada n’avait pas protégé l’intimé et en ce qui concerne la réparation appropriée. Le Canada a pris tous les moyens nécessaires à sa disposition pour protéger l’intimé pendant toute la durée de sa détention à la prison de la baie de Guantánamo. Dans l’hypothèse où le Canada avait le devoir, en vertu de l’article 7 de la Charte, de protéger l’intimé, le Canada n’a pas manqué à son devoir compte tenu des faits de l’espèce. Le Canada n’a pas participé à l’arrestation de l’intimé en Afghanistan, à son transfèrement à la baie de Guantánamo ni à sa détention. La Cour fédérale a commis une erreur en raison de la façon dont elle a déterminé et défini l’obligation du Canada. Les démarches entreprises par le Canada, le contexte de la détention de l’intimé et la mesure dans laquelle était limitée la capacité du Canada de le protéger n’ont pas été pris en compte. De même, en imposant des obligations au Canada sur le fondement des instruments internationaux auxquels le Canada a adhéré,

and 2004 and provided the information obtained therefrom to U.S. authorities, that breach was remedied by the Supreme Court of Canada's order in *Canada (Justice) v. Khadr* that Canada provide the respondent with the information it had passed on to U.S. authorities. Finally, there was no basis in the evidence that Canada had been knowingly involved in the respondent's mistreatment. Therefore, if section 7 of the Charter imposed a duty on Canada to protect the respondent, Canada had fulfilled that duty.

As for the remedy granted by the Federal Court, i.e. that Canada request the respondent's repatriation, it exceeded the Federal Court's role and was not within its power to grant. It constituted a direct interference into Canada's conduct of its foreign affairs and was a matter best left to the Executive. In the circumstances, considerable discretion to the Executive in dealing with the present matter must necessarily be allowed. There was also no link between the inappropriateness of the interviews and sharing of information and the remedy of repatriation, which was totally disproportionate in the circumstances.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 to 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. 1, 6, 7, 12, 24(1).
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 269.1(1) "torture" (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 10, s. 2).
- Department of Foreign Affairs and International Trade Act*, R.S.C., 1985, c. E-22, s. 10 (as am by S.C. 1995, c. 5, s. 7(F)).
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 1), 302.
- International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21.
- Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600, § 948r(c).

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36.

la Cour fédérale n'a pas reconnu la portée territoriale limitée de ces instruments. Même si le Canada n'aurait pas dû procéder aux interrogatoires en 2003 et 2004 et qu'il n'aurait pas dû relayer aux autorités américaines les renseignements recueillis lors de ces interrogatoires, cette violation a été corrigée par l'ordonnance rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Justice) c. Khadr* pour que le Canada communique à l'intimé les renseignements qui avaient été relayés aux autorités américaines. Enfin, rien dans les éléments de preuve ne démontrait que le Canada avait participé consciemment aux mauvais traitements infligés à l'intimé. Par conséquent, si l'article 7 de la Charte imposait au Canada l'obligation de protéger l'intimé, le Canada s'était acquitté de cette obligation.

S'agissant de la réparation accordée par la Cour fédérale, soit que le Canada demande le rapatriement de l'intimé, elle déborde le cadre des attributions de la Cour fédérale, qui n'avait pas le pouvoir de l'accorder. Elle constituait une ingérence directe dans la conduite par le Canada de ses affaires étrangères et il était préférable de la laisser au pouvoir exécutif. Dans les circonstances, il fallait nécessairement laisser au pouvoir exécutif une très grande latitude pour traiter de questions comme celle soulevée en l'espèce. En outre, il n'y avait pas de lien entre le caractère inopportun des interrogatoires ainsi que le partage des renseignements et la réparation que constitue le rapatriement, qui était totalement disproportionné dans les circonstances.

#### 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. 1, 6, 7, 12, 24(1).
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 269.1(1) « torture » (édicte par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 2).
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 à 38.16 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141).
- Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*, L.R.C. (1985), ch. E-22, art. 10 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 7(F)).
- Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21.
- Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600, § 948r(c).
- Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 1), 302.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36.



*Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3, Art. 37(a).  
*Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of Children in Armed Conflict*, May 25, 2000, [2002] Can. T.S. No. 5.  
*Vienna Convention on Consular Relations*, April 24, 1963, [1974] Can. T.S. No. 25, Art. 36.

*Convention de Vienne sur les relations consulaires*, 24 avril 1963, [1974] R.T. Can. n° 25, art. 36.  
*Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3, art. 37a).  
*Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés*, 25 mai 2000, [2002] R.T. Can. n° 5.

## CASES CITED

## FOLLOWED:

*Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125, 293 D.L.R. (4th) 629, 232 C.C.C. (3d) 101; varying *Khadr v. Canada (Minister of Justice)*, 2007 FCA 182, [2008] 1 F.C.R. 270, 280 D.L.R. (4th) 469, 67 Admin. L.R. (4th) 75.

## APPLIED:

*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 152; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, 218 N.S.R. (2d) 311, 232 D.L.R. (4th) 577.

## CONSIDERED:

*Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 807, 59 C.R. (6th) 284, 175 C.R.R. (2d) 345; *Khadr v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2004 FC 1145, 123 C.R.R. (2d) 7, 266 F.T.R. 20; *Khadr v. Canada*, 2009 FC 497; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, 195 D.L.R. (4th) 1, [2001] 3 W.W.R. 193; *Abbasi & Anor; R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1598; *Al Rawi & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Anor*, [2006] EWCA Civ 1279, [2007] 2 W.L.R. 1219.

## REFERRED TO:

*Khadr v. Canada*, 2005 FC 1076, [2006] 2 F.C.R. 505, 257 D.L.R. (4th) 577, 113 C.R.R. (2d) 189; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1394, 245 D.L.R. (4th) 556; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, (1991), 120 A.R. 161, [1992] 1 W.W.R. 97; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, 280 D.L.R. (4th) 385, 220 C.C.C. (3d) 16; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, (1985), 24 D.L.R. (4th) 536, [1986] 1 W.W.R. 481; *Slaight Communications Inc.*

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS SUIVIES :

*Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125; modifiant *Khadr c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2007 CAF 182, [2008] 1 R.C.F. 270.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 807; *Khadr c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2004 CF 1145; *Khadr c. Canada*, 2009 CF 497; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Abbasi & Anor, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1598; *Al Rawi & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Anor*, [2006] EWCA Civ 1279, [2007] 2 W.L.R. 1219.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Khadr c. Canada*, 2005 CF 1076, [2006] 2 R.C.F. 505; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1394; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779.

v. *Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, (1989), 59 D.L.R. (4th) 416, 26 C.C.E.L. 85; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, (1991), 84 D.L.R. (4th) 438, 67 C.C.C. (3d) 1.

## AUTHORS CITED

Canadian Broadcasting Corporation. *Doc Zone*. “The U.S. vs Omar Khadr”, October 16, 2008.  
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented. Toronto: Thomson/Carswell, 2007.

APPEAL from a Federal Court decision (2009 FC 405, [2010] 1 F.C.R. 34) determining that Canadian officials breached the respondent’s rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* when they interviewed him at Guantánamo Bay prison and shared the information with the United States. Appeal dismissed, Nadon J.A. dissenting.

## APPEARANCES

*Doreen C. Mueller* and *Jonathan Martin* for appellants.  
*Nathan J. Whiting* and *Dennis Edney* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants.  
*Parlee McLaws LLP*, Edmonton, and *Edney, Dennis, Professional Corporation*, Edmonton, for respondent.

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

[1] EVANS AND SHARLOW J.J.A.: Since 2002, the respondent Omar Ahmed Khadr has been imprisoned by the United States at Guantánamo Bay pending his trial before a United States military commission or a United States federal court. In *Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 405, [2010] 1 F.C.R. 34, Justice O’Reilly of the Federal Court found that Canadian officials breached Mr. Khadr’s rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act*

## DOCTRINE CITÉE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd. supplémentée. Toronto : Thomson/Carswell, 2007.  
Société Radio-Canada. *Doc Zone*. « The U.S. vs Omar Khadr », le 16 octobre 2008.

APPEL de la décision (2009 CF 405, [2010] 1 R.C.F. 34 (par laquelle la Cour fédérale a statué que les autorités) canadiennes ont porté atteinte aux droits garantis à l’intimé par l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsqu’elles l’ont interrogé à la prison de la baie de Guantánamo et ont relayé les renseignements recueillis aux autorités américaines. Appel rejeté, le juge Nadon, J.C.A., motifs dissidents.

## ONT COMPARU

*Doreen C. Mueller* et *Jonathan Martin* pour les appelants.  
*Nathan J. Whiting* et *Dennis Edney* pour l’intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour les appelants.  
*Parlee McLaws LLP*, Edmonton, et *Edney, Dennis, Professional Corporation*, Edmonton, pour l’intimé.

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

[1] LES JUGES EVANS ET SHARLOW, J.C.A. : Depuis 2002, l’intimé Omar Ahmed Khadr est incarcéré par les États-Unis à la prison de la baie de Guantánamo en attendant d’être jugé par une commission militaire américaine ou par un tribunal fédéral américain. Dans le jugement *Khadr c. Canada (Premier Ministre)*, 2009 CF 405, [2010] 1 R.C.F. 34, le juge O’Reilly de la Cour fédérale a conclu que les autorités canadiennes avaient porté atteinte aux droits garantis à M. Khadr par l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui

1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] when they interviewed Mr. Khadr at the Guantánamo Bay prison and shared the resulting information with the United States. As a remedy pursuant to subsection 24(1) of the Charter, Justice O'Reilly ordered the Crown to request the United States to return Mr. Khadr to Canada as soon as practicable. The Crown has appealed. At the root of the Crown's appeal is its argument that the Crown should have the unfettered discretion to decide whether and when to request the return of a Canadian citizen detained in a foreign country, a matter within its exclusive authority to conduct foreign affairs. For the reasons that follow, we have concluded that the Crown's appeal should be dismissed with costs.

### Preliminary Issues

#### Appeal books

[2] In accordance with the usual practice of this Court, the parties agreed to the contents of an appeal book and the Crown, as appellant, prepared and filed appeal books that conformed to that agreement. Later, counsel for Mr. Khadr noticed that the agreement excluded a number of documents that were exhibits to the affidavit of Lieutenant-Commander (LCdr) William C. Kuebler sworn on August 4, 2008, as well as the affidavit of April Bedard sworn on August 8, 2008. Both of those affidavits, with all of their exhibits, were filed in the Federal Court on behalf of Mr. Khadr and were before Justice O'Reilly when he rendered the judgment under appeal.

[3] Counsel for Mr. Khadr sought the consent of the Crown to file a supplementary appeal book containing the excluded documents. The Crown agreed to the filing of a supplementary appeal book but objected to the inclusion of some of the exhibits to the affidavits.

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]] lorsqu'elles avaient interrogé M. Khadr à la prison de la baie de Guantánamo et avaient relayé aux États-Unis les renseignements recueillis lors de cet entretien. À titre de mesure de réparation, le juge O'Reilly a ordonné à la Couronne, en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte, de demander aux États-Unis de renvoyer M. Khadr au Canada aussi tôt que possible. La Couronne a interjeté appel de cette décision. L'élément fondamental de l'appel de la Couronne est qu'elle devrait avoir le pouvoir discrétionnaire absolu de décider de l'opportunité de réclamer le rapatriement d'un citoyen canadien détenu à l'étranger et du moment où elle devrait le faire. Elle ajoute que cette question relève de sa compétence exclusive en matière d'affaires étrangères. Pour les motifs qui suivent, nous sommes venus à la conclusion que l'appel de la Couronne devrait être rejeté avec dépens.

### Questions préliminaires

#### Les dossiers d'appel

[2] Conformément à l'usage habituellement suivi devant notre Cour, les parties se sont entendues sur le contenu du dossier d'appel, et la Couronne, en tant qu'appelante, a préparé et déposé des dossiers d'appel qui étaient conformes à cette entente. L'avocat de M. Khadr a par la suite constaté que l'entente excluait plusieurs des documents qui avaient été annexés à l'affidavit souscrit par le Capitaine de corvette (Capc) William C. Kuebler le 4 août 2008, ainsi que l'affidavit souscrit par April Bedard le 8 août 2008. Ces deux affidavits, avec toutes les pièces qui y étaient jointes, ont été déposés devant la Cour fédérale pour le compte de M. Khadr et le juge O'Reilly en était saisi lorsqu'il a rendu le jugement frappé d'appel.

[3] L'avocat de M. Khadr a sollicité le consentement de la Couronne pour déposer un dossier d'appel supplémentaire contenant les documents précédemment exclus. La Couronne a consenti au dépôt du dossier d'appel supplémentaire, mais s'est opposée à l'inclusion de certaines des pièces jointes aux affidavits.

[4] With leave of this Court, counsel for Mr. Khadr prepared and filed two volumes of a supplementary appeal book so that the merits of the Crown's objection could be determined by the panel hearing the appeal. Volume I contains the previously excluded documents that the Crown agrees are properly part of the appeal book. Volume II contains the previously excluded documents that the Crown argues should not be part of the appeal book.

[5] The Crown objects to the inclusion of the documents in Volume II of the supplementary appeal book because they were not footnoted in the memorandum of fact and law submitted on behalf of Mr. Khadr at the hearing in the Federal Court. This objection is not well founded. The documents in Volume II were before Justice O'Reilly. Even if counsel for Mr. Khadr did not refer to them in his argument in the Federal Court, it is appropriate that they be available to this Court for reference if the need arises, either in the course of the hearing or during the Court's deliberations. For that reason, both volumes of the supplementary appeal book have been accepted as part of the appeal book.

#### Evidence ruled inadmissible

[6] The appeal book contains the supplemental affidavit of April Bedard sworn on October 22, 2008. Appended as an exhibit to that affidavit is a DVD copy of a documentary entitled "The U.S. vs Omar Khadr" [Canadian Broadcasting Corporation. *Doc Zone*, October 16, 2008]. Justice O'Reilly concluded at paragraph 90 of his reasons that the recording was not relevant to the proceeding, and as a result he did not admit it as evidence. That ruling has not been challenged in this appeal. Therefore, although the appeal book includes the recording, no reference has been made to it.

#### Background

[7] Mr. Khadr is a citizen of Canada. He was born in Canada in 1986. He moved to Pakistan with his family in 1990. In 1995 his father was arrested in Pakistan for

[4] Avec l'autorisation de notre Cour, l'avocat de M. Khadr a préparé et déposé deux volumes d'appel supplémentaires, pour que la formation chargée d'instruire l'appel puisse se prononcer sur le bien-fondé de l'objection de la Couronne. Le volume I renferme les documents antérieurement exclus qui, comme la Couronne l'admet, font régulièrement partie du dossier d'appel. Le volume II contient les documents antérieurement exclus qui, selon ce qu'affirme la Couronne, ne devraient pas faire partie du dossier d'appel.

[5] La Couronne s'oppose à ce que les documents contenus dans le volume II du dossier d'appel supplémentaire soient déposés, parce qu'ils n'étaient pas mentionnés dans les renvois de bas de page du mémoire des faits et du droit soumis pour le compte de M. Khadr lors de l'audience de la Cour fédérale. Cette objection est mal fondée. Le juge O'Reilly avait en main les documents que l'on trouve dans le volume II. Même si l'avocat de M. Khadr ne les a pas mentionnés dans sa plaidoirie devant la Cour fédérale, il convient qu'ils soient mis à la disposition de notre Cour, qui pourra les consulter au besoin, au cours de l'audience ou lors de ses délibérations. Pour cette raison, la Cour estime que les deux volumes du dossier d'appel supplémentaire doivent faire partie du dossier d'appel.

#### Éléments de preuve jugés inadmissibles

[6] Le dossier d'appel contient l'affidavit supplémentaire souscrit par April Bedard le 22 octobre 2008. À cet affidavit est jointe la copie DVD d'un documentaire intitulé « The U.S. vs Omar Khadr » [Société Radio-Canada. *Doc Zone*, le 16 octobre 2008]. Le juge O'Reilly a conclu, au paragraphe 90 de ses motifs, que cet enregistrement n'était pas pertinent. Il a donc refusé de l'admettre en preuve. Cette décision n'est pas contestée dans le présent appel. Ainsi, bien que le dossier d'appel comprenne cet enregistrement, celui-ci n'est pas mentionné.

#### Le contexte

[7] M. Khadr est un citoyen du Canada. Il est né au Canada en 1986. Il a déménagé avec sa famille au Pakistan en 1990. En 1995, son père a été arrêté au

alleged involvement in the bombing of the Egyptian embassy in Islamabad, after which the rest of the family returned to Canada. They moved back to Pakistan in 1996 when Mr. Khadr's father was released. In 2001 the family returned to Canada for a few months, and then moved to Afghanistan.

[8] After the attacks on New York and Washington D.C. on September 11, 2001, Mr. Khadr's father and older brothers attended training camps associated with Al-Qaida. Counsel for Mr. Khadr says that, contrary to a statement in paragraph 5 of Justice O'Reilly's reasons, there is no evidence that Mr. Khadr attended those camps. Counsel for the Crown has not suggested that the record contains evidence that Mr. Khadr attended an Al-Qaida training camp.

[9] Mr. Khadr was taken into custody by the United States in July of 2002 following a firefight in Afghanistan. The United States alleges that during that fight, Mr. Khadr threw a grenade that killed a United States soldier. Mr. Khadr was detained by the United States at Bagram Airbase in Afghanistan, where he received medical treatment for injuries he suffered in the fight. At that time Mr. Khadr was 15 years of age.

[10] In diplomatic notes dated August 30 and September 13, 2002, Canada asked the United States for consular access to Mr. Khadr at Bagram. That request was refused. The United States has continued to deny Canada consular access to Mr. Khadr with the exception of "welfare visits" beginning in 2005, which are described later in these reasons.

[11] The August 30, 2002 diplomatic note mentioned that Mr. Khadr was a minor, and that a request had been made to United States intelligence contacts that Mr. Khadr not be transferred to the Guantánamo Bay prison. The September 13, 2002 diplomatic note also urged the United States to consider that Mr. Khadr was

Pakistan pour avoir, disait-on, pris part à un attentat à la bombe visant l'ambassade d'Égypte, à Islamabad, à la suite de quoi les autres membres de la famille sont rentrés au Canada. Ils sont toutefois retournés au Pakistan en 1996, après la mise en liberté du père de M. Khadr. La famille est revenue au Canada de nouveau en 2001, pour quelques mois, pour ensuite déménager en Afghanistan.

[8] Après les attaques du 11 septembre 2001 survenues à New York et à Washington, le père et les frères aînés de M. Khadr ont fréquenté des camps d'entraînement associés à Al-Qaïda. L'avocat de M. Khadr explique que, contrairement à ce qu'affirme le juge O'Reilly au paragraphe 5 de ses motifs, rien ne permet de penser que M. Khadr a fréquenté ces camps. L'avocat de la Couronne n'a pas prétendu que le dossier renfermait des éléments de preuve qui démontrent que M. Khadr a fréquenté un camp d'Al-Qaïda.

[9] Les États-Unis ont capturé M. Khadr en juillet 2002, à la suite d'un échange de tirs en Afghanistan. Les États-Unis allèguent qu'au cours de cet affrontement, M. Khadr a lancé une grenade qui a tué un soldat américain. M. Khadr a été détenu par les États-Unis à la base aérienne de Bagram, en Afghanistan, où il a été soigné pour les blessures qu'il avait subies lors de l'affrontement. À l'époque, M. Khadr avait 15 ans.

[10] Dans des notes diplomatiques datées du 30 août et du 13 septembre 2002, le Canada a demandé aux États-Unis de permettre à des représentants consulaires canadiens de se rendre auprès de M. Khadr pendant qu'il était en détention à Bagram. Cette demande a été refusée. Les États-Unis ont continué à refuser de permettre à des représentants consulaires de se rendre auprès de M. Khadr, n'autorisant, à partir de 2005, que des visites visant à s'assurer du bien-être de M. Khadr, visites sur lesquelles nous reviendrons plus loin dans les présents motifs.

[11] La note diplomatique du 30 août 2002 signalait que M. Khadr était un mineur et qu'on avait demandé aux représentants du service de renseignement des États-Unis de ne pas le transférer à la prison de la baie de Guantánamo. La note diplomatique du 13 septembre 2002 exhortait de plus les autorités américaines à

a minor. It pointed out that the laws of Canada and the United States require special treatment for minors with respect to legal and judicial processes, and that because Mr. Khadr was a minor, it would not be appropriate for him to be detained at the prison at Guantánamo Bay.

[12] Canada continued its diplomatic efforts on behalf of Mr. Khadr during 2003. The documentary evidence of those efforts may be summarized as follows:

Diplomatic note July 9, 2003

Request for special consideration of Mr. Khadr's status as a minor and an expression of concern that he was not being treated like other juvenile detainees.

Minister's letter October 6, 2003

Expression of concern that Mr. Khadr could face the death penalty, indicating that Canada would seek assurances that the death penalty would not be imposed.

Diplomatic note November 11, 2003

Request that Canadian detainees at the Guantánamo Bay prison be informed prior to their release of their right to return to Canada if they wish, and that they be given the opportunity to exercise that right.

Diplomatic note November 12, 2003

Request for assurances that Mr. Khadr was receiving medical treatment for his injuries.

[13] The record contains no formal responses to any of these communications. There is no record of any assurance by the United States that the death penalty would not be sought or imposed, that Mr. Khadr would be informed of his right to return to Canada if released, or that he would be permitted to exercise that right.

tenir compte du fait que M. Khadr était un mineur et soulignait que, tant selon les lois du Canada que selon celles des États-Unis, les mineurs ont droit à un traitement spécial sur le plan juridique et judiciaire, et qu'il serait ainsi inopportun de détenir M. Khadr à la prison de la baie de Guantánamo.

[12] Le Canada a poursuivi ses démarches diplomatiques au nom de M. Khadr en 2003. On peut résumer comme suit la preuve documentaire présentée au sujet de ces démarches :

Note diplomatique 9 juillet 2003

Demande que M. Khadr fasse l'objet d'un examen spécial en tant que mineur et formulation de la crainte qu'il n'était pas traité comme les autres détenus mineurs.

Lettre du ministre 6 octobre 2003

Expression de la crainte que M. Khadr encoure la peine de mort et de l'intention du Canada de demander l'assurance que cette peine ne serait pas appliquée.

Note diplomatique 11 novembre 2003

Demande que les Canadiens détenus à la prison de la baie de Guantánamo soient informés avant leur mise en liberté de leur droit de retourner au Canada s'ils le désirent, et demande qu'on leur accorde la possibilité d'exercer ce droit.

Note diplomatique 12 novembre 2003

Demande d'assurances que M. Khadr était soigné pour ses blessures.

[13] On ne trouve pas au dossier de réponse officielle à ces communications. Il n'y a aucun document dans lequel les États-Unis auraient assuré le Canada que la peine de mort ne serait pas réclamée ou appliquée, que M. Khadr serait informé de son droit de rentrer au Canada s'il était mis en liberté ou qu'on lui permettrait d'exercer ce droit.

[14] Despite Canada's diplomatic efforts on Mr. Khadr's behalf, the United States sent him to the prison at the United States Naval Base in Guantánamo Bay in October of 2002, when he was 16 years of age. There he remains to this day. Despite his age, Mr. Khadr has been detained either alone or with adult detainees, and never in the part of the prison that at one time was set apart for minors. As of the end of March 2004, Mr. Khadr had not been permitted to contact his family. It is not clear whether family contact was permitted later, and if so when. Mr. Khadr was given no access to legal counsel until November of 2004.

[15] Mr. Khadr is awaiting trial before a United States military commission or a United States federal court on a number of serious charges, including murder. The trial has been delayed. Counsel for Mr. Khadr does not know whether or when the trial will continue.

[16] In February and September of 2003, and on March 30, 2004, officials from the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) and the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) interviewed Mr. Khadr at the prison at Guantánamo Bay. All of the interviews were monitored and recorded by United States officials. As noted by Justice O'Reilly at paragraph 17 of his reasons, at the time of the last of these interviews on March 30, 2004, Mr. Khadr was "a 17-year-old minor, who was being detained without legal representation, with no access to his family and with no Canadian consular assistance".

[17] The interviews were held for the purpose of gathering intelligence and not for the purpose of gathering evidence to assist the United States in its prosecution of Mr. Khadr (see *Khadr v. Canada*, 2005 FC 1076, [2006] 2 F.C.R. 505, at paragraphs 23 and 24; and *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 807, 59 C.R. (6th) 284, at paragraph 73). However, the fruits of the interviews were shared with the United States officials, and no request was made to limit their use of that information.

[14] Malgré les démarches diplomatiques entreprises par le Canada au nom de M. Khadr, les États-Unis ont incarcéré ce dernier à la base navale américaine de la baie de Guantánamo en octobre 2002, alors qu'il avait 16 ans. Il s'y trouve depuis. En dépit de son jeune âge, M. Khadr a été détenu seul ou avec des adultes et il n'a jamais été placé dans l'aile de la prison qui avait auparavant servi à la détention des mineurs. À la fin de mars 2004, M. Khadr n'avait pas encore été autorisé à communiquer avec sa famille. On ne sait pas avec certitude si on lui a permis par la suite de communiquer avec sa famille, ni à quel moment, si tel est le cas. M. Khadr n'a pu consulter un avocat qu'à partir de novembre 2004.

[15] M. Khadr attend de subir son procès devant une commission militaire ou un tribunal fédéral des États-Unis. Il fait face à plusieurs accusations graves, dont celle de meurtre. Le procès a été retardé. L'avocat de M. Khadr ignore si le procès reprendra ou quand il reprendra.

[16] En février et en septembre 2003, de même que le 30 mars 2004, des représentants du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) et du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (le MAECI) ont interrogé M. Khadr à la prison de la baie de Guantánamo. Tous les entretiens ont été surveillés et enregistrés par les autorités américaines. Ainsi que le juge O'Reilly le signale au paragraphe 17 de ses motifs, lors du dernier de ces entretiens, le 30 mars 2004, M. Khadr « était un mineur âgé de 17 ans, qui était gardé en détention mais qui n'était pas représenté par un avocat, qui n'avait pas accès à sa famille et qui ne bénéficiait pas de l'aide consulaire du Canada ».

[17] Ces entretiens visaient à recueillir des renseignements et non à rassembler des éléments de preuve pour aider les autorités américaines lors des poursuites contre M. Khadr (*Khadr c. Canada*, 2005 CF 1076, [2006] 2 R.C.F. 505, aux paragraphes 23 et 24; et *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 807, au paragraphe 73). Les renseignements recueillis lors de ces entretiens ont cependant été relayés aux autorités américaines, et aucune demande n'a été faite en vue de restreindre l'utilisation que celles-ci pouvaient en faire.

[18] The record contains reports of the interviews prepared by Canadian officials. Except for the report of the interview of March 30, 2004, the reports are heavily redacted. It is not possible to determine whether any of the information that Canadian officials obtained from Mr. Khadr would be of assistance to the United States prosecution.

[19] In *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125 (*Khadr* 2008), the Supreme Court of Canada made the following comments about the legal regime governing Mr. Khadr's detention and trial, between 2002 and 2004 (at paragraphs 21–24):

The United States Supreme Court has considered the legality of the conditions under which the Guantanamo detainees were detained and liable to prosecution during the time Canadian officials interviewed Mr. Khadr and gave the information to U.S. authorities, between 2002 and 2004. With the benefit of a full factual record, the United States Supreme Court held that the detainees had illegally been denied access to *habeas corpus* and that the procedures under which they were to be prosecuted violated the *Geneva Conventions*. Those holdings are based on principles consistent with the *Charter* and Canada's international law obligations. In the present appeal, this is sufficient to establish violations of these international law obligations, to which Canada subscribes.

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

At the time he was interviewed by CSIS officials, Mr. Khadr also faced the possibility of trial by military commission pursuant to Military Commission Order No. 1. In *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006), the United States Supreme Court considered the legality of this Order. The court held that by significantly departing from established military justice procedure without a showing of military exigency, the procedural rules for military commissions violated both the Uniform Code of Military Justice (10 U.S.C. § 836) and Common Article

[18] On trouve au dossier des comptes rendus des entretiens des autorités canadiennes avec M. Khadr. À l'exception du compte rendu de l'entretien du 30 mars 2004, les comptes rendus sont considérablement expurgés. Il est impossible de savoir si les renseignements que les représentants canadiens ont obtenus de M. Khadr seraient utiles aux poursuivants américains.

[19] Dans l'arrêt *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125 (*Khadr* 2008), la Cour suprême du Canada a tenu les propos suivants au sujet du régime légal auquel la détention et le procès de M. Khadr étaient assujettis entre 2002 et 2004 (aux paragraphes 21 à 24) :

La Cour suprême des États-Unis s'est penchée sur la légalité des conditions de détention et de mise en accusation qui avaient cours à Guantanamo lorsque les responsables canadiens ont interrogé M. Khadr puis relayé l'information aux autorités américaines, entre 2002 et 2004. Disposant d'un dossier factuel complet, elle a statué que les détenus avaient été illégalement privés du recours à l'*habeas corpus* et que la procédure en vertu de laquelle ils étaient poursuivis contrevenait aux *Conventions de Genève*. Ces conclusions se fondent sur des principes compatibles avec la *Charte* et les obligations du Canada en droit international, ce qui permet en l'espèce d'établir le manquement à ces dernières obligations.

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

Au moment où il a été interrogé par les agents du SCRS, M. Khadr risquait également un procès devant une commission militaire suivant le décret n° 1 sur les commissions militaires. Dans l'affaire *Hamdan c. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006), la Cour suprême des États-Unis a examiné la légalité de ce décret. Elle a conclu que parce qu'elles tranchaient avec la procédure judiciaire militaire établie et que l'existence d'une urgence militaire n'avait pas été démontrée, les règles de procédure des commissions militaires contrevenaient au code uni-



3 of the *Geneva Conventions*. Different members of the majority of the United States Supreme Court focused on different deviations from the *Geneva Conventions* and the Uniform Code of Military Justice. But the majority was unanimous in holding that, in the circumstances, the deviations were sufficiently significant to deprive the military commissions of the status of “a regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples”, as required by Common Article 3 of the *Geneva Conventions*.

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

[20] In addition to these issues about the lawfulness of the regime governing Mr. Khadr’s detention and trial, Mr. Khadr alleges that he has been subjected to various kinds of torture during his detention. The affidavit of his United States counsel, LCdr Kuebler, provides support for those allegations. Justice O’Reilly did not consider it necessary to determine whether all of Mr. Khadr’s allegations of torture were true. However, he noted that it was uncontested that on March 30, 2004, when Canadian officials interviewed Mr. Khadr at the Guantánamo Bay prison, they were aware that he had been subjected to a particular form of sleep deprivation known as the “frequent flyer program”. According to the report of that interview prepared by a DFAIT official on April 24, 2004, the purpose of that particular form of mistreatment was to make Mr. Khadr “more amenable and willing to talk”. That report describes the mistreatment of Mr. Khadr in the present tense, from which it is reasonable to infer that it began at some point before the March 30, 2004 interview and was continuing as of that date.

[21] Shortly before the March 30, 2004 interview, an action was commenced in the Federal Court on behalf of Mr. Khadr alleging a number of breaches of Mr. Khadr’s rights under the Charter. In that action, which is pending, Mr. Khadr is seeking an award of damages and an injunction against further interrogation by Canadian agents. The Crown’s motion to strike the statement of claim was dismissed by Justice von Finckenstein (*Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1394, 245 D.L.R. (4th) 556).

forme de justice militaire (*Uniform Code of Military Justice*, 10 U.S.C. § 836) et à l’art. 3 des dispositions générales des *Conventions de Genève*. Les différents juges majoritaires se sont attachés à des entorses différentes au code et aux *Conventions de Genève*, mais tous ont convenu que, dans les circonstances, les écarts étaient suffisamment importants pour qu’une commission militaire ne soit plus « un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés » au sens de l’art. 3 des dispositions générales des *Conventions de Genève*.

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

[20] En plus de ces questions sur la légalité du régime régissant sa détention et son procès, M. Khadr affirme qu’il a fait l’objet de divers types de tortures au cours de sa détention. Dans son affidavit, son avocat américain, le Capc Kuebler, appuie ces allégations. Le juge O’Reilly n’a pas estimé nécessaire de déterminer si toutes les allégations de torture de M. Khadr étaient véridiques. Il a toutefois fait observer qu’il était incontestable que, le 30 mars 2004, lorsque des représentants canadiens ont interrogé M. Khadr à la prison de la baie de Guantánamo, ils savaient que M. Khadr avait été soumis à une méthode particulière de privation de sommeil connue sous le nom de « programme grand voyageur ». Suivant le compte rendu de cet entretien préparé par un fonctionnaire du MAECI le 24 avril 2004, cette procédure visait à [TRADUCTION] « le rendre plus docile et disposé à parler ». Le rapport parle des mauvais traitements infligés à M. Khadr au présent, de sorte qu’on peut raisonnablement en conclure qu’ils ont commencé avant l’entretien du 30 mars 2004 et qu’ils se poursuivaient à cette date.

[21] Peu de temps avant l’entretien du 30 mars 2004, une action a été introduite devant la Cour fédérale au nom de M. Khadr, au motif que ce dernier avait fait l’objet de plusieurs violations des droits qui lui étaient garantis par la Charte. Dans cette action, qui est en instance, M. Khadr réclame des dommages-intérêts et une injonction interdisant tout autre interrogatoire par des représentants canadiens. La Couronne a été déboutée de sa requête en radiation de la déclaration par le juge von Finckenstein (*Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1394).

[22] On August 8, 2005, Justice von Finckenstein granted the motion of Mr. Khadr for an interlocutory injunction against further interviews with Mr. Khadr until the conclusion of the trial of his action for damages (*Khadr v. Canada*, 2005 FC 1076). An exception was made for consular visits. By a further order dated October 17, 2005, that exception was clarified to permit “welfare visits”, defined as meetings between Mr. Khadr and officials of DFAIT who are not involved in security matters as part of their regular duties, for the purpose of observing Mr. Khadr, listening to his impressions about his confinement and treatment, gaining an impression of his apparent health status, and inquiring about his ability to carry out religious observances. That order required that a report of each welfare visit be provided to Mr. Khadr’s counsel within 30 days of the visit. Welfare visits occurred in March of 2005, December of 2005, July of 2006, June, August and November of 2007, and monthly from February to June of 2008.

[23] On March 31, 2004, an application for judicial review was commenced in the Federal Court on behalf of Mr. Khadr seeking, among other things, an order requiring DFAIT to provide consular services to Mr. Khadr. The Crown moved to strike the application. Justice von Finckenstein struck the portion of the application that duplicated the relief sought in Mr. Khadr’s action, but permitted the remainder of the application to continue because he concluded that Mr. Khadr had an arguable case (*Khadr v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2004 FC 1145, 123 C.R.R. (2d) 7). The Crown appealed that decision but discontinued the appeal in March of 2005. Mr. Khadr discontinued his application in February of 2009.

[24] Between June of 2004 and April of 2006, Canadian officials sent further diplomatic notes to the United States. Those diplomatic notes may be summarized as follows:

[22] Le 8 août 2005, le juge von Finckenstein a fait droit à la requête présentée par M. Khadr en vue d’obtenir une injonction interlocutoire interdisant tout nouvel interrogatoire jusqu’à ce qu’il soit statué sur son action en dommages-intérêts (*Khadr c. Canada*, 2005 CF 1076). Une exception a été prévue dans le cas des visites consulaires. Aux termes d’une autre ordonnance prononcée le 17 octobre 2005, cette exception a été clarifiée pour permettre des visites visant à s’assurer du bien-être de M. Khadr, c’est-à-dire pour permettre à des fonctionnaires du MAECI qui ne s’occupent pas de questions de sécurité lors de leurs fonctions habituelles de se rendre auprès de M. Khadr dans le but de l’observer, de recueillir ses impressions sur son incarcération et sur ses conditions de détention, pour se faire une idée de son état de santé et pour savoir s’il est en mesure de s’acquitter de ses obligations religieuses. Cette ordonnance exigeait qu’un compte rendu de chacune de ces visites soit communiqué à l’avocat de M. Khadr dans les 30 jours suivant la visite. De telles visites ont eu lieu en mars et décembre 2005, en juillet 2006, ainsi qu’en juin, août et novembre 2007, et chaque mois de février à juin 2008.

[23] Le 31 mars 2004, la Cour fédérale a été saisie d’une demande de contrôle judiciaire réclamant notamment, au nom de M. Khadr, une ordonnance enjoignant au MAECI d’assurer des services consulaires à M. Khadr. La Couronne a présenté une requête en radiation de la demande. Le juge von Finckenstein a radié la partie de la demande qui faisait double emploi avec les réparations sollicitées dans l’action de M. Khadr, mais a permis au reste de la demande de suivre son cours, estimant que la demande révélait une cause possible d’action (*Khadr c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2004 CF 1145). La Couronne a interjeté appel de cette décision mais s’est désistée de son appel en mars 2005. M. Khadr a abandonné sa demande en février 2009.

[24] Entre juin 2004 et avril 2006, les autorités canadiennes ont fait parvenir aux autorités américaines d’autres notes diplomatiques qu’on peut résumer comme suit :

## Diplomatic note June 7, 2004

General request for assurances that the treatment of detainees at the prison at Guantánamo Bay is in accordance with international humanitarian law and human rights law.

## Diplomatic note July 9, 2004

Request for assurances that Mr. Khadr would be provided in the near future with a judicial review of his detention by a regularly constituted court affording all judicial guarantees in accordance with due process and international law, and repeating the request that Mr. Khadr be provided with the option of returning to Canada if he is released.

## Diplomatic note January 13, 2005

Repetition of the request that Canadian officials be permitted access to Mr. Khadr to confirm his well-being, that he be provided with an independent medical assessment, and that his most recent medical reports be released to his family.

Expression of concern that Mr. Khadr was not getting adequate legal representation because the procedures governing access and information-sharing prevented his Canadian counsel from getting access to him, and from being fully briefed by his United States counsel.

## Diplomatic note February 11, 2005

Expression of concern about Mr. Khadr's allegations of mistreatment, and a request that Canadian officials be given access to Mr. Khadr to verify his welfare, and that Mr. Khadr be given an independent medical assessment, to be shared with Canada and Mr. Khadr's legal counsel.

Request for formal assurances that the death penalty will not be applied to Mr. Khadr, and reminding the United

## Note diplomatique 7 juin 2004

Demande générale d'assurances que les détenus de la prison de la baie de Guantánamo sont traités conformément au droit humanitaire international et au droit international des droits de l'homme.

## Note diplomatique 9 juillet 2004

Demande d'assurances que M. Khadr puisse, dans un avenir rapproché, 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, et réitération de la demande qu'on offre à M. Khadr le choix de revenir au Canada s'il est mis en liberté.

## Note diplomatique 13 janvier 2005

Réitération de la demande que les autorités canadiennes soient autorisées à se rendre auprès de M. Khadr pour s'assurer de son bien-être, que M. Khadr fasse l'objet d'une évaluation médicale indépendante et que ses rapports médicaux les plus récents soient communiqués à sa famille.

Expression de la crainte qu'on n'assurait pas à M. Khadr une représentation en justice appropriée, étant donné que la procédure régissant le droit de visite et la communication de renseignements empêchait son avocat canadien d'entrer en contact avec lui et d'être mis au courant de l'ensemble de sa situation par son avocat américain.

## Note diplomatique 11 février 2005

Préoccupations exprimées au sujet des allégations de mauvais traitements de M. Khadr, et demande que des représentants canadiens soient autorisés à se rendre auprès de M. Khadr pour s'assurer de son bien-être, et demande que M. Khadr fasse l'objet d'une évaluation médicale indépendante et que les résultats de cette évaluation soient communiqués au Canada et à l'avocat de M. Khadr.

Demande d'assurances formelles que la peine de mort ne sera pas appliquée dans le cas de M. Khadr, et rappel

States that he was only 15 years of age when first detained.

Diplomatic note July 12, 2005

Request for medical report and for permission for a medical visit by a Canadian physician, and for permission for him to speak to his family by telephone.

Diplomatic note November 10, 2005

Acknowledgement of communication from United States authorities that the evidence currently available does not support the death penalty, noting that this stops short of the unequivocal assurances that Canada has repeatedly sought that, given Mr. Khadr's status as a minor at the time of the alleged offence, the prosecution will not seek the death penalty and Mr. Khadr will not be subject to a capital sentence by the Military Commission.

Further request that Mr. Khadr be given the opportunity to respond in full to the allegations against him with a process that safeguards the right of due process to which he is entitled, including independent judicial oversight of the Military Commission, recognition of his status as a minor at the time of the alleged offence, choice of counsel, and a clear distinction between the prosecutorial and judicial roles.

Request for immediate welfare access to Mr. Khadr, consistent with Article 36 of the *Vienna Convention on Consular Relations* [April 24, 1963, [1974] Can. T.S. No. 25].

Statement of Canada's intention to attend as far as possible the proceedings against Mr. Khadr as observers, and request for permission that other independent observers be permitted to attend, and that Canada receive timely notice of hearings.

aux États-Unis que M. Khadr n'avait que 15 ans lorsqu'il a été détenu pour la première fois.

Note diplomatique 12 juillet 2005

Demande de rapport médical et d'autorisation de visite médicale par un médecin canadien et demande que M. Khadr soit autorisé à parler aux membres de sa famille au téléphone.

Note diplomatique 10 novembre 2005

Accusé de réception de renseignements donnés par les autorités américaines, selon lesquelles les éléments de preuve jusqu'ici recueillis ne justifient pas la peine de mort, et remarque que les autorités américaines n'avaient pas donné les assurances catégoriques réclamées à plusieurs reprises par le Canada que, comme M. Khadr était un mineur à l'époque de l'infraction reprochée, la poursuite ne réclamera pas la peine de mort et que M. Khadr ne sera pas non plus condamné à la peine capitale par la commission militaire.

Nouvelle demande que M. Khadr se voit accorder la possibilité de répondre pleinement aux accusations portées contre lui dans le cours d'une procédure lui garantissant son droit à une procédure régulière, y compris un contrôle judiciaire indépendant de la commission militaire, la reconnaissance du fait qu'il était mineur au moment de l'infraction reprochée, l'avocat de son choix, et une nette distinction entre le rôle du poursuivant et celui du juge.

Demande de permettre à des représentants de se rendre sans délai auprès de M. Khadr en vue de s'assurer de son bien-être en vertu de l'article 36 de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires* [24 avril 1963, [1974] R.T. Can. n° 25].

Déclaration de l'intention du Canada de participer dans la mesure du possible aux instances engagées contre M. Khadr en tant qu'observateur, et demande que d'autres observateurs impartiaux soient autorisés à y assister et que le Canada soit avisé en temps utile de la tenue des audiences.

## Diplomatic note April 17, 2006

Further requests for an independent medical assessment, and for assurances that Mr. Khadr will be permitted access to counsel of his choice, including Canadian counsel, without delay.

[25] On January 3, 2006, Mr. Khadr commenced an application in the Federal Court for judicial review of the decision of the Minister of Justice not to respond to Mr. Khadr's request for disclosure of all the information in the Crown's possession that might be relevant to the United States charges pending against him. This Court ordered disclosure on the basis of the standard in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, subject to a review of the documents by a Federal Court judge pursuant to section 38 [sections 38 to 38.16 inclusive (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141)] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (*Khadr v. Canada (Minister of Justice)*, 2007 FCA 182, [2008] 1 F.C.R. 270). The Crown appealed to the Supreme Court of Canada, which allowed the appeal in part (*Khadr* 2008, cited above). The Court agreed that Mr. Khadr was entitled to disclosure, but of a narrower scope than ordered by this Court. Disclosure was ordered of "(i) records of the interviews conducted by Canadian officials with Mr. Khadr, or (ii) records of information given to U.S. authorities as a direct consequence of Canada's having interviewed Mr. Khadr" (*Khadr* 2008, at paragraph 40).

[26] The general principle established by *Khadr* 2008 is that the Charter applies to constrain the conduct of Canadian authorities when they participate in a foreign legal process that is contrary to Canada's international human rights obligations (see also *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292). In addition, a number of specific determinations made in *Khadr* 2008 are applicable to this case. Those determinations are discussed later in these reasons.

[27] In *Khadr* 2008, the Supreme Court of Canada expressly declined to determine whether Canadian officials

## Note diplomatique 17 avril 2006

Nouvelle demande d'évaluation médicale indépendante et d'assurances que M. Khadr ait accès sans délai à l'avocat de son choix, y compris un avocat canadien.

[25] Le 3 janvier 2006, M. Khadr a introduit devant la Cour fédérale une instance en contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Justice de ne pas donner suite à la demande par laquelle M. Khadr réclamait qu'on lui communique tous les renseignements se trouvant en la possession de la Couronne qui pouvaient avoir trait aux accusations portées contre lui aux États-Unis. Notre Cour a ordonné la communication de ces documents suivant la norme énoncée dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, sous réserve de leur examen par un juge de la Cour fédérale conformément à l'article 38 [articles 38 à 38.16 inclusivement (édictees par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141)] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (*Khadr c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2007 CAF 182, [2008] 1 R.C.F. 270). La Couronne a interjeté appel de cette décision devant la Cour suprême du Canada, qui a accueilli l'appel en partie (*Khadr* 2008, précité). La Cour a convenu que M. Khadr avait droit à la communication de ces documents, mais elle en a limité la portée par rapport à celle qu'avait définie notre Cour. La Cour a ordonné la communication des documents « (i) [qui] se rapportent aux entretiens des responsables canadiens avec M. Khadr ou (ii) [qui] constituent des renseignements dont la communication aux autorités américaines découle directement du fait que le Canada a interrogé M. Khadr » (arrêt *Khadr* 2008, au paragraphe 40).

[26] Le principe général établi par l'arrêt *Khadr* 2008 est que la Charte régit la conduite des autorités canadiennes lorsqu'elles participent à une procédure juridique étrangère qui est contraire aux obligations internationales du Canada en matière de droits de l'homme (voir également l'arrêt *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292). Par ailleurs, plusieurs des conclusions précises tirées dans l'arrêt *Khadr* 2008 s'appliquent au cas qui nous occupe. Nous y reviendrons plus loin.

[27] Dans l'arrêt *Khadr* 2008, la Cour suprême du Canada a expressément refusé de se prononcer sur la

breached Mr. Khadr's rights under section 7 of the Charter when they interviewed Mr. Khadr and gave the fruits of the interviews to United States authorities because they did not consider it necessary to do so. *Khadr* 2008 dealt only with an application for disclosure of information.

[28] On June 25, 2008, Justice Mosley conducted a review of the documents pursuant to section 38 [and following] of the *Canada Evidence Act* (*Khadr v. Canada* (*Attorney General*), 2008 FC 807). His review led him to make the following comments that are pertinent to this appeal (at paragraphs 72–74, 85–89):

As is now well known, in February 2003 three CSIS officials and one officer of the DFAIT Foreign Intelligence Division were authorized by the US Department of Defence to visit Guantánamo Bay. They interviewed Mr. Khadr over four days; February 13–16, 2003. CSIS and DFAIT officials subsequently returned to Guantánamo to interview the applicant in September 2003. A DFAIT official went again in March 2004. The purpose of these visits was primarily to collect intelligence information. The interview notes and reports prepared by the Canadian officials were shared with the RCMP. US agencies were subsequently provided with edited versions of those reports.

Questions have arisen in these proceedings as to whether the visits had a law enforcement aspect, about which there is some dispute between the Attorney General and Mr. Khadr's counsel. The former Deputy Director of Operations for CSIS was cross-examined on the point in the course of earlier proceedings. From what I have seen, it appears clear that the interviews were not conducted for the purpose of assisting the US authorities with their case against Mr. Khadr or for building a case against him in Canada. I note that no law enforcement personnel were authorized to attend at that time. The information collected during the interviews was provided to the RCMP for intelligence purposes. However, it is equally clear that the US authorities were interested in having Canada consider whether Khadr could be prosecuted here and provided details about the evidence against him to Canadian officials for that purpose. Nonetheless, the interviews by Canadian officials were conducted for intelligence collection and not evidence gathering.

question de savoir si les autorités canadiennes avaient porté atteinte aux droits de M. Khadr garantis à l'article 7 de la Charte en l'interrogeant et en relayant aux autorités américaines les renseignements recueillis, parce qu'elle n'a pas jugé nécessaire de trancher cette question. L'affaire *Khadr* 2008 portait uniquement sur une demande de communication de renseignements.

[28] Le 25 juin 2008, le juge Mosley a procédé à l'examen des documents conformément à l'article 38 [et suivants] de la *Loi sur la preuve au Canada* (*Khadr c. Canada* (*Procureur général*), 2008 CF 807). Son examen l'a conduit à formuler les observations suivantes (aux paragraphes 72 à 74 et 85 à 89), qui s'appliquent au présent appel :

Comme on le sait bien maintenant, en février 2003, trois responsables du SCRS et un agent de la Direction du renseignement extérieur du MAECI ont été autorisés par le département de la Défense des États-Unis à visiter Guantanamo. Ils se sont entretenus avec M. Khadr pendant quatre jours : du 13 au 16 février 2003. Des responsables du SCRS et du MAECI sont ensuite retournés à Guantanamo pour s'entretenir avec le demandeur en septembre 2003. Un responsable du MAECI s'y est à nouveau rendu en mars 2004. Ces visites avaient principalement pour objet la cueillette de renseignements. Les notes et les rapports d'entretien préparés par les responsables canadiens ont été partagés avec la GRC. Des versions révisées de ces rapports ont par la suite été fournies à des organismes américains.

Des questions ont été soulevées dans la présente instance quant à savoir si les visites visaient notamment l'application de la loi, ce qui fait l'objet d'un certain désaccord entre le procureur général et les avocats de M. Khadr. L'ancien directeur adjoint des opérations du SCRS a été contre-interrogé à ce sujet dans une instance antérieure. D'après ce que j'ai vu, les entretiens n'ont clairement pas été menés pour aider les autorités américaines à monter leur dossier contre M. Khadr ni pour monter un dossier contre lui au Canada. Je note qu'aucun agent d'application de la loi n'a été autorisé à assister aux entretiens à cette époque. Les renseignements recueillis lors des entretiens ont été fournis à la GRC à des fins de renseignement. Cependant, il est tout aussi clair que les autorités américaines étaient intéressées à ce que le Canada examine la question de savoir si M. Khadr pourrait être poursuivi ici et qu'elles ont fourni à cette fin à des responsables canadiens des détails concernant les éléments de preuve contre lui. Néanmoins, les entretiens menés par les responsables canadiens l'ont été dans le but de recueillir des renseignements et non des éléments de preuve.

The interviews were monitored by US officials on each occasion the Canadian officials visited Guantánamo. An audio and video record was made of the February 2003 interviews. It is not clear in which format they were originally recorded but they are described as videotapes. CSIS was subsequently provided with copies of the February videotapes. Copies were filed with the Court as exhibits in DVD format. The evidence before me was that Canadian officials do not have copies of any recordings that may have been made of the September 2003 or March 2004 interviews.

...

The report of the March, 2004 visit to Guantánamo prepared by the DFAIT official who went on that occasion is included in the collection as document 168. The version served on the applicant is almost entirely unredacted. The respondent seeks to protect a paragraph on page 2 of the report as it contains information provided in confidence by a member of the US military regarding steps taken by the Guantánamo authorities to prepare the applicant for the Canadian visit. There is also a side comment by the DFAIT official that the Attorney General wishes to protect as potentially harmful to Canada-US relations.

As indicated in a recently published report of the Office of the Inspector General of the U.S. Department of Justice, during the period in question detainees at Guantánamo were subjected to a number of harsh interrogation techniques that would not have been permissible under American law for law enforcement purposes and have since been prohibited for use by the military.

Canada's international human rights obligations include the *United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Can. T.S. 1987 No. 36, ("UNCAT"), to which the US is also a signatory. The application of this Convention to specific types of interrogation practices employed by military forces against detainees was discussed by the Supreme Court of Israel in *Public Committee against Torture in Israel v. Israel* 38 I.L.M. 1471 (1999). The practice of using these techniques to lessen resistance to interrogation was found to constitute cruel and inhuman treatment within the meaning of the Convention.

The practice described to the Canadian official in March 2004 was, in my view, a breach of international human rights law respecting the treatment of detainees under UNCAT and the 1949 Geneva Conventions. Canada became implicated in

À chacune des visites de responsables canadiens à Guantánamo, des responsables américains ont surveillé les entretiens. Un enregistrement audio et vidéo des entretiens de février 2003 a été réalisé. On ne sait pas sous quel format ces enregistrements ont initialement été réalisés, mais on les a décrits comme étant des cassettes vidéo. Le SCRS a obtenu par la suite des copies des cassettes vidéo enregistrées en février. Des copies en format DVD ont été remises à la Cour à titre de pièces. Selon la preuve qui m'a été présentée, les responsables canadiens n'ont aucune copie des enregistrements qui auraient pu être réalisés des entretiens de septembre 2003 ou de mars 2004.

[...]

Le rapport de la visite de mars 2004 à Guantanamo rédigé par le responsable du MAECI qui s'y était rendu est inclus dans la série de documents à titre de pièce 168. La version remise au demandeur est presque entièrement non expurgée. Le défendeur souhaite protéger un paragraphe à la page 2 du rapport puisqu'il contient des renseignements communiqués à titre confidentiel par un membre de l'armée américaine concernant les mesures prises par les autorités de Guantanamo pour préparer le demandeur en vue de la visite des Canadiens. Il y [sic] aussi un commentaire marginal fait par le responsable du MAECI que le procureur général souhaite protéger parce qu'il risquerait de nuire aux relations canado-américaines.

Comme l'indiquait récemment un rapport du bureau de l'inspecteur général du département de la Justice des États-Unis, au cours de la période en question, les détenus à Guantanamo étaient soumis à plusieurs techniques d'interrogatoire musclées qui n'auraient pas été admises en droit américain à des fins d'application de la loi et dont l'emploi par l'armée a depuis été interdit.

Les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne comprennent le respect de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, R.T. Can 1987 n° 36, dont les États-Unis sont également signataires. La Cour suprême d'Israël a examiné l'application de cette convention à certaines pratiques précises d'interrogatoire employées par des forces armées contre des détenus dans l'arrêt *Public Committee against Torture in Israel c. Israel*, 38 I.L.M. 1471 (1999), et a estimé que la pratique consistant à recourir à ces techniques pour affaiblir la résistance à l'interrogatoire constituait un traitement cruel et inhumain au sens de la Convention.

La pratique décrite au responsable canadien en mars 2004 constituait, à mon avis, une violation du droit international en matière de droits de la personne relativement au traitement de détenus en vertu de la Convention susmentionnée et des Con-

the violation when the DFAIT official was provided with the redacted information and chose to proceed with the interview.

Canada cannot now object to the disclosure of this information. The information is relevant to the applicant's complaints of mistreatment while in detention. While it may cause some harm to Canada-US relations, that effect will be minimized by the fact that the use of such interrogation techniques by the US military at Guantánamo is now a matter of public record and debate. In any event, I am satisfied that the public interest in disclosure of this information outweighs the public interest in non-disclosure.

[29] On May 13, 2009, Justice Mosley granted Mr. Khadr leave to amend the statement of claim in his action for damages to seek relief for a breach of section 12 of the Charter, based on the evidence that when he was interviewed by Canadian officials, they were aware that he had been subjected to sleep deprivation in preparation for the interview (*Khadr v. Canada*, 2009 FC 497, at paragraph 14).

[30] The laws of the United States governing the detention and trial of Mr. Khadr have changed since 2004 because of the decisions of the United States Supreme Court in *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004) and *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006). In response to those decisions, the *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 was enacted. It appears that under the current legal regime, Mr. Khadr has certain legal rights initially denied to him, including the right to bring an application for *habeas corpus* in the United States federal courts. Such an application was commenced on Mr. Khadr's behalf, but the proceedings have been stayed.

[31] It is not clear whether evidence of statements made by Mr. Khadr as a result of his interrogation by United States officials and others would be admissible at his trial before a United States military commission. It would appear that a military judge may admit a statement where the degree of coercion is disputed, but only if "the totality of the circumstances renders the statement reliable and possessing sufficient probative value" and "the interests

ventions de Genève de 1949. Le Canada est devenu partie à la violation lorsque le responsable du MAECI a obtenu les renseignements expurgés et a choisi de procéder à l'entretien.

Le Canada ne peut pas s'opposer maintenant à la communication de ces renseignements. Ils sont pertinents quant aux plaintes de mauvais traitement du demandeur durant sa détention. Bien que cela soit susceptible de causer un certain préjudice aux relations canado-américaines, cet effet sera minimisé par le fait que le recours à de telles techniques d'interrogatoire par l'armée américaine à Guantanamo est maintenant notoire et débattu sur la place publique. En tout état de cause, je suis convaincu que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation de ces renseignements l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient leur non-divulgation.

[29] Le 13 mai 2009, le juge Mosley a autorisé M. Khadr à modifier la déclaration de son action en dommages-intérêts pour solliciter une réparation pour atteinte à l'article 12 de la Charte, sur le fondement d'éléments de preuve qui démontrent que, lorsqu'ils l'ont interrogé, les représentants canadiens étaient au courant qu'il avait été privé de sommeil pour le préparer pour son entretien (*Khadr c. Canada*, 2009 CF 497, au paragraphe 14).

[30] Les règles de droit qui régissent aux États-Unis la détention et le procès de M. Khadr ont été modifiées depuis 2004 dans la foulée des arrêts rendus par la Cour suprême des États-Unis dans les affaires *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004) et *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006). En réponse à ces décisions, la loi intitulée *Military Commissions Act of 2006* (Loi de 2006 sur les commissions militaires), Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600, a été adoptée. Il semble que, suivant le régime juridique actuel, M. Khadr possède certains droits qui lui avaient d'abord été refusés, y compris le droit de saisir les tribunaux fédéraux américains de requêtes en *habeas corpus*. Une requête en ce sens a été introduite au nom de M. Khadr, mais la procédure a été suspendue.

[31] On ne sait pas avec certitude si les déclarations faites par M. Khadr par suite de son interrogatoire par des représentants américains ou par d'autres personnes seraient admissibles lors de son procès devant une commission militaire américaine. Il semblerait que le juge militaire peut admettre une déclaration lorsqu'il y a un débat au sujet du degré de coercition, mais seulement lorsque [TRADUCTION] « la déclaration est fiable et pos-



of justice would best be served by admission of the statement into evidence” (§ 948r(c) of the *Military Commissions Act of 2006*, quoted at paragraph 48 of the affidavit of LCdr Kuebler).

### The Current Litigation

[32] On August 8, 2008, Mr. Khadr filed in the Federal Court the application for judicial review that resulted in this appeal. He was seeking to challenge the Crown’s decision and policy not to request his repatriation. His application was granted by Justice O’Reilly, who found that Canadian officials had breached Mr. Khadr’s rights under section 7 of the Charter and ordered, as a remedy under subsection 24(1) of the Charter, that Canada request the United States to return Mr. Khadr to Canada as soon as practicable. The Crown has appealed that order.

### Discussion

#### Preliminary points

[33] Two preliminary observations are required to put this appeal into context.

[34] First, the legal issues raised in this case are narrow and the facts are highly unusual. Justice O’Reilly did not decide that Canada is obliged to request the repatriation of any Canadian citizen detained abroad. He did not decide that Canada is obliged to request Mr. Khadr’s repatriation because the conditions of his imprisonment breach international human rights norms. He did not decide that Canada must provide a remedy for anything done by the United States. These issues do not arise in this case and it would not be appropriate for this Court to express any opinion on them.

[35] Justice O’Reilly focussed on specific conduct of Canadian officials, namely their interviewing Mr. Khadr

sède une valeur probante suffisante, vu l’ensemble des faits » et que [TRADUCTION] « l’intérêt de la justice commande l’admission en preuve des déclarations » (§ 948r(c) de la *Military Commissions Act of 2006*, cité au paragraphe 48 de l’affidavit du Capc Kuebler).

### L’instance en cours

[32] Le 8 août 2008, M. Khadr a déposé devant la Cour fédérale la demande de contrôle judiciaire qui est à l’origine du présent appel. Il cherchait à contester la décision et la politique par lesquelles la Couronne refusait de demander son rapatriement. Sa demande a été accueillie par le juge O’Reilly, qui a conclu que les autorités canadiennes avaient porté atteinte aux droits garantis à M. Khadr par l’article 7 de la Charte et qui a ordonné, à titre de réparation accordée en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte, que le Canada demande aux États-Unis de retourner M. Khadr au Canada aussi tôt que possible. La Couronne a interjeté appel de ce jugement.

### Analyse

#### Questions préliminaires

[33] Il y a lieu de formuler deux observations préliminaires pour situer le présent appel dans son contexte.

[34] En premier lieu, les questions de droit qui sont soulevées dans la présente affaire ont une portée étroite et les faits sont fort inusités. Le juge O’Reilly n’a pas décidé que le Canada est obligé de demander le rapatriement de tout citoyen canadien détenu à l’étranger. Il n’a pas décidé que le Canada avait l’obligation de réclamer le rapatriement de M. Khadr parce que les conditions de son incarcération contreviennent aux normes internationales en matière de droits de l’homme. Il n’a pas décidé que le Canada devait accorder une réparation pour quoi que ce soit qui a été fait par les États-Unis. Ces questions ne se posent pas en l’espèce et il ne conviendrait pas que notre Cour exprime son avis à leur égard.

[35] Le juge O’Reilly s’est surtout penché sur certains actes des représentants canadiens, en l’occurrence les

at the prison at Guantánamo Bay for the purpose of obtaining information from him, and giving the fruits of those interviews to United States authorities without attempting to control their use of that information. That was potentially detrimental to Mr. Khadr's liberty and personal security and, most importantly, it occurred at a time when Canadian officials knew that Mr. Khadr was an imprisoned minor without the benefit of consular assistance, legal counsel, or contact with his family, who had been subjected to abusive sleep deprivation techniques in order to induce him to talk. The issue before this Court is whether Justice O'Reilly erred in law in finding that conduct of Canadian officials, in those circumstances, to be a breach of Mr. Khadr's rights under section 7 of the Charter.

[36] Second, it is not legally relevant that in both *Khadr* 2008 and in this case, the same conduct of Canadian officials was found to breach Mr. Khadr's rights under section 7 of the Charter. That is because the two cases concern two different decisions of the Canadian government affecting Mr. Khadr or more precisely, separate legal challenges to two different government decisions. An application for judicial review normally may be made in respect of only one decision (see *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 1)], rule 302).

[37] In *Khadr* 2008, Mr. Khadr was challenging the Crown's decision not to disclose certain documents. The Supreme Court of Canada intervened in that decision because of the Crown's breach of Mr. Khadr's rights under section 7 of the Charter, and as a remedy for that breach ordered the disclosure of some of the documents that Mr. Khadr sought.

[38] The disclosure of those documents provided evidence upon which Mr. Khadr could challenge the Crown's decision not to request Mr. Khadr's repatriation.

entretiens qu'ils ont eus avec M. Khadr à la prison de la baie de Guantánamo dans le but de recueillir des renseignements, et le fait qu'ils ont relayé le fruit de ces entretiens aux autorités américaines sans tenter de limiter l'usage que ces dernières feraient de ces renseignements. En agissant ainsi, les responsables canadiens étaient susceptibles de porter atteinte au droit de M. Khadr à la liberté et à la sécurité de sa personne et, surtout, ils ont accompli ces actes à un moment où ils savaient que M. Khadr était un mineur gardé en détention qui ne bénéficiait d'aucune aide consulaire, qui n'était pas représenté par un avocat, qui n'avait pas accès à sa famille et qui avait été soumis à des méthodes abusives de privation de sommeil visant à l'inciter à parler. La question à laquelle la Cour est appelée à répondre en l'espèce est celle de savoir si le juge O'Reilly a commis une erreur de droit en concluant que, dans ces conditions, la conduite des responsables canadiens portait atteinte aux droits garantis à M. Khadr par l'article 7 de la Charte.

[36] En second lieu, le fait que, tant dans l'affaire *Khadr* 2008 que dans la présente espèce, les mêmes actes des représentants canadiens ont été considérés comme une atteinte aux droits garantis à M. Khadr par l'article 7 de la Charte n'est pas pertinent sur le plan juridique. Cette situation tient au fait que les deux affaires concernent deux décisions différentes prises par le gouvernement canadien au sujet de M. Khadr ou, plus précisément, des contestations juridiques distinctes visant deux décisions gouvernementales différentes. En principe, une demande de contrôle judiciaire ne peut porter que sur une seule décision (*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 1)], règle 302).

[37] Dans l'affaire *Khadr* 2008, M. Khadr contestait la décision de la Couronne de refuser de lui communiquer certains documents. La Cour suprême du Canada est intervenue dans cette affaire au motif que la Couronne avait porté atteinte aux droits garantis à M. Khadr par l'article 7 de la Charte et, à titre de réparation de cette atteinte, elle a ordonné la divulgation de certains des documents dont M. Khadr réclamait la communication.

[38] La communication de ces documents a fourni à M. Khadr des éléments de preuve sur lesquels s'appuyer pour contester la décision de la Couronne de ne

He did so in a new application for judicial review. Justice O'Reilly intervened in that decision essentially because of the same conduct of Canadian officials that was the subject of *Khadr* 2008, viewed in the light of the new evidence. The Crown does not allege in its notice of appeal that *Khadr* 2008 rendered the issues raised in this proceeding *res judicata*. Nor does the Crown challenge Justice O'Reilly's rejection of the Crown's argument that there was no "decision" that the Federal Court could review.

[39] The following analysis of the issues raised in this appeal begins with an outline of the constitutional and legal background, followed by a discussion of whether there was a breach of section 7 of the Charter, and if so whether the breach was justified, and if it was not whether the remedy ordered was appropriate.

#### Constitutional and legal background

[40] The decision to request the repatriation of a Canadian citizen detained in a foreign country is an aspect of the conduct of foreign affairs within the mandate of the Minister of Foreign Affairs and International Trade pursuant to section 10 [as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 7(F)] of the *Department of Foreign Affairs and International Trade Act*, R.S.C., 1985, c. E-22. That provision reads as follows:

**10.** (1) The powers, duties and functions of the Minister extend to and include all matters over which Parliament has jurisdiction, not by law assigned to any other department, board or agency of the Government of Canada, relating to the conduct of the external affairs of Canada, including international trade and commerce and international development.

(2) In exercising his powers and carrying out his duties and functions under this Act, the Minister shall

(a) conduct all diplomatic and consular relations on behalf of Canada;

(b) conduct all official communication between the Government of Canada and the government of any other country and between the Government of Canada and any international organization;

pas réclamer son rapatriement. C'est ce qu'il a fait en introduisant une nouvelle demande de contrôle judiciaire. Le juge O'Reilly est intervenu dans cette affaire essentiellement en raison des mêmes actes des représentants canadiens que ceux dont il était question dans l'affaire *Khadr* 2008, envisagés cette fois-ci à la lumière des nouveaux éléments de preuve. La Couronne ne prétend pas, dans son avis d'appel, que les questions soulevées dans la présente instance soient chose jugée en raison de l'arrêt *Khadr* 2008. Elle ne conteste pas non plus le rejet, par le juge O'Reilly, de l'argument de la Couronne suivant lequel il n'y avait pas de « décision » qui pouvait faire l'objet d'un contrôle de la part de la Cour fédérale.

[39] L'analyse qui suit des questions soulevées dans le présent appel débute par un rappel du contexte constitutionnel et juridique, suivi d'un examen de la question de savoir si l'on a porté atteinte à l'article 7 de la Charte, puis, dans l'affirmative, de la question de savoir si cette atteinte était justifiée, ou, dans le cas contraire, si la réparation qui a été accordée était convenable.

#### Le contexte constitutionnel et juridique

[40] La décision de réclamer le rapatriement d'un citoyen canadien détenu à l'étranger constitue un aspect de la conduite des affaires étrangères qui relève du mandat conféré au ministre des Affaires étrangères et du Commerce international par l'article 10 [mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 7(F)] de la *Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*, L.R.C. (1985), ch. E-22, dont voici le texte :

**10.** (1) Les pouvoirs et fonctions du ministre s'étendent d'une façon générale à tous les domaines de compétence du Parlement non attribués de droit à d'autres ministères ou organismes fédéraux et liés à la conduite des affaires extérieures du Canada, notamment en matière de commerce international et de développement international.

(2) Dans le cadre des pouvoirs et fonctions que lui confère la présente loi, le ministre :

a) dirige les relations diplomatiques et consulaires du Canada;

b) est chargé des communications officielles entre le gouvernement du Canada, d'une part, et les gouvernements étrangers ou les organisations internationales, d'autre part;

- |   |  |
|---|--|
| (c) conduct and manage international negotiations as they relate to Canada;   | c) mène les négociations internationales auxquelles le Canada participe;   |
| (d) coordinate Canada's international economic relations;   | d) coordonne les relations économiques internationales du Canada;  |
| (e) foster the expansion of Canada's international trade and commerce;  | e) stimule le commerce international du Canada;  |
| (f) have the control and supervision of the Canadian International Development Agency;                                    | f) a la tutelle de l'Agence canadienne de développement international;   |
| (g) coordinate the direction given by the Government of Canada to the heads of Canada's diplomatic and consular missions; | g) coordonne les orientations données par le gouvernement du Canada aux chefs des missions diplomatiques et consulaires du Canada; |
| (h) have the management of Canada's diplomatic and consular missions;   | h) assure la gestion des missions diplomatiques et consulaires du Canada;  |
| (i) administer the foreign service of Canada;   | i) assure la gestion du service extérieur;   |
| (j) foster the development of international law and its application in Canada's external relations; and                   | j) encourage le développement du droit international et son application aux relations extérieures du Canada;                       |
| (k) carry out such other duties and functions as are by law assigned to him.  | k) exerce tous autres pouvoirs et fonctions qui lui sont attribués de droit.   |

[41] There is no statute or regulation governing the exercise of the Minister's mandate under section 10 of the *Department of Foreign Affairs and International Trade Act* or the Minister's authority to determine whether and when to request the repatriation of a Canadian citizen detained in a foreign country.

[41] Il n'y a pas de loi ou de texte réglementaire définissant la façon dont le ministre doit s'acquitter du mandat que lui confie l'article 10 de la *Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international* ou qui précise comment le ministre doit exercer son pouvoir de décider de l'opportunité de réclamer le rapatriement d'un citoyen canadien détenu à l'étranger, ou le moment où il doit le faire.

[42] Mr. Khadr's application relies on the Charter which, as part of the Constitution of Canada, constrains the exercise of governmental authority against individuals. Mr. Khadr has alleged breaches of his rights under sections 7 and 12 of the Charter, which read as follows:

[42] La demande de M. Khadr est fondée sur la Charte, laquelle, en tant que texte faisant partie de la Constitution canadienne, impose des limites à l'exercice, par l'autorité publique, de ses pouvoirs à l'égard des particuliers. M. Khadr se plaint qu'on a porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par les articles 7 et 12 de la Charte, qui sont ainsi libellés :

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

...

[...]

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

[43] Mr. Khadr invoked the authority of the Federal Court to grant a remedy pursuant to subsection 24(1) of the Charter, which reads as follows:

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

[44] As mentioned above, Justice O'Reilly found that Canadian officials interviewed Mr. Khadr at the prison at Guantánamo Bay for the purpose of obtaining information from him, and gave the fruits of those interviews to United States authorities without attempting to control their use of that information. At that time, the Canadian officials knew the circumstances of Mr. Khadr's imprisonment. In particular, they knew that Mr. Khadr had been subjected to serious mistreatment in order to induce him to talk. Justice O'Reilly found that Mr. Khadr's rights under the Charter had been breached. As a remedy for that breach, Justice O'Reilly ordered the Crown to request the United States to return Mr. Khadr to Canada as soon as practicable. Enforcement of the judgment has been stayed on consent pursuant to the order of Chief Justice Richard dated May 13, 2009.

[45] In this appeal, the Crown argues that Mr. Khadr's Charter rights were not breached, and alternatively, if there was a breach, that it can be justified by section 1 of the Charter. The Crown also argues that, if there was an unjustified breach of Mr. Khadr's Charter rights, the remedy granted is not appropriate.

Whether there was a breach of section 7 of the Charter

[46] It is necessary at this point to refer to the specific determinations from *Khadr* 2008 that must be applied in this case. Those determinations may be summarized as follows. When Canadian officials interviewed Mr. Khadr and gave the resulting information to the United States authorities, they were participating in a process that was illegal under the laws of the United States and contrary

[43] M. Khadr invoque le pouvoir que le paragraphe 24(1) de la Charte confère à la Cour fédérale et qui permet à celle-ci de lui accorder une réparation. Le paragraphe 24(1) dispose :

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

[44] Comme nous l'avons déjà mentionné, le juge O'Reilly a conclu que des représentants canadiens avaient interrogé M. Khadr à la prison de la baie de Guantánamo dans le but d'obtenir de lui des renseignements et ont relayé le fruit de ces entretiens aux autorités américaines sans tenter de limiter l'usage que ces dernières feraient de ces renseignements. À l'époque, les responsables canadiens en question étaient au courant des conditions de détention de M. Khadr. Ils savaient en particulier que M. Khadr avait subi de mauvais traitements graves visant à l'amener à parler. Le juge O'Reilly a conclu qu'on avait porté atteinte aux droits garantis à M. Khadr par la Charte et, à titre de réparation, le juge O'Reilly a enjoint à la Couronne de demander aux États-Unis de retourner M. Khadr au Canada dès que possible. L'exécution de ce jugement a été suspendue de consentement aux termes d'une ordonnance prononcée par le juge en chef Richard le 13 mai 2009.

[45] Dans le présent appel, la Couronne affirme que les droits que la Charte reconnaît à M. Khadr n'ont pas été violés et, à titre subsidiaire, que s'il y a eu violation, celle-ci peut être justifiée par l'article premier de la Charte. Elle soutient aussi que, s'il y a eu une violation injustifiée des droits garantis à M. Khadr par la Charte, la réparation qui a été accordée n'est pas convenable.

Y a-t-il eu violation de l'article 7 de la Charte?

[46] Il est nécessaire, à ce moment-ci, d'énoncer les conclusions spécifiques tirées dans l'arrêt *Khadr* 2008 qui doivent être appliquées en l'espèce. On peut les résumer comme suit. Lorsque les responsables canadiens ont interrogé M. Khadr et ont relayé les renseignements ainsi obtenus aux autorités américaines, ils prenaient part à un processus qui était illégal en droit américain

to Canada's international human rights obligations. For that reason, the Charter was engaged by their conduct. Because Mr. Khadr's liberty was at stake, section 7 of the Charter required Canadian officials to conduct themselves in conformity with the principles of fundamental justice in relation to those interviews. Section 7 is quoted above but is repeated here for ease of reference:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[47] Given *Khadr* 2008, the Crown must accept that the conduct of Canadian officials abroad may in certain circumstances affect the rights of an individual to such an extent that the Charter is engaged. In *Khadr* 2008, the Charter was engaged when Canadian officials interviewed Mr. Khadr at the Guantánamo Bay prison. Their conduct was found to be participation in the process at that prison, in breach of Mr. Khadr's Charter right to liberty and security of the person. Therefore, Justice O'Reilly was bound to conclude that Canadian officials participated in the process at the Guantánamo Bay prison as it related to Mr. Khadr, and that the Charter was engaged when they did so. It is not open to this Court to reach a different conclusion on those points.

[48] When *Khadr* 2008 was decided, Mr. Khadr had not yet been provided with the evidence that when he was interviewed by Canadian officials, they knew of his mistreatment by sleep deprivation. That evidence became available only as a result of the disclosure of the documents reviewed by Justice Mosley following *Khadr* 2008. That evidence indicates that Canadian officials not only participated in a process that did not conform to international human rights norms, but they did so knowingly.

[49] The Crown objects strongly to the suggestion that Canadian officials participated in the mistreatment of

et qui allait à l'encontre des obligations internationales du Canada en matière de droits de l'homme. Pour cette raison, les actes accomplis par les responsables canadiens emportaient application de la Charte. Comme la liberté de M. Khadr était en jeu, l'article 7 de la Charte obligeait les responsables canadiens à se comporter en conformité avec les principes de justice fondamentale lors de ces entretiens. L'article 7, qui a déjà été cité, est reproduit ici par souci de commodité :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[47] Compte tenu de l'arrêt *Khadr* 2008, la Couronne doit accepter le fait que les actes accomplis à l'étranger par des responsables canadiens peuvent, dans certaines circonstances, porter atteinte aux droits d'une personne au point de faire entrer en jeu la Charte. Dans l'arrêt *Khadr* 2008, la Cour a jugé que la Charte s'appliquait lorsque les représentants canadiens avaient interrogé M. Khadr à la prison de la baie de Guantánamo. Par leur conduite, ils ont pris part aux méthodes suivies dans cette prison, en violation du droit de M. Khadr à la liberté et à la sécurité de sa personne. Le juge O'Reilly était donc tenu de conclure que les responsables canadiens avaient participé à la procédure suivie à la prison de la baie de Guantánamo dans le cas de M. Khadr, et que leurs actes avaient fait entrer en jeu la Charte. Il n'est pas loisible à notre Cour de tirer une conclusion différente sur ces questions.

[48] Lorsque l'arrêt *Khadr* 2008 a été rendu, M. Khadr n'avait pas encore en main les éléments de preuve suivant lesquels, lorsqu'ils l'avaient interrogé, les responsables canadiens étaient au courant des mauvais traitements qui lui avaient été infligés sous forme de privation de sommeil. Ces éléments de preuve n'ont été mis au jour que par suite de la communication des documents examinés par le juge Mosley à la suite de l'arrêt *Khadr* 2008. Suivant ces éléments de preuve, les responsables canadiens ont non seulement participé à un processus qui n'était pas conforme aux normes du droit international en matière des droits de l'homme, mais ils l'ont fait en toute connaissance de cause.

[49] La Couronne s'oppose énergiquement à l'affirmation que les responsables canadiens se sont associés

Mr. Khadr. They argue that any mistreatment suffered by Mr. Khadr was at the hands of officials of the United States, not Canada. That argument is untenable in the face of *Khadr* 2008, but even without the authority of that case it cannot be accepted. It is true that the United States is primarily responsible for Mr. Khadr's mistreatment. However, the purpose of the sleep deprivation mistreatment was to induce Mr. Khadr to talk, and Canadian officials knew that when they interviewed Mr. Khadr to obtain information for intelligence purposes. There can be no doubt that their conduct amounted to knowing participation in Mr. Khadr's mistreatment.

[50] Questioning a prisoner to obtain information after he has been subjected to cruel and abusive treatment to induce him to talk does not accord with the principles of fundamental justice. That is well illustrated by the following comments of the Supreme Court of Canada in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 50–51:

It can be confidently stated that Canadians do not accept torture as fair or compatible with justice. Torture finds no condonation in our *Criminal Code*; indeed the *Code* prohibits it (see, for example, s. 269.1). The Canadian people, speaking through their elected representatives, have rejected all forms of state-sanctioned torture. Our courts ensure that confessions cannot be obtained by threats or force.... While we would hesitate to draw a direct equation between government policy or public opinion at any particular moment and the principles of fundamental justice, the fact that successive governments and Parliaments have refused to inflict torture and the death penalty surely reflects a fundamental Canadian belief about the appropriate limits of a criminal justice system.

When Canada adopted the *Charter* in 1982, it affirmed the opposition of the Canadian people to government-sanctioned torture by proscribing cruel and unusual treatment or punishment in s. 12. A punishment is cruel and unusual if it "is so excessive as to outrage standards of decency": see *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at pp. 1072-73, *per* Lamer J. (as he then was). It must be so inherently repugnant that it could never be

aux mauvais traitements infligés à M. Khadr. Elle affirme que tous les mauvais traitements que M. Khadr a pu subir étaient le fait des représentants américains et non des responsables canadiens. Cet argument est indéfendable, compte tenu de l'arrêt *Khadr* 2008, mais même en faisant abstraction de l'autorité de cet arrêt, il ne peut être retenu. Il est vrai que les États-Unis sont les premiers responsables des mauvais traitements subis par M. Khadr. Il n'en demeure pas moins que les mauvais traitements qui lui ont été infligés sous forme de privation de sommeil visaient à l'inciter à parler et que les responsables canadiens étaient au courant de ce fait lorsqu'ils ont rencontré M. Khadr en vue d'obtenir des renseignements de sécurité. Il n'y a aucun doute que leur conduite équivaut à une participation délibérée aux mauvais traitements dont M. Khadr a fait l'objet.

[50] Interroger un prisonnier pour lui extorquer des renseignements après lui avoir fait subir des cruautés et de mauvais traitements en vue de l'inciter à parler ne saurait être une façon d'agir qui est conforme aux principes de justice fondamentale. Cette affirmation est bien illustrée par les observations suivantes de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 50 et 51 :

On peut avec confiance affirmer que les Canadiens ne considèrent pas la torture comme une pratique équitable ou compatible avec la justice. Notre *Code criminel* ne tolère pas le recours à la torture, de fait il l'interdit (voir, par exemple, l'art. 269.1). Les Canadiens, par la voix de leurs élus, ont rejeté l'idée de toute forme de torture sanctionnée par l'État. Nos tribunaux veillent à ce que les confessions ne puissent être soutirées par la menace ou la force [...] Nous n'irions pas jusqu'à dire qu'il peut y avoir adéquation parfaite, à un moment donné, entre la politique gouvernementale ou l'opinion publique d'une part et les principes de justice fondamentale d'autre part, mais le fait que les gouvernements et les parlements qui se sont succédé aient refusé de soumettre quiconque à la torture ou à la peine de mort reflète sûrement une conviction fondamentale des Canadiens quant aux limites devant assortir le système de justice pénale.

Lorsque le Canada a adopté la *Charte* en 1982, il a confirmé l'opposition du peuple canadien à la torture sanctionnée par l'État en interdisant, à l'art. 12, les traitements ou peines cruels et inusités. Une peine est cruelle et inusitée lorsqu'elle « est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » : voir *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1072-1073, le juge Lamer (plus tard Juge en chef). Elle doit

an appropriate punishment, however egregious the offence. Torture falls into this category. The prospect of torture induces fear and its consequences may be devastating, irreversible, indeed, fatal. Torture may be meted out indiscriminately or arbitrarily for no particular offence. Torture has as its end the denial of a person's humanity; this end is outside the legitimate domain of a criminal justice system: see, generally, E. Scarry, *The Body in Pain: The Making and Unmaking of the World* (1985), at pp. 27-59. Torture is an instrument of terror and not of justice. As Lamer J. stated in *Smith, supra*, at pp. 1073-74, "some punishments or treatments will always be grossly disproportionate and will always outrage our standards of decency: for example, the infliction of corporal punishment". As such, torture is seen in Canada as fundamentally unjust.

[51] Subsection 269.1(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 10, s. 2] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, referred to in the passage quoted above, makes it an offence for a peace officer or public officer to inflict torture on another person. In that provision, "torture" is defined to include any act by which severe pain or suffering is intentionally inflicted on a person for the purpose of obtaining information or for the purpose of intimidating or coercing the person. Subsection 269.1(1) reflects the recognition of Parliament that freedom from such intentional mistreatment is a basic human right (see paragraph 164 of *R. v. Hape*, cited above).

[52] Canada is also a party to the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36 (entered into force 26 June 1987). It is not necessary in this case to determine whether the Convention against Torture confers any enforceable legal rights on Canadian citizens. It is enough to say that, by becoming a party to the Convention against Torture, Canada expressed in the clearest possible way its acceptance of the general prohibition on cruel, inhuman or degrading treatment as a principle of fundamental justice, which must inform any consideration of the scope of section 7 of the Charter. It is also worth noting the discussion in paragraphs 61 to 64 of *Suresh* (cited above) explaining the basis for finding that the absolute prohibition on

être si intrinsèquement répugnante qu'elle ne saurait jamais constituer un châtiment approprié, aussi odieuse que soit l'infraction. La torture appartient à cette dernière catégorie. La perspective de la torture provoque la peur et les conséquences de la torture peuvent être dévastatrices, irréversibles, voire fatales. Il peut arriver qu'elle soit infligée sans distinction ou arbitrairement, pour aucune infraction en particulier. Le but ultime de la torture est de priver une personne de son humanité. Ce but ne fait pas partie du domaine légitime du système de justice pénale : voir, de façon générale, E. Scarry, *The Body in Pain : The Making and Unmaking of the World* (1985), p. 27-59. La torture est un instrument de terreur et non de justice. Comme l'a affirmé le juge Lamer dans l'arrêt *Smith*, précité, p. 1074, « certaines peines ou certains traitements seront toujours exagérément disproportionnés et incompatibles avec la dignité humaine : par exemple, l'imposition d'un châtiment corporel ». En ce sens, la torture est considérée au Canada comme fondamentalement injuste.

[51] Le paragraphe 269.1(1) [édicte par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 2] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, auquel il est fait allusion dans le passage précité, érige en infraction le fait pour un agent de la paix ou un fonctionnaire public de torturer une autre personne. La même disposition définit la « torture » comme tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës sont intentionnellement infligées à une personne afin notamment d'obtenir d'elle des renseignements ou de l'intimider ou de faire pression sur elle. On peut voir qu'en adoptant le paragraphe 269.1(1), le législateur reconnaissait que la protection contre de tels mauvais traitements délibérés constitue un droit de l'homme fondamental (paragraphe 164 de l'arrêt *R. c. Hape*, précité).

[52] Le Canada est un des signataires de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36 (entrée en vigueur le 26 juin 1987). Il n'est pas nécessaire en l'espèce de décider si la Convention contre la torture confère aux citoyens canadiens des droits qu'ils peuvent faire valoir en justice. Qu'il suffise de dire qu'en adhérant à la Convention contre la torture, le Canada a exprimé de la façon la plus catégorique possible qu'il souscrivait à l'interdiction générale frappant les traitements cruels, inhumains ou dégradants en tant que principe de justice fondamentale, lequel doit éclairer tout examen de la portée de l'article 7 de la Charte. Il convient également de signaler l'analyse que la Cour suprême fait, aux paragraphes 61 à 64 de



torture is a peremptory norm of customary international law, or *jus cogens*.

[53] In addition, the Charter breach resulting from the conduct of the Canadian officials is exacerbated by the fact that, at the relevant time, the officials knew that Mr. Khadr was a “child” as defined in the *Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1984, [1992] Can. T.S. No. 3 (entered into force 2 September 1990). It is reasonable to infer that when Canada became a party to that Convention, it was accepting that the most important international norms stated in that Convention are principles of fundamental justice. Article 37(a) of that Convention reads in relevant part as follows:

ARTICLE 37

States Parties shall ensure that:

(a) No child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

[54] As stated above, the principles of fundamental justice do not permit the questioning of a prisoner to obtain information after he has been subjected to cruel and abusive treatment to induce him to talk. That must be so whether the abuse was inflicted by the questioner or by some other person with the questioner’s knowledge. Canada cannot avoid responsibility for its participation in the process at the Guantánamo Bay prison by relying on the fact that Mr. Khadr was mistreated by officials of the United States, because Canadian officials knew of the abuse when they conducted the interviews and sought to take advantage of it.

[55] Consequently, the rights of Mr. Khadr under section 7 of the Charter were breached when Canadian officials interviewed him at the prison at Guantánamo Bay and shared the resulting information with United States officials.

[56] At paragraph 50 of his reasons, Justice O’Reilly considered whether the circumstances of Mr. Khadr’s

l’arrêt *Suresh* (précité), pour expliquer les raisons pour lesquelles on considère la prohibition absolue de la torture comme une norme impérative du droit international coutumier, ou *jus cogens*.

[53] De surcroît, la violation de la Charte qui découle des actes des responsables canadiens est exacerbée par le fait qu’au moment considéré, les autorités savaient que M. Khadr était un « enfant » au sens de la *Convention relative aux droits de l’enfant*, 20 novembre 1984, [1992] R.T. Can. n° 3 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990). Il est raisonnable d’inférer que, lorsqu’il a adhéré à cette Convention, le Canada a accepté que les normes internationales les plus importantes qui y sont énoncées constituent des principes de justice fondamentale. Voici l’extrait de l’alinéa 37a) de la Convention qui nous intéresse :

ARTICLE 37

Les États parties veillent à ce que

a) Nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

[54] Comme nous l’avons déjà précisé, les principes de justice fondamentale interdisent d’interroger un prisonnier en vue de lui extorquer des renseignements alors qu’il a subi des traitements cruels et abusifs visant à l’inciter à parler et ce, que les mauvais traitements aient été infligés par la personne qui interroge ou par une autre personne au su de la personne qui interroge. Le Canada ne peut se soustraire à la responsabilité qu’entraîne sa participation au processus qui avait cours à la prison de la baie de Guantánamo en invoquant le fait que M. Khadr a été maltraité par les autorités américaines, parce que les responsables canadiens étaient au courant de ces mauvais traitements lorsqu’ils ont procédé aux entretiens et qu’ils ont cherché à en tirer profit.

[55] En conséquence, les droits que l’article 7 de la Charte garantit à M. Khadr ont été violés lorsque les responsables canadiens l’ont interrogé à la prison de la baie de Guantánamo et qu’ils ont relayé les renseignements ainsi obtenus aux autorités américaines.

[56] Au paragraphe 50 de ses motifs, le juge O’Reilly explique que les conditions de la détention de M. Khadr

detention, and Canadian officials' questioning of him, gave rise to an obligation on the part of Canada to take steps to protect Mr. Khadr from further abuse. Justice O'Reilly reasoned that the only protection the Crown could offer Mr. Khadr at that point was to request his repatriation, which the Crown has refused to do, and therefore the refusal to request his repatriation was a breach of Mr. Khadr's rights under section 7 of the Charter.

[57] The Crown has not offered an acceptable basis for concluding that Justice O'Reilly erred in this logical extension of his principal conclusion. The Crown's challenge to this aspect of Justice O'Reilly's reasons is a variation on its main theme, namely that the conduct of foreign affairs is a matter of Crown prerogative and thus within the sole purview of the Executive. However, the Crown's position on this point is not consistent with the principle that in Canada the rule of law means that all government action is potentially subject to the Charter and the individual rights it guarantees. The Supreme Court of Canada has already decided in *Khadr* 2008 that the Charter was engaged because the conduct of Canadian officials in the United States towards Mr. Khadr amounted to participation by Canada in the unlawful process at the Guantánamo Bay prison.

[58] Further, Crown prerogative in the conduct of foreign affairs has already been held to be subject to the Charter. For instance, when Canada is asked pursuant to a treaty to extradite a Canadian citizen to stand trial in another country for an offence punishable by death, the Minister of Justice must refuse the request in the absence of an assurance from the prosecuting authorities that they will not seek the death penalty. Thus, in *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, the Court reviewed the constitutionality of the Minister's decision to surrender Burns, saying (at paragraph 38):

We affirm that it is generally for the Minister, not the Court, to assess the weight of competing considerations in extradition

et le rôle qu'ont joué les responsables canadiens en l'interrogeant obligeaient le Canada à prendre des mesures pour protéger M. Khadr et pour s'assurer qu'il ne subisse pas d'autres mauvais traitements. Le juge O'Reilly a expliqué que la seule protection que la Couronne pouvait offrir à M. Khadr à ce moment-là consistait à demander son rapatriement, ce que la Couronne a refusé de faire, de sorte que le refus de demander son rapatriement portait atteinte aux droits garantis à M. Khadr par l'article 7 de la Charte.

[57] La Couronne n'a pas avancé de raison acceptable permettant de conclure que le juge O'Reilly a commis une erreur en procédant à cette extension logique de sa conclusion principale. Les arguments invoqués par la Couronne pour contester cet aspect des motifs du juge O'Reilly sont une variante de sa thèse principale, soit que la conduite des affaires étrangères relève de la prérogative royale et donc de la compétence exclusive du pouvoir exécutif. La thèse de la Couronne sur ce point n'est pas compatible avec le principe qu'au Canada, la règle de la primauté du droit fait en sorte que toute action gouvernementale est susceptible d'être assujettie à la Charte et aux droits individuels qu'elle garantit. La Cour suprême du Canada a déjà décidé, dans l'arrêt *Khadr* 2008, que la Charte trouvait application parce que la conduite que les responsables canadiens avaient eue aux États-Unis envers M. Khadr équivalait à une participation par le Canada au processus illégal qui avait cours à la prison de la baie de Guantánamo.

[58] Par ailleurs, les tribunaux ont déjà jugé que la prérogative royale en matière de conduite des affaires étrangères est assujettie à la Charte. Ainsi, lorsque l'on demande au Canada en vertu d'un traité d'extrader un citoyen canadien pour qu'il subisse un procès dans un autre pays pour une infraction pour laquelle il peut être passible de la peine de mort, le ministre de la Justice doit refuser la demande à défaut d'assurances des autorités chargées de la poursuite qu'elles ne réclameront pas la peine de mort. Dans l'arrêt *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, la Cour, qui se penchait sur la constitutionnalité de la décision du ministre de livrer M. Burns, a ainsi déclaré (au paragraphe 38) :

Nous confirmons que c'est généralement au ministre, et non à la Cour, qu'il incombe de soupeser les considérations qui

policy, but the availability of the death penalty, like death itself, opens up a different dimension.

Similarly, the knowing involvement of Canadian officials in the mistreatment of Mr. Khadr in breach of international human rights law, in particular by interviewing him knowing that he had been deprived of sleep in order to induce him to talk, “opens up a different dimension” of a constitutional and justiciable nature.

[59] Finally, there is no factual basis for the Crown’s argument that a court order requiring the government to request the return of Mr. Khadr is a serious intrusion into the Crown’s responsibility for the conduct of Canada’s foreign affairs. The Crown adduced no evidence that requiring it to request Mr. Khadr’s return would damage Canada’s relations with the United States (see *Burns*, at paragraph 136). Indeed, when pressed in oral argument, counsel for the Crown conceded that the Crown was not alleging that requiring Canada to make such a request would damage its relations with the United States.

[60] Justice O’Reilly did not err in law or fact when he concluded that, in the particular circumstances of this case, the Crown’s refusal to request Mr. Khadr’s repatriation is a breach of Mr. Khadr’s rights under section 7 of the Charter.

Whether the breach was justified by section 1 of the Charter

[61] The Crown argues that if there was a breach of Mr. Khadr’s rights under section 7, the breach was justified by section 1 of the Charter. Section 1 reads as follows (emphasis added):

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such

s’opposent dans l’application de la politique d’extradition canadienne, mais le fait que la peine de mort puisse être infligée fait intervenir, au même titre que la mort elle-même, une dimension particulière.

Dans le même ordre d’idées, l’implication consciente des responsables canadiens dans les mauvais traitements qui ont été infligés à M. Khadr en violation du droit international des droits de l’homme, notamment lorsqu’ils l’ont interrogé en sachant qu’on l’avait privé de sommeil pour l’inciter à parler, « fait intervenir une dimension particulière » de nature constitutionnelle et justiciable.

[59] Enfin, l’argument de la Couronne suivant lequel le fait pour un tribunal d’obliger le gouvernement à demander le rapatriement de M. Khadr constitue une ingérence grave dans la compétence de la Couronne en ce qui concerne la conduite des affaires extérieures du Canada ne repose sur aucun fondement factuel. La Couronne n’a pas présenté d’éléments de preuve qui démontrent que le fait de l’obliger à demander le retour de M. Khadr nuirait aux relations entre le Canada et les États-Unis (voir l’arrêt *Burns*, au paragraphe 136). D’ailleurs, pressé de questions lors des débats, l’avocat de la Couronne a admis que la Couronne ne prétendait pas que le fait d’exiger que le Canada formule une telle demande nuirait à ses relations avec les États-Unis.

[60] Le juge O’Reilly n’a pas commis d’erreur de droit ou de fait en concluant que, vu les circonstances particulières de la présente affaire, le refus de la Couronne de réclamer le rapatriement de M. Khadr portait atteinte aux droits garantis à ce dernier par l’article 7 de la Charte.

La violation était-elle justifiée par l’article premier de la Charte?

[61] La Couronne soutient que, s’il y a eu violation des droits garantis à M. Khadr en vertu de l’article 7, cette violation était justifiée par l’article premier de la Charte, lequel est ainsi libellé (non souligné dans l’original) :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être res-

reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

[62] For its justification of the Charter breach, the Crown relies on section 10 of the *Department of Foreign Affairs and International Trade Act*, quoted above. The Crown's argument is that, given the breadth of the Minister's mandate as described in section 10, and the absence of any statutory or regulatory constraints on the exercise of the Minister's discretion, any decision of the Minister that comes within the scope of section 10 justifies a Charter breach if it is rationally connected to the advancement of Canada's international interests, including its interest in combating international terrorism. The explanation offered for the Minister's decision not to request the repatriation of Mr. Khadr is that Canada's interests are best served if any such decision is deferred until after Mr. Khadr is tried by a United States military commission or a United States federal court. The Crown's argument must be rejected.

[63] First, since a reviewing court will already have taken competing state interests into account when determining the content of the principles of fundamental justice for the purpose of section 7, there is generally little scope for the kind of balancing exercise required under section 1. The Supreme Court of Canada [in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at page 518] has said that only in exceptional circumstances, including "natural disasters, the outbreak of war, epidemics, and the like" could a breach of section 7 be validated under section 1: see Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented, Vol. 2 (Toronto: Thomson/Carswell, 2007), at page 38-46. The Crown has not alleged or adduced evidence that Canada's relations with the United States would be injured by requesting Mr. Khadr's return or that his return would pose a threat to Canada's security. For that reason, it cannot plausibly be argued that "exceptional conditions" exist on the facts of this case so as to require a section 1 analysis of whether the breach of his section 7 rights is justified.

treints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[62] Pour justifier la violation de la Charte, la Couronne invoque l'article 10 de la *Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*, précité. La thèse de la Couronne est que, compte tenu de l'étendue du mandat que l'article 10 confère au ministre, et comme il n'y a pas de loi ou de texte réglementaire qui restreint l'exercice, par le ministre, de son pouvoir discrétionnaire, toute décision prise par le ministre qui entre dans le champ d'application de l'article 10 justifie une violation de la Charte si elle se rattache logiquement à la promotion des intérêts du Canada sur la scène internationale, notamment en ce qui concerne la lutte au terrorisme international. Pour justifier la décision du ministre de ne pas demander le rapatriement de M. Khadr, on explique que les intérêts du Canada sont mieux servis si l'on reporte toute décision en ce sens jusqu'à ce que M. Khadr ait été jugé par une commission militaire ou un tribunal fédéral des États-Unis. L'argument de la Couronne est mal fondé.

[63] Tout d'abord, comme le tribunal qui procède au contrôle judiciaire aura déjà tenu compte des intérêts opposés de l'État pour définir la portée des principes de justice fondamentale pour l'application de l'article 7, il y aura habituellement peu de latitude lors de l'exercice de pondération exigé par l'article premier. Suivant la Cour suprême du Canada [dans l'arrêt *Renvoi : Motor Vehicle Act de C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la page 518], une violation de l'article 7 est justifiée par l'article premier seulement dans des circonstances exceptionnelles, comme « les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite » (Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd. supplémentée, vol. 2 (Toronto : Thomson/Carswell, 2007), à la page 38-46). La Couronne ne prétend pas que le fait de réclamer le rapatriement de M. Khadr nuirait aux relations du Canada avec les États-Unis ou que son rapatriement mettrait la sécurité du Canada en danger, et elle n'a présenté aucun élément de preuve en ce sens. Pour cette raison, on ne saurait affirmer, de façon plausible, qu'il existe, vu l'ensemble des faits de l'espèce, des « circonstances exceptionnelles » qui exigent de procéder à une analyse fondée sur l'article premier pour savoir si

[64] Second, neither legislation nor Crown prerogative expressly or by necessary implication obliged Canadian officials to interview Mr. Khadr in the circumstances in which he found himself, or to refuse to request Mr. Khadr's return, in violation of his Charter rights. Mr. Khadr is challenging the government's decision not to request his repatriation, not the validity of the law under which that decision was made. Therefore, any section 1 justification must be found in the decision itself (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at pages 1077–1080). There is no legal or factual foundation upon which this Court can conclude that the decision not to request Mr. Khadr's repatriation is justified as a reasonable limit on his Charter rights.

[65] Justice O'Reilly made no error when he said, at paragraph 91 of his reasons, that the Crown did not offer any basis for its section 1 argument. Nor did he err in finding that the breach of Mr. Khadr's Charter rights was not justified by section 1 of the Charter.

Whether the remedy is appropriate

[66] Once Justice O'Reilly found that Canada had an obligation in the unusual circumstances of this case to request Mr. Khadr's repatriation, the most obvious remedy was to order Canada to discharge its obligation. In these circumstances, the Crown has a heavy onus to discharge in persuading the Court that Justice O'Reilly abused his broad remedial discretion under subsection 24(1) by failing to select a remedy other than the most obvious.

[67] Judicial discretion in the award of an appropriate and just remedy for a violation of Charter rights must be

la violation des droits garantis à M. Khadr par l'article 7 est justifiée.

[64] En second lieu, ni la loi ni la prérogative royale n'exigeaient expressément ou implicitement que les responsables canadiens interrogent M. Khadr dans la situation dans laquelle ce dernier s'est retrouvé, ou qu'on refuse de demander le rapatriement de M. Khadr, en violation des droits que lui reconnaît la Charte. Ce que M. Khadr conteste, c'est la décision du gouvernement de ne pas réclamer son rapatriement, et non la constitutionnalité de la loi en vertu de laquelle cette décision a été prise. En conséquence, toute justification fondée sur l'article premier doit se trouver dans la décision elle-même (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, aux pages 1077 à 1080). Il n'y a pas de fondement juridique ou factuel qui permettrait à la Cour de conclure que la décision de ne pas demander le rapatriement de M. Khadr est justifiée en tant que limite raisonnable aux droits que la Charte reconnaît par ailleurs à M. Khadr.

[65] Le juge O'Reilly n'a pas commis d'erreur en affirmant, au paragraphe 91 de ses motifs, que la Couronne n'avait invoqué aucun argument à l'appui du moyen qu'elle tirait de l'article premier. Il n'a pas non plus commis d'erreur en concluant que l'atteinte aux droits garantis à M. Khadr par la Charte n'était pas justifiée par l'article premier de la Charte.

La réparation est-elle appropriée?

[66] Dès lors que le juge O'Reilly avait conclu que, compte tenu des circonstances inusitées de la présente affaire, le Canada avait l'obligation de demander le rapatriement de M. Khadr, la réparation la plus évidente consistait à ordonner au Canada de s'acquitter de cette obligation. Dans ces conditions, la Couronne doit s'acquitter d'une très lourde charge si elle veut convaincre la Cour que le juge O'Reilly a abusé du vaste pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 24(1) en ce qui concerne la réparation à accorder en ne choisissant pas une réparation autre que la réparation la plus évidente.

[67] Le juge appelé à accorder une réparation convenable et juste en cas de violation d'un droit garanti par

guided by the considerations set out in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3. Although Justice O'Reilly does not cite *Doucet-Boudreau*, it is clear that he addressed all relevant considerations raised by the Crown.

[68] First, Justice O'Reilly considered the effectiveness of the remedy. He addressed, at paragraph 88 of his reasons, the Crown's argument that ordering Canada to request Mr. Khadr's repatriation was not an effective remedy because there was only a remote possibility that the United States would comply. Justice O'Reilly rejected that argument on the basis of an affidavit by Mr. Khadr's United States counsel, LCdr Kuebler. Paragraph 52 of that affidavit reads as follows:

Based on discussions with Omar's Canadian counsel, I am aware that the U.S. government has undertaken efforts to have the Canadian government accept the return of Omar to Canada to face a prosecution in Canada, and has shared evidence against Omar with the Government of Canada to help facilitate this repatriation process. I believe that the U.S. government would release Omar from Guantánamo Bay and allow his repatriation should the Canadian government request that this happen.

[69] The Crown has offered no basis upon which Justice O'Reilly should have rejected this evidence. The assertion of the Crown in oral argument that there is "one chance in a million" that the United States will comply with a request from Canada for the return of Mr. Khadr is not supported by any evidence. It is also contradicted by the fact that the United States has complied with requests from all other western countries for the return of their nationals from detention in the prison at Guantánamo Bay.

[70] The record provides no basis for predicting with certainty how the United States will respond to a request for Mr. Khadr's repatriation. However, the fact that Canada has no control over the response of the United States does not mean that it is inappropriate to order the request to be made. In the circumstances of this case, making

la Charte doit s'inspirer des facteurs énumérés dans l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3. Bien que le juge O'Reilly ne cite pas l'arrêt *Doucet-Boudreau*, il est évident qu'il a tenu compte de toutes les considérations pertinentes soulevées par la Couronne.

[68] En premier lieu, le juge O'Reilly s'est interrogé sur l'efficacité de la réparation. Au paragraphe 88 de ses motifs, il aborde l'argument de la Couronne suivant lequel le fait d'ordonner au Canada de demander le rapatriement de M. Khadr n'est pas une réparation efficace parce qu'il n'y a qu'une infime possibilité que les États-Unis accèdent à cette demande. Le juge O'Reilly a écarté cet argument en se fondant sur l'affidavit souscrit par l'avocat américain de M. Khadr, le Capc Kuebler. Voici ce qu'on lit au paragraphe 52 de cet affidavit :

[TRADUCTION] Après avoir discuté de la question avec l'avocat canadien d'Omar, je sais que le gouvernement américain a entrepris des démarches en vue de convaincre le gouvernement canadien d'accepter le retour d'Omar au Canada pour y subir son procès, et que le gouvernement américain a transmis au gouvernement canadien des preuves à charge concernant Omar pour faciliter son rapatriement. Je crois que le gouvernement américain libérerait Omar de la baie de Guantánamo et autoriserait son rapatriement si le gouvernement canadien lui présentait une demande en ce sens.

[69] La Couronne n'a invoqué aucun argument qui aurait permis au juge O'Reilly d'écartier cette preuve. L'affirmation que la Couronne a faite, lors des débats, qu'il n'y a [TRADUCTION] « qu'une chance sur un million » que les États-Unis donnent suite à la demande de rapatriement de M. Khadr que leur adresserait le Canada ne repose sur aucun élément de preuve. Elle est également contredite par le fait que les États-Unis ont accédé à toutes les demandes que leur avaient adressées d'autres pays occidentaux en vue d'obtenir le rapatriement de leurs ressortissants incarcérés à la prison de la baie de Guantánamo.

[70] Le dossier ne permet pas de prévoir avec certitude quelle suite les États-Unis donneraient à une demande de rapatriement de M. Khadr. Ce n'est toutefois pas parce que le Canada n'a aucun contrôle sur la réponse des États-Unis qu'il s'ensuit pour autant qu'il ne convient pas de lui ordonner de formuler la demande en

the request is the most appropriate remedy Canada can offer Mr. Khadr that has the potential to mitigate the effects of the Charter violation. The Crown argues that an effective alternative remedy would be a declaration that Mr. Khadr's Charter rights have been breached. That would leave Mr. Khadr without even a chance at the vindication of his rights.

[71] Second, Justice O'Reilly considered whether the remedy he proposed would result in undue prejudice or hardship to Canada's interests. At paragraphs 84 to 86 of his reasons he discussed whether the remedy would cause any harm to Canada's foreign relations, particularly its relations with the United States. He found no evidence of any such harm. He also addressed the Crown's argument that the remedy proposed by Mr. Khadr was inappropriate because it involved an improper judicial intrusion into the Crown's prerogative over foreign affairs. Again, he noted that he was given no evidence on this point. The lack of evidence of potential harm to Canada's interests is the basis for Justice O'Reilly's comment that he was imposing a remedy that was "minimally intrusive" on the Crown's prerogative (paragraph 89 of his reasons). In the unusual circumstances of this case, it was reasonable for him to conclude that being ordered to make such a request of a close ally is a relatively small intrusion into the conduct of international relations.

[72] Third, Justice O'Reilly considered whether the remedy he proposed would exceed the competence of the courts, and concluded that it would not. That conclusion is reasonable in the circumstances of this case. Justice O'Reilly's order is precise and specific, requires no special knowledge not possessed by courts, and calls for no ongoing judicial supervision. In the absence of indications to the contrary, the Federal Court is entitled

question. Compte tenu des circonstances de la présente affaire, présenter une demande de rapatriement constitue la réparation la plus appropriée que le Canada puisse offrir à M. Khadr et qui est susceptible d'atténuer les effets de la violation de la Charte. La Couronne affirme qu'une autre réparation efficace qui pourrait être accordée consisterait à déclarer que les droits garantis à M. Khadr par la Charte ont été violés. Or, cette solution de rechange réduirait à néant les possibilités pour M. Khadr de faire valoir ses droits.

[71] Deuxièmement, le juge O'Reilly s'est demandé si la réparation qu'il proposait risquait de porter préjudice aux intérêts du Canada. Aux paragraphes 84 à 86 de ses motifs, il examine la question de savoir si la réparation risquait de nuire aux relations étrangères du Canada, et notamment de porter préjudice aux relations canado-américaines. Il a conclu que rien ne permettait de conclure à l'existence d'un tel préjudice. Il a également abordé l'argument de la Couronne suivant lequel la réparation proposée par M. Khadr n'était pas convenable parce qu'elle impliquait une intrusion injustifiée du pouvoir judiciaire dans l'exercice, par la Couronne, de sa prerogative en matière de conduite des affaires étrangères. Il a de nouveau relevé qu'aucun élément de preuve ne lui avait été soumis en ce sens. L'absence d'éléments de preuve quant à un éventuel préjudice causé aux intérêts du Canada constitue le fondement de la déclaration du juge O'Reilly suivant laquelle la réparation qu'il accordait « ferait intrusion le moins possible » dans la prerogative royale à l'égard des affaires étrangères (paragraphe 89 de ses motifs). Compte tenu des circonstances inusitées de la présente affaire, il était raisonnable de la part du juge O'Reilly de conclure que la présentation d'une telle demande à un allié proche constituait une intrusion relativement faible dans la conduite des relations internationales.

[72] Troisièmement, le juge O'Reilly a examiné la question de savoir si la réparation qu'il proposait excéderait la compétence des tribunaux. Il a conclu que ce n'était pas le cas. Cette conclusion est raisonnable, compte tenu des circonstances de l'affaire. L'ordonnance du juge O'Reilly est précise et spécifique, elle n'exige pas des connaissances spéciales que ne possèdent pas les tribunaux, et elle n'exige pas une supervision judi-

to presume that the government will comply in good faith with a judicial order to request Mr. Khadr's return.

[73] Contrary to the submission of the Crown, Justice O'Reilly's order does not require the Attorney General to prosecute Mr. Khadr in Canada. If Mr. Khadr is returned, it will be for the Attorney General to decide, in the exercise of his or her discretion, whether to institute criminal proceedings in Canada against Mr. Khadr. While Canada may have preferred to stand by and let the proceedings against Mr. Khadr in the United States run their course, the violation of his Charter rights by Canadian officials has removed that option.

[74] When the *Doucet-Boudreau* factors and Justice O'Reilly's reasons are considered as a whole, the remedy that he awarded did not constitute an abuse of discretion. In fashioning the remedy, Justice O'Reilly considered the relevant factors in order to tailor the remedy to the facts, and cannot be said to have weighed them in such a manner as to reach an unreasonable outcome.

### Conclusion

[75] For these reasons, this appeal should be dismissed with costs.

\* \* \*

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

[76] NADON J.A. (dissenting): I have read, in draft, the reasons of my colleagues Evans and Sharlow J.J.A. in which they conclude that the appeal ought to be dismissed. Specifically, my colleagues propose that we endorse the conclusion reached by O'Reilly J. of the Federal Court at paragraphs 91 and 92 of his reasons in *Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 405, [2010] 1 F.C.R. 34:

ciaire continue. À défaut d'indices contraires, la Cour fédérale est en droit de présumer que le gouvernement se conformera de bonne foi à une ordonnance judiciaire lui enjoignant de réclamer le rapatriement de M. Khadr.

[73] Contrairement à ce que prétend la Couronne, l'ordonnance du juge O'Reilly n'oblige pas le procureur général à poursuivre M. Khadr au Canada. Si M. Khadr est rapatrié, il appartiendra alors au procureur général de décider, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, de l'opportunité d'intenter au Canada des poursuites pénales contre M. Khadr. Bien que le Canada eût peut-être préféré ne pas intervenir et laisser la procédure visant M. Khadr aux États-Unis suivre son cours, la violation, par des représentants canadiens, de droits que lui reconnaît la Charte a eu pour effet de faire disparaître ce choix.

[74] Lorsqu'on considère globalement les facteurs énoncés dans l'arrêt *Doucet-Boudreau* et les motifs exposés par le juge O'Reilly, on constate que la réparation accordée par ce dernier ne constitue pas un abus de son pouvoir discrétionnaire. Lorsqu'il a élaboré la réparation à accorder, le juge O'Reilly a pris en compte les facteurs pertinents pour ordonner une réparation adaptée aux faits, et on ne peut dire que la façon dont il les a appréciés l'a conduit à proposer une solution déraisonnable.

### Dispositif

[75] Pour ces motifs, le présent appel devrait être rejeté avec dépens.

\* \* \*

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

[76] LE JUGE NADON, J.C.A. (dissident) : J'ai pris connaissance du projet de motifs dans lesquels mes collègues les juges Evans et Sharlow concluent qu'il y a lieu de rejeter l'appel. Plus précisément, mes collègues proposent que nous souscrivions à la conclusion à laquelle est venu le juge O'Reilly de la Cour fédérale aux paragraphes 91 et 92 du jugement *Khadr c. Canada (Premier Ministre)*, 2009 CF 405, [2010] 1 R.C.F. 34 :



I find that the Government of Canada is required by section 7 of the Charter to request Mr. Khadr's repatriation to Canada in order to comply with a principle of fundamental justice, namely, the duty to protect persons in Mr. Khadr's circumstances by taking steps to ensure that their fundamental rights, recognized in widely accepted international instruments such as the *Convention on the Rights of the Child*, are respected. The respondents did not offer any basis for concluding that the violation of Mr. Khadr's rights was justified under section 1 of the Charter.

The ongoing refusal of Canada to request Mr. Khadr's repatriation to Canada offends a principle of fundamental justice and violates Mr. Khadr's rights under section 7 of the Charter. To mitigate the effect of that violation, Canada must present a request to the United States for Mr. Khadr's repatriation to Canada as soon as practicable.

[77] At paragraph 35 of their reasons, my colleagues formulate the issue before us in this appeal in the following terms:

Justice O'Reilly focussed on specific conduct of Canadian officials, namely their interviewing Mr. Khadr at the prison at Guantánamo Bay for the purpose of obtaining information from him, and giving the fruits of those interviews to United States authorities without attempting to control their use of that information. That was potentially detrimental to Mr. Khadr's liberty and personal security and, most importantly, it occurred at a time when Canadian officials knew that Mr. Khadr was an imprisoned minor without the benefit of consular assistance, legal counsel, or contact with his family, who had been subjected to abusive sleep deprivation techniques in order to induce him to talk. The issue before this Court is whether Justice O'Reilly erred in law in finding that conduct of Canadian officials, in those circumstances, to be a breach of Mr. Khadr's rights under section 7 of the Charter. [Emphasis added.]

[78] My colleagues conclude that O'Reilly J. did not err in fact or in law in holding that the Government of Canada's (Canada) refusal to request Mr. Khadr's repatriation was a breach of his rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter). They then go on to find that O'Reilly J. made no error in determining that the breach of Mr. Khadr's Charter rights was not justified by section 1 of the Charter. Finally,

Je conclus que le gouvernement du Canada est tenu par l'article 7 de la Charte de demander le rapatriement de M. Khadr au Canada afin de se conformer à un principe de justice fondamentale, soit l'obligation de protéger les personnes se trouvant dans la même situation que celle de M. Khadr, et ce, en prenant des mesures pour veiller au respect de leurs droits fondamentaux, lesquels sont énoncés dans des instruments internationaux largement reconnus, tels que la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Les défendeurs n'ont invoqué aucun argument permettant de conclure que l'atteinte aux droits de M. Khadr était justifiée au regard de l'article premier de la Charte.

Le refus constant du Canada de solliciter le rapatriement de M. Khadr est contraire à un principe de justice fondamentale et porte atteinte aux droits que l'article 7 de la Charte lui garantit. Pour atténuer l'effet de cette atteinte, le Canada doit demander le plus tôt possible aux États-Unis de rapatrier M. Khadr.

[77] Au paragraphe 35 de leurs motifs, mes collègues formulent comme suit la question qui nous est soumise dans le présent appel :

Le juge O'Reilly s'est surtout penché sur certains actes des représentants canadiens, en l'occurrence les entretiens qu'ils ont eus avec M. Khadr à la prison de la baie de Guantánamo dans le but de recueillir des renseignements, et le fait qu'ils ont relayé le fruit de ces entretiens aux autorités américaines sans tenter de limiter l'usage que ces dernières feraient de ces renseignements. En agissant ainsi, les responsables canadiens étaient susceptibles de porter atteinte au droit de M. Khadr à la liberté et à la sécurité de sa personne et, surtout, ils ont accompli ces actes à un moment où ils savaient que M. Khadr était un mineur gardé en détention qui ne bénéficiait d'aucune aide consulaire, qui n'était pas représenté par un avocat, qui n'avait pas accès à sa famille et qui avait été soumis à des méthodes abusives de privation de sommeil visant à l'inciter à parler. La question à laquelle la Cour est appelée à répondre en l'espèce est celle de savoir si le juge O'Reilly a commis une erreur de droit en concluant que, dans ces conditions, la conduite des responsables canadiens portait atteinte aux droits garantis à M. Khadr par l'article 7 de la Charte. [Non souligné dans l'original.]

[78] Mes collègues concluent que le juge O'Reilly n'a pas commis d'erreur de fait ou de droit en estimant que le refus du gouvernement du Canada (le Canada) de demander le rapatriement de M. Khadr portait atteinte aux droits garantis à ce dernier par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte). Ils poursuivent en concluant que le juge O'Reilly n'a pas commis d'erreur en estimant que la violation des droits

Evans and Sharlow J.J.A. conclude that the remedy awarded by O'Reilly J. does not constitute an abuse of his discretion.

[79] I cannot subscribe to my colleagues' point of view and I therefore dissent. In my view, the appeal should be allowed. However, before setting out my reasons, a brief review of the rationale which led O'Reilly J. to his ultimate conclusion will be useful.

[80] O'Reilly J. held that Canada's decision not to request Mr. Khadr's repatriation could be judicially reviewed. Although he recognized that Canada's decisions regarding foreign affairs fell to the Executive, he emphasized the fact that the Executive's prerogative in that area was subject to review under the Charter. At paragraph 49 of his reasons, O'Reilly J. concludes on this point as follows:

The government's decision is amenable to judicial review under the Charter but, at the same time, its view as to how best to deal with matters that affect international relations and foreign affairs is entitled to "particular weight".

[81] O'Reilly J. then turned to the question of whether the Charter applied in the circumstances of this case. On the basis of the Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125, he found that the Charter did apply to Canada's agents who had travelled to Guantánamo Bay to question Mr. Khadr, to the extent that their conduct involved Canada in a process that violated Canada's international obligations. At paragraph 52 of his reasons, O'Reilly J. concluded that Canada's "knowing involvement in the mistreatment of Mr. Khadr" constituted a compelling basis for the application of the Charter through the conduct of those officials who conducted the interviews with Mr. Khadr at Guantánamo Bay.

[82] O'Reilly J. then addressed the issue raised under section 7 of the Charter. He first determined whether

garantis à M. Khadr par la Charte n'était pas justifiée par l'article premier de la Charte. Enfin, les juges Evans et Sharlow concluent que la réparation accordée par le juge O'Reilly ne constitue pas un abus de son pouvoir discrétionnaire.

[79] Je ne puis souscrire au point de vue de mes collègues et je dois donc exprimer ma dissidence. À mon avis, l'appel devrait être accueilli. Toutefois, avant d'exposer mes motifs, j'estime utile de rappeler brièvement le raisonnement qu'a suivi le juge O'Reilly pour arriver à sa conclusion finale.

[80] Le juge O'Reilly a estimé que la décision du Canada de ne pas réclamer le rapatriement de M. Khadr pouvait faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Tout en reconnaissant que les décisions prises par le Canada en matière d'affaires étrangères relevaient de l'exécutif, le juge O'Reilly a souligné le fait que la prérogative du pouvoir exécutif dans ce domaine était susceptible de contrôle judiciaire en vertu de la Charte. Au paragraphe 49 de ses motifs, le juge O'Reilly conclut comme suit sur cette question :

La décision du gouvernement est susceptible de contrôle judiciaire en vertu de la Charte mais, en même temps, son opinion quant à la meilleure façon de traiter des questions qui ont une incidence sur les relations internationales et les affaires étrangères a droit à un [TRADUCTION] « poids particulier ».

[81] Le juge O'Reilly a ensuite abordé la question de savoir si la Charte s'appliquait en l'espèce. Se fondant sur l'arrêt *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125, de la Cour suprême du Canada, il a estimé que la Charte s'appliquait effectivement aux représentants du Canada qui s'étaient rendus auprès de M. Khadr à la baie de Guantánamo pour l'interroger, dans la mesure où leur conduite emportait la participation du Canada à une procédure qui contrevenait aux obligations internationales du Canada. Au paragraphe 52 de ses motifs, le juge O'Reilly conclut que « la participation consciente [du Canada] aux mauvais traitements infligés à M. Khadr est un motif encore plus convaincant pour conclure que la Charte s'appliquait aux responsables canadiens présents à la baie de Guantanamo ».

[82] Le juge O'Reilly a ensuite examiné la question soulevée au regard de l'article 7 de la Charte. Il s'est

the principles of fundamental justice required Canada to protect Mr. Khadr. After reviewing various international instruments—namely, the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, the *Convention on the Rights of the Child* and the *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of Children in Armed Conflict* [May 25, 2000, [2002] Can. T.S. No. 5]—and Mr. Khadr’s particular circumstances, he concluded that the “duty to protect persons in Mr. Khadr’s circumstances” was a principle of fundamental justice (see paragraph 71 of his reasons). He further found that the “principles of fundamental justice obliged Canada to protect Mr. Khadr by taking appropriate steps to ensure that his treatment accorded with international human rights norms” (see paragraph 75 of his reasons).

[83] By reason of his conclusion that Canada was in breach of Mr. Khadr’s rights under section 7 of the Charter, O’Reilly J. then proceeded to determine the appropriate remedy. More particularly, he sought to determine the remedy which would “mitigate the effect of the involvement of Canadian officials in the mistreatment of Mr. Khadr at Guantánamo Bay” (see paragraph 77 of his reasons). He concluded that the appropriate remedy in the circumstances was to require Canada to request Mr. Khadr’s repatriation to Canada, adding that no other remedy appeared to be capable of mitigating the effects of Canada’s Charter violations “or accord with the government’s duty to promote Mr. Khadr’s physical, psychological and social rehabilitation and reintegration” (see paragraph 78 of his reasons). In so concluding, O’Reilly J. pointed out that Canada had not “identified any particular harm that might flow from requesting Mr. Khadr’s repatriation” (see paragraph 86 of his reasons).

[84] Finally, because of his conclusion regarding section 7 of the Charter, O’Reilly J. did not address the arguments made by Mr. Khadr regarding sections 6 and 12 of the Charter.

d’abord demandé si le Canada avait l’obligation, en vertu des principes de justice fondamentale, de protéger M. Khadr. Après avoir examiné divers instruments internationaux — à savoir la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, la *Convention relative aux droits de l’enfant* et le *Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l’enfant concernant l’implication d’enfants dans les conflits armés* [25 mai 2000, [2002] R.T. Can. n° 5] — et la situation particulière de M. Khadr, il a conclu que l’« obligation de protéger les personnes se trouvant dans la même situation que celle de M. Khadr » était un principe de justice fondamentale (au paragraphe 71 de ses motifs). Il a également conclu que « les principes de justice fondamentale obligeaient le Canada à protéger M. Khadr en prenant des mesures appropriées pour veiller à ce que son traitement cadre avec les normes internationales en matière de droits de la personne » (au paragraphe 75 de ses motifs).

[83] Ayant conclu que le Canada avait porté atteinte aux droits reconnus à M. Khadr par l’article 7 de la Charte, le juge O’Reilly s’est ensuite penché sur la question de la réparation qu’il convenait d’accorder. Plus particulièrement, il a cherché à déterminer « la réparation qui convient pour atténuer les conséquences de la participation de responsables canadiens aux mauvais traitements que M. Khadr a subis à la baie de Guantánamo » (au paragraphe 77 de ses motifs). Il a conclu que la réparation qui convenait en l’espèce consistait à obliger le Canada à demander le rapatriement de M. Khadr au Canada, ajoutant qu’« aucune autre réparation ne semblerait pouvoir atténuer les conséquences des violations de la Charte qui sont en litige ou ne cadrerait avec l’obligation du gouvernement de favoriser la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de M. Khadr » (au paragraphe 78 de ses motifs). Après être arrivé à cette conclusion, le juge O’Reilly a souligné que le Canada n’avait « fait état d’aucun préjudice particulier que pourrait occasionner le fait de demander le rapatriement de M. Khadr » (au paragraphe 86 de ses motifs).

[84] Enfin, en raison de la conclusion qu’il avait tirée au sujet de l’article 7 de la Charte, le juge O’Reilly n’a pas abordé les moyens que M. Khadr tirait des articles 6 et 12 de la Charte.

[85] In my view, O'Reilly J. erred in concluding as he did. First, he erred in determining that Canada had failed to protect Mr. Khadr. Second, he erred in regard to the appropriate remedy.

[86] Although I am far from convinced that Canada had a duty to protect Mr. Khadr, I need not address that issue in view of the conclusion which I have reached with regard to the steps taken by Canada to protect him. In my opinion, Canada has taken all necessary means at its disposal to protect Mr. Khadr during the whole period of his detention at Guantánamo Bay. Consequently, assuming that Canada had a duty under section 7 of the Charter to protect Mr. Khadr, it did not breach that duty in the circumstances of the case.

[87] In determining whether Canada met its obligations to protect Mr. Khadr, it is, in my respectful view, of great importance to keep in mind that he was arrested by the United States military (the U.S. military) in Afghanistan in July 2002, that the U.S. military transferred him to Guantánamo Bay in October 2002 and that he has been imprisoned thereat since that time by the U.S. military. Canada did not participate either in his arrest, transfer or detention, nor was it consulted at any time in regard thereto by the U.S. military or the U.S. government.

[88] 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:

[85] À mon avis, le juge O'Reilly a commis une erreur en tirant ces conclusions. En premier lieu, il a commis une erreur en concluant que le Canada n'avait pas protégé M. Khadr. En second lieu, il a commis une erreur en ce qui concerne la réparation appropriée.

[86] Bien que je sois loin d'être convaincu que le Canada avait l'obligation de protéger M. Khadr, il n'est pas nécessaire que j'aborde cette question, vu la conclusion à laquelle je suis arrivé au sujet des démarches entreprises par le Canada pour le protéger. À mon avis, le Canada a pris tous les moyens nécessaires à sa disposition pour protéger M. Khadr pendant toute la durée de sa détention à la prison de la baie de Guantánamo. En conséquence, en présumant qu'il avait le devoir, en vertu de l'article 7 de la Charte, de protéger M. Khadr, le Canada n'a pas manqué à son devoir compte tenu des faits de l'espèce.

[87] Pour déterminer si le Canada a respecté son obligation de protéger M. Khadr, il est, à mon humble avis, très important de tenir compte du fait qu'il a été arrêté par l'armée américaine en Afghanistan en juillet 2002, que l'armée américaine l'a transféré à la prison de la baie de Guantánamo en octobre 2002, où il est détenu depuis par l'armée américaine. Le Canada n'a participé ni à son arrestation, ni à son transfèrement, ni à sa détention, et il n'a jamais été consulté à cet égard par l'armée américaine ou par le gouvernement américain.

[88] 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. 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.
- 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:

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. 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 :

- 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. \_\_\_\_ (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.
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*]
- 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. \_\_\_\_ (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. 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

is being treated humanely.

- e. In the initial welfare vision 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.

[89] Canada says that in identifying the relevant factors that should be considered in determining the scope of the principles of fundamental justice at issue, O'Reilly J. erred in failing to find that the steps taken by Canada through diplomatic channels had, in fact, addressed these factors or that these factors had changed since Mr. Khadr had been arrested in Afghanistan by the U.S. military. In making this assertion, Canada refers, *inter alia* to paragraph 70 of O'Reilly J.'s reasons, where he states:

In Mr. Khadr's case, relevant factors to consider are his youth; his need for medical attention; his lack of education; access to consular assistance and legal counsel; his inability to challenge his detention or conditions of confinement in a court of law; and his presence in an unfamiliar, remote and isolated prison, with no family contact.

[90] I agree entirely with Canada that the Judge erred. More particularly, the Judge not only failed to find that the steps taken by Canada had indeed addressed the factors which he had identified, he never turned his mind to the question as to whether these steps were sufficient for Canada to meet its duty to protect Mr. Khadr. I believe the Judge erred because of the way in which he determined and defined Canada's duty.

[91] At paragraph 54 of his reasons, the Judge indicated that he had to decide whether the principles of fundamental justice required Canada to protect Mr. Khadr.

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.

[89] Le Canada explique que, en déterminant les facteurs pertinents dont il devait tenir compte pour définir la portée des principes de justice fondamentale en cause, le juge O'Reilly a commis une erreur en ne concluant pas que les démarches entreprises par le Canada par la voie diplomatique constituaient effectivement une réponse aux facteurs en question ou que ces facteurs avaient changé depuis que M. Khadr avait été arrêté en Afghanistan par l'armée américaine. Pour faire cette affirmation, le Canada se réfère notamment au paragraphe 70 des motifs du juge O'Reilly où celui-ci déclare ce qui suit :

Dans le cas de M. Khadr, les facteurs qu'il convient de prendre en considération sont les suivants : sa jeunesse, les soins médicaux dont il a besoin, son manque d'instruction et d'accès à une aide consulaire et aux services d'un avocat, son incapacité à contester sa détention ou ses conditions de détention devant une cour de justice, de même que sa présence dans une prison inconnue, éloignée et isolée, sans contact avec sa famille.

[90] Je suis entièrement d'accord avec le Canada pour dire que le juge a commis une erreur. Plus particulièrement, non seulement le juge a-t-il omis de conclure que les démarches entreprises par le Canada constituaient effectivement une réponse aux facteurs qui avaient été déterminés, mais encore il ne s'est jamais penché sur la question de savoir si ces démarches étaient suffisantes pour conclure que le Canada s'était acquitté de son obligation de protéger M. Khadr. J'estime que le juge a commis une erreur en raison de la façon dont il a déterminé et défini l'obligation du Canada.

[91] Au paragraphe 54 de ses motifs, le juge explique qu'il lui faut décider si les principes de justice fondamentale applicables exigeaient que le Canada protège

In attempting to make this determination, he turned to the international instruments which I have already listed above. First, he reviewed the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. This led him to find that by providing to U.S. authorities “the fruits of its interrogation of Mr. Khadr”, Canada had failed to prevent the possibility that statements made by Mr. Khadr would be used against him in legal proceedings (see paragraph 57 of his reasons). In so finding, O’Reilly J. referred to article 15 of the aforesaid Convention.

[92] O’Reilly J. then considered the *Convention on the Rights of the Child*. This led him to a number of findings and, more particularly, those found at paragraphs 63, 64 and 65 of his reasons, which I reproduce below:

The CRC [the *Convention on the Rights of the Child*] imposes on Canada some specific duties in respect of Mr. Khadr. Canada was required to take steps to protect Mr. Khadr from all forms of physical and mental violence, injury, abuse or maltreatment. We know that Canada raised concerns about Mr. Khadr’s treatment, but it also implicitly condoned the imposition of sleep deprivation techniques on him, having carried out interviews knowing that he had been subjected to them.

Canada had a duty to protect Mr. Khadr from being subjected to any torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, from being unlawfully detained, and from being locked up for a duration exceeding the shortest appropriate period of time. In Mr. Khadr’s case, while Canada did make representations regarding his possible mistreatment, it also participated directly in conduct that failed to respect Mr. Khadr’s rights, and failed to take steps to remove him from an extended period of unlawful detention among adult prisoners, without contact with his family.

Canada had a duty to take all appropriate measures to promote Mr. Khadr’s physical, psychological and social recovery.

[93] The Judge then examined the *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of Children in Armed Conflict*. As a result,

M. Khadr. Pour se prononcer sur cette question, il a invoqué les trois instruments internationaux que j’ai déjà mentionnés. Il a d’abord examiné la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, ce qui l’a amené à conclure qu’en relayant aux autorités américaines « les informations qu’il avait obtenues en interrogeant M. Khadr », le Canada avait manqué à son obligation de veiller à ce que les déclarations faites par M. Khadr ne puissent être invoquées contre lui dans un procès (au paragraphe 57 de ses motifs). Pour arriver à cette conclusion, le juge O’Reilly s’est fondé sur l’article 15 de la Convention précitée.

[92] Le juge O’Reilly a ensuite examiné la *Convention relative aux droits de l’enfant*, ce qui l’a amené à tirer plusieurs conclusions et plus particulièrement celles que l’on trouve aux paragraphes 63, 64 et 65 de ses motifs, que je reproduis ici :

La CDE [la *Convention relative aux droits de l’enfant*] impose au Canada un certain nombre d’obligations précises à l’égard de M. Khadr. Le Canada était tenu d’intervenir pour protéger M. Khadr contre toutes formes de violence, d’atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, ou de mauvais traitements. Nous savons que le Canada a fait part de ses préoccupations au sujet du traitement de M. Khadr, mais il a aussi toléré implicitement le fait qu’on lui impose des techniques de privation du sommeil, en ayant procédé à des interrogatoires tout en sachant qu’il avait été soumis à ces techniques.

Le Canada a l’obligation de protéger M. Khadr contre toute forme de torture ou d’autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, contre le fait d’être détenu illégalement, ainsi que contre le fait d’être gardé en détention pendant un temps qui dépasse la durée la plus brève possible. Dans le cas de M. Khadr, le Canada, même s’il a fait des démarches au sujet du mauvais traitement possible de M. Khadr, a aussi participé directement à une conduite qui a manqué de respect envers les droits de M. Khadr, et il a omis d’intervenir pour le soustraire à une période prolongée de détention illégale parmi des détenus adultes, sans contact avec sa famille.

Le Canada se trouvait dans l’obligation de prendre toutes les mesures voulues pour favoriser le rétablissement physique, psychologique et social de M. Khadr.

[93] Le juge a ensuite examiné le *Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l’enfant concernant l’implication d’enfants dans les conflits armés*.



he made the following remarks at paragraph 68 of his reasons:

Clearly, Canada was obliged to recognize that Mr. Khadr, being a child, was vulnerable to being caught up in armed conflict as a result of his personal and social circumstances in 2002 and before. It cannot resile from its recognition of the need to protect minors, like Mr. Khadr, who are drawn into hostilities before they can apply mature judgment to the choices they face.

[94] Finally, at paragraph 70 of his reasons, which I have already reproduced, he considered a number of additional factors which he felt were relevant to his determination.

[95] O'Reilly J. then went on to consider whether the duty to protect Mr. Khadr was a principle of fundamental justice. He answered that question in the affirmative and, at paragraph 75 of his reasons, he concluded that Canada had an obligation to "protect Mr. Khadr by taking appropriate steps to ensure that his treatment accorded with international human rights norms." However, nowhere in his reasons does the Judge consider the steps taken by Canada, nor does he, in my respectful opinion, consider the context of Mr. Khadr's detention and the extent to which Canada's ability to protect him was limited. More particularly, in imposing obligations on Canada, on the basis of international instruments to which Canada is a party, O'Reilly J. failed to recognize the territorial limitation of these instruments.

[96] It is apparent from the Judge's reasons that he has couched Canada's duty to protect Mr. Khadr in the most absolute terms, without regard to the actual circumstances of his detention. As a result, I find it impossible to understand how Canada could ever fulfill the duty of protection which O'Reilly J. has determined, more specifically at paragraph 64 of his reasons. For example, how could Canada prevent Mr. Khadr, from being unlawfully detained by the U.S. military in Guantánamo Bay? Also, how could Canada prevent the U.S. from detaining Mr. Khadr "for a duration exceeding the shortest appropriate period of time"? And how could Canada remove Mr. Khadr from "an extended period of unlawful detention among adult prisoners".

Voici les observations que cet examen lui inspire, au paragraphe 68 de ses motifs :

À l'évidence, le Canada était obligé de reconnaître que M. Khadr, étant un enfant, risquait de se trouver coincé dans un conflit armé par suite de sa situation personnelle et sociale en 2002 et plus tôt. Le Canada ne peut se désister du fait d'avoir reconnu qu'il est nécessaire de protéger les mineurs, tels que M. Khadr, qui sont plongés dans des hostilités avant de pouvoir juger mûrement des choix qu'ils ont à faire.

[94] Enfin, au paragraphe 70 de ses motifs, que j'ai déjà reproduit, le juge passe en revue un certain nombre de facteurs additionnels qu'il estimait pertinents pour se prononcer sur cette question.

[95] Le juge O'Reilly s'est ensuite demandé si l'obligation de protéger M. Khadr était un principe de justice fondamentale. Il répond à cette question par l'affirmative et, au paragraphe 75 de ses motifs, il conclut que les principes de justice fondamentale obligeaient le Canada « à protéger M. Khadr en prenant des mesures appropriées pour veiller à ce que son traitement cadre avec les normes internationales en matière de droits de la personne ». Cependant, nulle part dans ses motifs le juge n'examine les démarches entreprises par le Canada ni ne tient compte, à mon humble avis, du contexte de la détention de M. Khadr et du fait que la capacité du Canada de le protéger était limitée. Plus particulièrement, en imposant des obligations au Canada sur le fondement des instruments internationaux auxquels le Canada a adhéré, le juge O'Reilly n'a pas reconnu la portée territoriale limitée de ces instruments.

[96] Il ressort des motifs du juge que celui-ci a formulé l'obligation du Canada de protéger M. Khadr dans les termes les plus absolus, sans tenir compte du contexte effectif de sa détention. Il s'ensuit que je suis absolument incapable de comprendre comment le Canada pourrait arriver à s'acquitter de l'obligation de protection que le juge O'Reilly a définie, en particulier au paragraphe 64 de ses motifs. Ainsi, comment le Canada pourrait-il empêcher M. Khadr d'être illégalement détenu par l'armée américaine à la baie de Guantánamo? De plus, comment le Canada pourrait-il empêcher les États-Unis de garder M. Khadr en détention « pendant un temps qui dépasse la durée la plus brève possible »? Et comment le Canada pourrait-il soustraire M. Khadr

[97] I must confess that I have serious doubts about the soundness of O'Reilly J.'s assertion, found at paragraph 65 of his reasons, that Canada was bound "to take all appropriate measures to promote Mr. Khadr's physical, psychological and social recovery." With respect, the Judge again appears to have forgotten that Mr. Khadr was and is detained at Guantánamo Bay by the U.S. military.

[98] The statements made by O'Reilly J. explain, in my view, why he did not give serious consideration to the steps taken by Canada from the moment it learned of Mr. Khadr's arrest in Afghanistan. In my view, these steps, when considered in their proper context, are sufficient for me to conclude that Canada met its duty to protect Mr. Khadr. In other words, the only possible steps that Canada could take, looking at the matter fairly and realistically, are the ones that it took through the diplomatic channel which I have outlined at paragraph 88 of these reasons. To this I would add that there were, in my view, no specific means by which Canada was bound to act. As the only means available to Canada were through the diplomatic channel, the means to be employed could only be determined by Canada in the exercise of its powers regarding matters of foreign policy and national interest.

[99] In summary, Canada sought consular access for Mr. Khadr, which the U.S. refused. It also requested the U.S. not transfer Mr. Khadr to Guantánamo Bay, given his age, but to no avail. Further, Canada, on a separate occasion, attempted to convince the U.S. that Mr. Khadr, given his age, should be transferred to a facility for juvenile enemy combatants. In the fall of 2003, Canada expressed its concerns to the U.S. that Mr. Khadr could be subject to the death penalty and sought assurances with regard to his medical situation. In June 2004, Canada sought assurances from the U.S. that detainees in Guantánamo Bay would be treated in accordance with international humanitarian and human rights laws. Further, throughout 2004, Canada continued to monitor

« à une période prolongée de détention illégale parmi des détenus adultes » ?

[97] Je dois avouer que j'ai de sérieux doutes au sujet du bien-fondé de l'affirmation du juge O'Reilly, que l'on trouve au paragraphe 65 de ses motifs, suivant laquelle le Canada « se trouvait dans l'obligation de prendre toutes les mesures voulues pour favoriser le rétablissement physique, psychologique et social de M. Khadr ». En toute déférence, il semble que le juge ait une fois de plus oublié que M. Khadr était détenu par l'armée américaine à Guantánamo et que c'est toujours le cas.

[98] Les propos qu'a tenus le juge O'Reilly permettent, selon moi, de comprendre pourquoi il n'a pas sérieusement tenu compte des démarches que le Canada a entreprises dès qu'il a été mis au courant de l'arrestation de M. Khadr en Afghanistan. À mon avis, lorsqu'on les situe comme il se doit dans leur contexte, ces démarches étaient suffisantes pour pouvoir conclure que le Canada s'est acquitté de son obligation de protéger M. Khadr. En d'autres termes, les seules démarches que le Canada pouvait entreprendre, si l'on envisage la situation de façon juste et réaliste, sont celles qu'il a entreprises par la voie diplomatique, ainsi que je l'ai expliqué au paragraphe 88 des présents motifs. J'ajouterais que le Canada n'était pas assujéti à une obligation de moyens. Comme le seul moyen d'action du Canada était la voie diplomatique, les moyens à employer ne pouvaient être déterminés que par le Canada dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs en matière de politique étrangère et de défense de l'intérêt national.

[99] En résumé, le Canada a demandé que M. Khadr ait accès à des services consulaires, ce que les États-Unis ont refusé. Il a également demandé sans succès aux États-Unis de ne pas transférer M. Khadr à la prison de la baie de Guantánamo, en raison de son âge. De plus, à une autre occasion, le Canada a essayé de convaincre les États-Unis que, vu son jeune âge, M. Khadr devait être transféré dans un établissement pour jeunes combattants ennemis. À l'automne 2003, le Canada a fait part aux États-Unis de sa crainte que M. Khadr encourt la peine de mort, et il a réclamé des assurances au sujet de son état de santé. En juin 2004, le Canada a demandé aux États-Unis l'assurance que les détenus de la prison de la baie de Guantánamo seraient traités conformément au

Mr. Khadr's situation and kept in contact with U.S. officials in that regard. In July 2004, Canada informed the U.S. that it expected that Mr. Khadr would be entitled to judicial review of his detention before a court of law, in accordance with due process and international law. In January 2005, upon receipt of reports that physical and psychological coercion was being used against detainees at Guantánamo Bay, Canada made it known to the U.S. that it expected detainees to be treated humanely and that perpetrators of mistreatment would be brought to justice.

[100] During 2005 and 2006, Canada requested that Mr. Khadr be provided with independent medical attention. Although the U.S. continued to refuse consular access to Mr. Khadr during 2005, it permitted Canadian officials to conduct welfare visits with Mr. Khadr in Guantánamo Bay. Such visits were made in March and December 2005, in July 2006, in June, August and November of 2007, as well as in February through June of 2008.

[101] Other than the fact that Canada, as determined by the Supreme Court of Canada in *Khadr*, above, should not have proceeded with interviews in 2003 and 2004 and should not have provided the information obtained therefrom to U.S. authorities, I cannot see how Canada's conduct can be criticized. Thus, in the end, it appears that what has given rise to the Judge's order is the fact that Canadian officials questioned Mr. Khadr in 2003 and 2004. That breach, in my respectful view, has been remedied by the order made by the Supreme Court in *Khadr*, above. Hence, notwithstanding the fact that the interviews should not have taken place, and considering the reality of Mr. Khadr's detention, I am satisfied that the steps taken by Canada from 2002 to 2008 are sufficient to satisfy Canada's duty to protect Mr. Khadr. The scope of Canada's duty, as I have attempted to explain, must necessarily depend on the circumstances of

droit humanitaire international et au droit international des droits de la personne. En outre, pendant toute l'année 2004, le Canada a continué à suivre de près la situation de M. Khadr et est demeuré en contact avec les autorités américaines à ce sujet. En juillet 2004, le Canada a fait savoir aux États-Unis qu'il s'attendait à ce 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. En janvier 2005, après avoir pris connaissance de rapports établissant que l'on recourait à la contrainte physique et psychologique contre les détenus de la prison de la baie de Guantánamo, le Canada a fait savoir aux États-Unis qu'il s'attendait à ce que les détenus soient traités avec humanité et que les auteurs des mauvais traitements soient traduits en justice.

[100] En 2005 et en 2006, le Canada a demandé que M. Khadr fasse l'objet d'une évaluation médicale indépendante. Bien que les États-Unis aient continué à refuser à M. Khadr l'accès à des services consulaires en 2005, ils ont permis à des représentants canadiens de lui rendre visite à la baie de Guantánamo pour s'assurer de son bien-être. De telles visites ont eu lieu en mars et décembre 2005, en juillet 2006, ainsi qu'en juin, août et novembre 2007, et par la suite, chaque mois, de février à juin 2008.

[101] Hormis le fait que, comme la Cour suprême du Canada l'a jugé dans l'arrêt *Khadr*, précité, le Canada n'aurait pas dû procéder aux interrogatoires en 2003 et 2004 et qu'il n'aurait pas dû relayer aux autorités américaines les renseignements recueillis lors de ces interrogatoires, je ne vois pas comment on pourrait critiquer la conduite du Canada. En fin de compte, il semble donc que c'est le fait que des responsables canadiens ont interrogé M. Khadr en 2003 et en 2004 qui explique l'ordonnance que le juge a prononcée. Or, à mon humble avis, cette violation a été corrigée par l'ordonnance rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *Khadr*, précité. Ainsi donc, en dépit du fait que les interrogatoires n'auraient pas dû avoir lieu, et compte tenu des conditions de détention de M. Khadr, je suis convaincu que les mesures prises par le Canada de 2002 à 2008 étaient suffisantes pour lui permettre de s'acquitter de son obligation de

the case, and in the present matter, on the circumstances of Mr. Khadr's detention.

[102] I would add that I also cannot agree with the statement made by O'Reilly J., at paragraph 52 of his reasons that, by questioning Mr. Khadr, Canada had been knowingly involved in his mistreatment. In my view, that determination cannot find any basis in the evidence before us. The fact that Canada had been made aware that U.S. authorities were using sleep deprivation as an interrogation technique, cannot, *per se*, lead to the conclusion that Canada participated therein or was somehow culpable in regard thereto. Canadian officials did not participate in or condone Mr. Khadr's mistreatment. Nor, in my view, can it be seriously said that Canada either directly or indirectly intended to mistreat Mr. Khadr. On the contrary, as the evidence clearly shows, Canada took a number of steps, which I have already outlined, to insure Mr. Khadr's security. It should also be borne in mind that at the time that the interviews were conducted, the U.S. neither permitted consular access nor had it yet authorized welfare visits. In fact, both before and after the interviews, Canadian officials pressed the U.S. to have access to Mr. Khadr in order to assess his welfare. Also, various requests were made by Canada to the U.S. regarding Mr. Khadr's treatment. It was only in March 2005 that Canadian officials were allowed to conduct welfare visits with Mr. Khadr.

[103] I therefore conclude that if section 7 of the Charter imposed a duty on Canada to protect Mr. Khadr, Canada has fulfilled that duty.

[104] I now turn to the remedy granted by O'Reilly J., which, in my view, constitutes his second error.

protéger M. Khadr. Ainsi que j'ai tenté de l'expliquer, l'étendue de l'obligation du Canada dépend nécessairement des circonstances de l'espèce et, dans le cas qui nous occupe, des circonstances entourant la détention de M. Khadr.

[102] Je tiens à ajouter que je ne puis souscrire aux propos du juge O'Reilly lorsqu'il affirme, au paragraphe 52 de ses motifs, qu'en interrogeant M. Khadr, le Canada a participé consciemment aux mauvais traitements qui lui ont été infligés. À mon avis, cette conclusion ne trouve aucun appui dans les éléments de preuve qui ont été portés à notre connaissance. Le fait que le Canada a appris que les autorités américaines utilisaient une technique d'interrogatoire consistant à priver les détenus de sommeil ne peut, à lui seul, emporter la participation du Canada à cette procédure ou entraîner une quelconque responsabilité de sa part à cet égard. Les autorités canadiennes n'ont pas participé aux mauvais traitements qu'a subis M. Khadr et elles n'ont pas fermé les yeux sur de tels traitements. On ne saurait non plus sérieusement prétendre, à mon avis, que le Canada avait directement ou indirectement l'intention de soumettre M. Khadr à de mauvais traitements. Au contraire, ainsi que la preuve le démontre à l'évidence, le Canada a pris une série de mesures, que j'ai déjà relatées, pour assurer la sécurité de M. Khadr. Il faut également se rappeler qu'au moment où les interrogatoires ont eu lieu, les États-Unis ne permettaient pas l'accès à des services consulaires et n'avaient pas encore autorisé les visites visant à s'assurer du bien-être de M. Khadr. En fait, tant avant qu'après les interrogatoires, les autorités canadiennes ont exercé des pressions auprès des États-Unis pour pouvoir se rendre auprès de M. Khadr afin de s'assurer de son bien-être. De plus, le Canada a formulé plusieurs demandes aux États-Unis au sujet du traitement de M. Khadr. Ce n'est qu'en mars 2005 que des responsables canadiens ont été autorisés à rendre visite à M. Khadr pour s'assurer de son bien-être.

[103] Je conclus donc que, si l'article 7 de la Charte imposait au Canada l'obligation de protéger M. Khadr, le Canada s'est effectivement acquitté de cette obligation.

[104] Je passe maintenant à la réparation accordée par le juge O'Reilly, laquelle, à mon sens, constitue, la seconde erreur qu'il a commise.

[105] Canada argues, and I agree, that the redress granted by O'Reilly J. appears to be an attempt by him to address the fact that Canada had knowledge of his mistreatment in 2004. As I have already stated, Canada's knowledge does not constitute participation in Mr. Khadr's mistreatment. I will therefore say no more on that point.

[106] In my opinion, the remedy granted by O'Reilly J. exceeds the role of the Federal Court and is not within the power of the Court to grant. Ordering Canada to request the repatriation of Mr. Khadr constitutes, in my view, a direct interference into Canada's conduct of its foreign affairs. It is clear that Canada has decided not to seek Mr. Khadr's repatriation at the present time. Why Canada has taken that position is, in my respectful view, not for us to criticize or inquire into. Whether Canada should seek Mr. Khadr's repatriation at the present is a matter best left to the Executive. In other words, how Canada should conduct its foreign affairs, including the management of its relationship with the U.S. and the determination of the means by which it should advance its position in regard to the protection of Canada's national interest and its fight against terrorism, should be left to the judgment of those who have been entrusted by the democratic process to manage these matters on behalf of the Canadian people.

[107] In support of this view I wish to refer to two English decisions. The first one is *Abbasi & Anor; R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1598. In that case, the issue before the Court of Appeal was whether the Foreign Office could be compelled to make representations on behalf of Mr. Abbasi, a British national captured by the U.S. military in Afghanistan and detained since January 2002 at Guantánamo Bay, or to take other appropriate action on his behalf. In dismissing Mr. Abbasi's judicial review application, the Court, at paragraph 106 of its reasons, made the following points:

[105] Le Canada affirme — et j'abonde dans son sens — que la réparation que le juge O'Reilly a accordée semble être une tentative de sa part de tenir compte du fait que le Canada était au courant des mauvais traitements subis par M. Khadr en 2004. Ainsi que je l'ai déjà dit, le fait que le Canada était au courant n'emporte pas sa participation aux mauvais traitements infligés à M. Khadr. Je n'en dirai donc pas plus sur le sujet.

[106] À mon avis, la réparation accordée par le juge O'Reilly déborde le cadre des attributions de la Cour fédérale, qui n'avait pas le pouvoir de l'accorder. Ordonner au Canada de demander le rapatriement de M. Khadr constitue, à mon sens, une ingérence directe dans la conduite par le Canada de ses affaires étrangères. Il est manifeste que le Canada a décidé pour le moment de ne pas solliciter le rapatriement de M. Khadr. À mon humble avis, il ne nous appartient pas de critiquer ou de sonder les raisons pour lesquelles le Canada a adopté cette position. Il est préférable de laisser au pouvoir exécutif le soin de décider si le Canada devrait réclamer le rapatriement de M. Khadr. En d'autres termes, c'est à ceux qui sont chargés, dans le cadre du processus démocratique, de gérer ces questions au nom du peuple canadien qu'il revient de décider comment le Canada devrait conduire ses affaires étrangères, y compris ses relations avec les États-Unis, et d'arrêter les moyens par lesquels le Canada devrait faire valoir son point de vue pour défendre l'intérêt national du Canada et lutter contre le terrorisme.

[107] Pour étayer mon opinion, je citerai deux affaires anglaises. La première est l'affaire *Abbasi & Anor; R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1598. Dans cette affaire, la question soumise à la Cour d'appel était celle de savoir si l'on pouvait contraindre le Foreign Office à intervenir en faveur de M. Abbasi, un ressortissant britannique qui avait été capturé par l'armée américaine en Afghanistan et qui est détenu depuis janvier 2002 à la baie de Guantánamo, ou à prendre d'autres mesures appropriées en son nom. La Cour a rejeté la demande de contrôle judiciaire de M. Abbasi en expliquant ce qui suit, au paragraphe 106 de ses motifs :

We would summarise our views as to what the authorities establish as follows:

- i. It is not an answer to a claim for judicial review to say that the source of the power of the Foreign Office is the prerogative. It is the subject matter that is determinative.
- ii. Despite extensive citation of authority there is nothing which supports the imposition of an enforceable duty to protect the citizen. The European Convention on Human Rights does not impose any such duty. Its incorporation into the municipal law cannot therefore found a sound basis on which to consider the authorities binding on this court.
- iii. However the Foreign Office has discretion whether to exercise the right, which it undoubtedly has, to protect British citizens. It has indicated in the ways explained what a British citizen may expect of it. The expectations are limited and the discretion is a very wide one but there is no reason which its decision or inaction should not be reviewable if it can be shown that the same were irrational or contrary to legitimate expectations; but the court cannot enter the forbidden areas, including decisions affecting foreign policy.
- iv. It is highly likely that any decision of the Foreign and Commonwealth Office, as to whether to make representations on a diplomatic level, will be intimately connected with decisions relating to this country's foreign policy, but an obligation to consider the position of a particular British citizen and consider the extent to which some action might be taken on his behalf, would seem unlikely itself to impinge on any forbidden area.
- v. The extent to which it may be possible to require more than that the Foreign Secretary give due consideration to a request for assistance will depend on the facts of the particular case. [Emphasis added.]

[108] I wish to emphasize more particularly point Nos. iii, iv and v, where the Court states that it cannot interfere with decisions affecting foreign policy, that decisions made by the Foreign and Commonwealth Office

[TRADUCTION] Voici comment nous pourrions résumer notre opinion en ce qui concerne les principes établis par la jurisprudence :

- i. En réponse à une demande de contrôle judiciaire, le défendeur est irrecevable à prétendre que le Foreign Office tire ses pouvoirs de la prérogative royale. C'est le sujet en cause qui est déterminant.
- ii. Malgré l'abondante jurisprudence qui a été citée, il n'y a rien qui permette d'affirmer que l'État a, en matière de protection de ses ressortissants, une obligation dont on peut obtenir l'exécution devant les tribunaux. La Convention européenne des droits de l'homme n'impose pas une telle obligation. Le fait que cette convention ait été incorporée en droit interne ne saurait donc constituer un motif valable qui permettrait à notre Cour de s'estimer liée par cette jurisprudence.
- iii. Le Foreign Office a cependant toute latitude pour décider de l'opportunité d'exercer le droit — droit qu'il possède incontestablement — de protéger les citoyens britanniques. Il a précisé ce à quoi un citoyen britannique peut s'attendre de lui. Les attentes en la matière ne sont pas illimitées et la latitude dont jouit le Foreign Office est très vaste. Cependant, il n'y a aucune raison qui justifierait de ne pas soumettre sa décision ou son inaction à un contrôle judiciaire si l'on peut démontrer qu'il a agi de manière irrationnelle ou contrairement aux attentes légitimes. Les tribunaux ne peuvent toutefois s'engager dans des zones interdites, notamment pour tout ce qui a trait aux décisions touchant la politique étrangère.
- iv. Il est tout à fait probable que les décisions du Foreign and Commonwealth Office en matière d'intervention sur le plan diplomatique seront étroitement liées aux décisions touchant la politique étrangère de ce pays, mais il semble improbable qu'en soi, une obligation de tenir compte de la situation d'un ressortissant britannique déterminé et d'examiner dans quelle mesure une intervention pourrait être faite en sa faveur, empièterait sur des zones interdites.
- v. La mesure dans laquelle il peut être possible d'exiger du Secrétaire au Foreign Office qu'il ne se contente pas de tenir dûment compte de la demande d'assistance dépend des faits de l'espèce. [Non souligné dans l'original.]

[108] J'insiste plus particulièrement sur les éléments iii, iv et v, où la Cour affirme qu'elle ne peut intervenir dans les décisions touchant la politique étrangère, que les décisions du Foreign and Commonwealth Office

as to whether representations should be made on behalf of a citizen “will be intimately connected with decisions relating to this country’s foreign policy”, and that requiring the Foreign Secretary to do more than give due consideration to a request “will depend on the facts of a particular case.”

[109] The fact that Canadian officials conducted interviews which ought not to have been conducted does not allow us, in my respectful view, to enter what the English Court of Appeal has characterized as constituting “the forbidden areas”. The existence of circumstances much more exceptional than those of this case would be required for us to consider intruding into matters of foreign policy and national interest.

[110] In a subsequent decision, *Al Rawi & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Anor*, [2006] EWCA Civ 1279, the English Court of Appeal reiterated the view which it had expressed in *Abbasi*, above. There, three of the appellants were residents of the United Kingdom and were detained at Guantánamo Bay. They requested the Foreign Secretary to ask the U.S. government to release them. Following a negative answer, the appellants sought an order of the High Court ordering the Foreign Secretary to make such a request. The evidence before the Court was that the Foreign Secretary was of the view that such a request should not be made. As the Court puts it at paragraph 1 of its reasons:

The evidence is that it is against her [the Foreign Secretary] ... better judgment to do so. She considers that it would probably be seen by the United States as unjustified special pleading by the United Kingdom, and would be likely to be both ineffective and counterproductive.

[111] In addition to reiterating the view expressed in *Abbasi*, above, the Court of Appeal, at paragraphs 147 and 148, made the following remarks:

quant à savoir s’il convient d’intervenir en faveur d’un citoyen [TRADUCTION] « seront étroitement liées aux décisions touchant la politique étrangère de ce pays », et que la possibilité d’exiger du Secrétaire au Foreign Office qu’il ne se contente pas de tenir dûment compte de la demande d’assistance [TRADUCTION] « dépend des faits de l’espèce ».

[109] Le fait que les autorités canadiennes ont mené des interrogatoires qui n’auraient pas dû avoir lieu ne nous autorise pas, à mon humble avis, à nous engager dans ce que la Cour d’appel de l’Angleterre appelle [TRADUCTION] « des zones interdites ». Il faudrait des circonstances beaucoup plus exceptionnelles que celles dont il a été fait état dans le cas qui nous occupe pour que nous envisagions la possibilité de nous immiscer dans des questions de politique étrangère et d’intérêt national.

[110] Dans un arrêt ultérieur, *Al Rawi & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Anor*, [2006] EWCA Civ 1279, la Cour d’appel de l’Angleterre a réaffirmé l’opinion qu’elle avait exprimée dans l’arrêt *Abbasi*, précité. Dans l’affaire *Al Rawi*, trois des appelants, des résidents du Royaume-Uni, étaient détenus à la prison de la baie de Guantánamo. Ils demandaient à la Secrétaire au Foreign Office d’intervenir auprès du gouvernement américain pour obtenir leur libération. Après avoir essuyé un refus, les appelants ont demandé à la Haute Cour d’ordonner à la Secrétaire au Foreign Office de présenter une telle demande. Suivant les éléments de preuve dont disposait la Cour, la Secrétaire au Foreign Office était d’avis qu’il n’y avait pas lieu de formuler une telle demande. Comme la Cour l’explique, au paragraphe 1 de ses motifs :

[TRADUCTION] Suivant la preuve, la Secrétaire au Foreign Office [...] croit préférable d’agir ainsi. Elle estime qu’une intervention de sa part serait probablement perçue par les États-Unis comme une demande pressante spéciale injustifiée du Royaume-Uni et qu’elle serait probablement inefficace et ferait plus de mal que de bien.

[111] En plus de confirmer l’opinion qu’elle avait déjà exprimée dans l’arrêt *Abbasi*, précité, la Cour d’appel a formulé les remarques suivantes, aux paragraphes 147 et 148 :

For present purposes, we would approach the matter as follows. The courts have a special responsibility in the field of human rights. It arises in part from the impetus of the HRA, in part from the common law's jealousy in seeing that intrusive State power is always strictly justified. The elected government has a special responsibility in what may be called strategic fields of policy, such as the conduct of foreign relations and matters of national security. It arises in part from considerations of competence, in part from the constitutional imperative of electoral accountability. In *Secretary of State for the Home Department v. Rehman* [2003] 1 AC 153 Lord Hoffmann said at paragraph 62:

It is not only that the executive has access to special information and expertise in these matters. It is also that such decisions, with serious potential results for the community, require a legitimacy which can be conferred only by entrusting them to persons responsible to the community through the democratic process. If the people are to accept the consequences of such decisions, they must be made by persons whom the people have elected and whom they can remove.

This case has involved issues touching both the government's conduct of foreign relations, and national security: pre-eminently the former. In those areas the common law assigns the duty of decision upon the merits to the elected arm of government; all the more so if they combine in the same case. This is the law for constitutional as well as pragmatic reasons, as Lord Hoffmann has explained. The court's role is to see that the government strictly complies with all formal requirements, and rationally considers the matters it has to confront. Here, because of the subject-matter, the law accords to the executive an especially broad margin of discretion. This conclusion betrays no want of concern for the plight of the appellants. At the outset we described the case as acute on its facts, and so it is. But it is the court's duty to decide where lies the legal edge between the executive and judicial functions. That exercise has been this appeal's principal theme. [Emphasis added.]

[112] In the present matter, I can find absolutely no basis to justify the remedy granted by O'Reilly J. The fact that Canada has refused to request Mr. Khadr's repatriation and that Canada has not "pointed to any particular harm that would result" from granting such a

[TRADUCTION] Pour trancher le présent débat, nous aborderons la question sous l'angle suivant. Les tribunaux ont des obligations particulières en matière de droits de la personne. Ces obligations s'expliquent en partie par les dispositions de la Loi sur les droits de la personne et en partie par le soin jaloux avec lequel la common law veille à s'assurer que toute intervention de l'État soit toujours strictement justifiée. Le gouvernement élu a des obligations spéciales dans ce qu'on pourrait appeler le domaine de la stratégie politique, comme la conduite des affaires étrangères et les questions de sécurité nationale. Cette obligation s'explique en partie par des considérations de compétence et en partie par l'obligation faite par la Constitution de rendre des comptes à l'électorat. Dans l'arrêt *Secretary of State for the Home Department v. Rehman* [2003] 1 AC 153, lord Hoffmann dit ce qui suit, au paragraphe 62 :

Non seulement le pouvoir exécutif a accès à des sources d'information et d'expertise particulières en la matière, mais ces décisions, susceptibles d'avoir de graves répercussions sur la collectivité, doivent avoir une légitimité qui ne peut exister que si elles sont confiées à des personnes responsables devant la collectivité dans le cadre du processus démocratique. Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu'elle peut écarter.

La présente affaire soulève des questions qui ont trait surtout à la conduite des affaires étrangères par le gouvernement, mais aussi à la sécurité nationale. Dans ces domaines, la common law confie aux représentants élus du gouvernement le devoir de rendre une décision au mérite. Et ce principe est encore plus vrai lorsque les deux aspects sont combinés dans la même affaire. Ainsi que lord Hoffmann l'explique, c'est la loi, tant pour des raisons d'ordre constitutionnel que pour des raisons d'ordre pratique. Le rôle des tribunaux consiste à s'assurer que l'État se conforme rigoureusement à toutes les exigences formelles et qu'il examine de façon rationnelle la question qu'il est appelé à résoudre. En l'espèce, en raison du sujet en cause, la loi accorde au pouvoir exécutif une marge de manœuvre particulièrement large. En tirant cette conclusion, nous ne voudrions pas donner l'impression que le sort des appelants nous laisse indifférents. D'entrée de jeu, nous avons qualifié la présente affaire d'épineuse, vu l'ensemble des faits, et c'est bien le cas. Mais notre devoir consiste à tracer la ligne de démarcation entre les fonctions exécutives et les fonctions judiciaires. C'est à cet exercice que nous avons principalement consacré notre analyse dans le présent appel. [Non souligné dans l'original.]

[112] En l'espèce, je ne vois absolument rien qui pourrait justifier la réparation accordée par le juge O'Reilly. Le fait que le Canada a refusé de réclamer le rapatriement de M. Khadr et que le Canada n'a « fait état d'aucun préjudice particulier que pourrait occasion-



remedy is, in my respectful view, an irrelevant consideration. The remedy awarded by O'Reilly J. simply cannot be justified. In the circumstances, we must necessarily, as O'Reilly J. recognized earlier in his reasons, allow considerable discretion to the Executive in dealing with matters such as the one now before us. Canada has considered the question of whether repatriation should be requested and it has decided that it should not. That, in my view, should end the matter.

[113] I am also of the view that the remedy granted by O'Reilly J. is inappropriate in that it bears no connection to Canada's alleged breach of Mr. Khadr's rights under section 7 of the Charter. To repeat, it is the fact that Canadian officials interviewed Mr. Khadr in 2003 and 2004 and provided the information which they obtained to U.S. authorities coupled with O'Reilly J.'s finding that Canada was knowingly involved in Mr. Khadr's mistreatment which has led to the granting of the remedy.

[114] With respect, I cannot see the link between the inappropriateness of the interviews and the remedy of repatriation, a remedy which is, in my view, totally disproportionate in the circumstances. In *Khadr*, above, the Supreme Court dealt with Canada's breach by ordering that it provide Mr. Khadr with the information which it had passed on to U.S. authorities. Perhaps an order could have issued prohibiting Canada from using the information obtained from Mr. Khadr, should Canada ever decide to prosecute him in Canada. That remedy would have at least some connection to the alleged breach. It might also suffice, in the circumstances, for the Court to grant, as Canada suggests, a declaration indicating which actions of Canada are unconstitutional.

[115] I would add that the fact that O'Reilly J. believed that Canada's request for repatriation "would likely be granted by the United States" (see paragraph 88 of his

ner » l'octroi d'une telle réparation n'est pas, à mon humble avis, une considération pertinente. La réparation accordée par le juge O'Reilly ne peut tout simplement pas se justifier. Dans ces conditions, nous devons nécessairement, ainsi que le juge O'Reilly le reconnaît un peu plus haut dans ses motifs, laisser au pouvoir exécutif une très grande latitude pour traiter de questions comme celle qui nous est soumise. Le Canada s'est penché sur la question de l'opportunité de demander le rapatriement et il a décidé qu'il ne le réclamerait pas. Voilà qui, à mon avis, devrait vider le débat.

[113] J'estime par ailleurs que la réparation accordée par le juge O'Reilly est inopportune parce qu'elle n'a aucun lien avec la présumée violation, par le Canada, des droits garantis à M. Khadr par l'article 7 de la Charte. Je le répète, c'est le fait que les autorités canadiennes ont interrogé M. Khadr en 2003 et 2004 et qu'elles ont relayé aux autorités américaines les renseignements qu'elles avaient obtenus, ajouté à la conclusion du juge O'Reilly selon laquelle le Canada a consciemment participé aux mauvais traitements infligés à M. Khadr, qui sont à l'origine de sa décision d'accorder la réparation en question.

[114] En toute déférence, je ne vois pas de lien entre le caractère inopportun des interrogatoires et la réparation que constitue le rapatriement, laquelle est, à mon sens, totalement disproportionnée dans les circonstances. Dans l'arrêt *Khadr*, précité, la Cour suprême s'est penchée sur la question de la violation du Canada en lui ordonnant de communiquer à M. Khadr les renseignements qui avaient été relayés aux autorités américaines. La Cour aurait peut-être pu rendre une ordonnance interdisant au Canada de se servir des renseignements recueillis auprès de M. Khadr dans le cas où le Canada déciderait de le poursuivre au Canada. Une telle réparation aurait à tout le moins un certain rapport avec la violation reprochée. Il aurait aussi pu suffire, dans les circonstances de l'espèce, que la Cour rende, comme le Canada le suggère, un jugement déclaratoire précisant quels actes accomplis par le Canada sont inconstitutionnels.

[115] Je tiens à ajouter que le fait que le juge O'Reilly pensait que « les États-Unis accéderaient probablement à une demande [de rapatriement] du Canada » (au para-

reasons) is an irrelevant consideration and, in any event, is pure speculation on the part of the Judge. As I have attempted to make clear, the decision as to whether such a request should be made is one which ought to be made by Canada and not by O'Reilly J. or this Court. It is up to Canada, in the exercise of its powers over foreign policy to determine the most appropriate course of action in dealing with the U.S. with regard to Mr. Khadr's situation.

[116] One final matter. Because O'Reilly J. found that Mr. Khadr's rights under section 7 had been breached, he did not address the other grounds raised by Mr. Khadr, who argued that his rights under sections 6 and 12 of the Charter had been breached.

[117] In my view, as neither one of these sections was breached, Canada cannot be required thereunder to request Mr. Khadr's repatriation. Section 6 of the Charter provides that every citizen of Canada "has the right to enter, remain in and leave Canada." However, Canadian officials have not deprived Mr. Khadr of this right to enter the country; rather, it is U.S. officials who are detaining him in Guantánamo Bay. If or when Mr. Khadr is released by the U.S., he will retain his constitutional right to enter Canada. In fact, Canada says that if he is convicted by the U.S. Military Commission, he may make an application under the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21 to serve his sentence in Canada.

[118] Section 12 of the Charter provides that "[e]veryone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment." However, the mistreatment suffered by Mr. Khadr in Guantánamo Bay was imposed by U.S. officials, not by Canadian agents, and section 12 of the Charter is not applicable to charges or punishments under foreign law (see *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at pages 846–847; see also Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented, Vol. 2 (Toronto: Thomson/Carswell, 2007), at page 47-25). The fact that Canadian officials interviewed Mr. Khadr cannot amount

graphe 88 de ses motifs) est une considération dénuée de pertinence et constitue de toute façon de la pure spéculation de sa part. Ainsi que j'ai tenté de le démontrer le plus clairement possible, la décision quant à l'opportunité de présenter une telle demande appartient au Canada et non au juge O'Reilly ou à notre Cour. C'est au Canada, dans l'exercice de ses pouvoirs en matière de politique étrangère, qu'il appartient de décider de la ligne de conduite la plus appropriée qu'il convient d'adopter face aux États-Unis dans le cas de M. Khadr.

[116] Un dernier point. Comme il a conclu que les droits garantis à M. Khadr par l'article 7 avaient été violés, le juge O'Reilly n'a pas abordé les autres moyens invoqués par M. Khadr, qui soutenait que les droits qu'il possédait en vertu des articles 6 et 12 de la Charte avaient également été violés.

[117] À mon avis, comme ni l'un ni l'autre de ces articles n'a été violé, on ne peut forcer le Canada à réclamer le rapatriement de M. Khadr en vertu de ces articles. L'article 6 de la Charte prévoit que tout citoyen canadien « a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir ». Toutefois, les responsables canadiens n'ont pas privé M. Khadr de ce droit d'entrer au pays; ce sont en fait les autorités américaines qui le retiennent à la prison de la baie de Guantánamo. Si jamais M. Khadr est mis en liberté par les États-Unis, il aura alors conservé son droit constitutionnel de rentrer au Canada. En fait, le Canada affirme que, si M. Khadr est reconnu coupable par la commission militaire américaine, il peut demander de purger sa peine au Canada en vertu de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21.

[118] L'article 12 de la Charte dispose : « [c]hacon a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ». Cependant, les mauvais traitements qu'a subis M. Khadr à la baie de Guantánamo lui ont été infligés par les autorités américaines, et non par des représentants du Canada, et l'article 12 de la Charte ne s'applique pas aux accusations ou aux peines prévues par une loi étrangère (*Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, aux pages 846 et 847; voir aussi Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd. supplémentée, vol. 2 (Toronto : Thomson/Carswell, 2007), à la page 47-25). Le fait que des responsables

to cruel and unusual treatment, even if these officials were aware that Mr. Khadr had been deprived of sleep. Mere knowledge of Mr. Khadr's mistreatment cannot be equated with participation in such mistreatment.

[119] For these reasons, I would allow the appeal with costs and I would dismiss Mr. Khadr's judicial review application, also with costs.

canadiens ont interrogé M. Khadr ne peut être considéré comme un traitement cruel ou inusité, et ce, même si ces responsables étaient au courant que M. Khadr avait été privé de sommeil. La simple connaissance des mauvais traitements subis par M. Khadr n'emportait pas une participation à ces mauvais traitements.

[119] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel avec dépens et je rejetterais la demande de contrôle judiciaire de M. Khadr, également avec dépens.

A-210-08  
2009 FCA 145

A-210-08  
2009 CAF 145

**Jaime Carrasco Varela** (*Appellant*)

**Jaime Carrasco Varela** (*appelant*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(*intimé*)

**INDEXED AS: VARELA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : VARELA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Noël, Nadon and Pelletier JJ.A.—Toronto, January 28; Ottawa, May 6, 2009.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Nadon et Pelletier, J.C.A.—Toronto, 28 janvier; Ottawa, 6 mai 2009.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Immigration and Refugee Board decision appellant inadmissible to Canada — Decision of Federal Court on judicial review of Board decision final except where Judge certifying serious question of general importance, states that question — Issue herein whether Judge properly exercising discretion to certify question — Scheme of Immigration and Refugee Protection Act designed to ensure that claimant's right of appeal not invoked lightly, Court's intervention timely — Serious question of general importance one that is dispositive of appeal, must arise from issues in case, not judge's reasons — Here, none of questions certified by application Judge dispositive of appeal — Absence of serious question of general importance meaning pre-condition to right of appeal not met — Appeal dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié statuant que l'appellant est interdit de territoire au Canada — La décision de la Cour fédérale, lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la CISR est définitive, sauf lorsque le juge certifie et énonce une question grave de portée générale — Le point litigieux en l'espèce était de savoir si le juge a exercé à juste titre son droit de certifier des questions — Le régime de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés est conçu pour faire en sorte que le droit d'appel du demandeur d'asile ne soit pas invoqué à la légère et que l'intervention des tribunaux ait lieu en temps opportun — Une question grave de portée générale est une question qui permet de trancher l'appel et elle découle des questions en litige dans l'affaire et non des motifs du juge — En l'espèce, aucune question certifiée par le juge de première instance ne permettait de trancher l'appel — L'absence d'une question grave de portée générale signifiait que la condition préalable à l'existence d'un droit d'appel n'était pas remplie — Appel rejeté.*

This was an appeal from the Federal Court decision dismissing an application for judicial review of the Immigration and Refugee Board's (IRB) decision that the appellant was inadmissible to Canada pursuant to paragraph 35(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act). After circulating a draft of his reasons to give counsel the opportunity to suggest questions for certification, the application Judge certified five questions for appeal, four of which were suggested by counsel for the appellant, and one which was raised by the Judge himself. The dominant issue was the appropriateness of the questions certified and the consequences of inappropriate certified questions on the appellant's right of appeal.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et de la protection des réfugiés (la CISR) statuant que l'appellant était interdit de territoire au Canada en vertu de l'alinéa 35(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi). Après avoir communiqué une ébauche de ses motifs pour que l'avocat ait l'occasion de proposer des questions à certifier, le juge de première instance a certifié cinq questions en vue d'un appel, dont quatre ont été proposées par l'avocat de l'appellant et dont une a été soulevée par le juge lui-même. Le débat a principalement porté sur le caractère approprié des questions certifiées et sur les conséquences de questions certifiées inappropriées sur le droit d'appel de l'appellant.

*Held*, the appeal should be dismissed.

A decision of the Federal Court on judicial review of a decision of the IRB is intended to be final, with no right of appeal except where the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question, as set out by paragraph 74(d) of the Act. This provision fits within a larger scheme designed to ensure that a claimant's right to seek the intervention of the courts is not invoked lightly, and that such intervention, when justified, is timely. An integral part of this scheme is the presence of two "gatekeeper" provisions providing that (1) leave must be obtained to commence an application for judicial review, and (2) there is no right of appeal unless a judge of the Federal Court certifies that a question of general importance is raised by the application for judicial review. These provisions are designed to ensure that applications with no merit are dealt with in a timely manner. A serious question of general importance is one that is dispositive of the appeal and, while it is possible that a single case might raise more than one question of general importance, this would be the exception rather than the rule. Furthermore, such a question arises from the issues in the case, and not from the judge's reasons. In the present case, none of the questions certified by the application Judge were dispositive of the appeal.

Although the Supreme Court of Canada stated in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* that once a question has been certified, all issues raised by the appeal may be considered by the Court, it is a mistake to reason that any question that could be raised on appeal may be certified. The statutory requirement remains as stated in paragraph 74(d) of the Act. The absence of a serious question of general importance in the case at bar meant that the pre-condition to the right of appeal was not met, and therefore the appeal had to be dismissed.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24, ss. 4, 5, 6, 7.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(j) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3; S.C. 2000, c. 24, s. 55).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 35(1)(a), 36 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 3), 72 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 74.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 231.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

La décision rendue par la Cour fédérale, lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la CISR, est censée être définitive et sans appel, sauf lorsque le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et qu'il l'énonce, comme le prévoit l'alinéa 74d) de la Loi. Cette disposition s'inscrit dans un cadre plus vaste conçu pour faire en sorte que le droit du demandeur d'asile de réclamer l'intervention des tribunaux ne soit pas invoqué à la légère et que cette intervention, lorsqu'elle est justifiée, ait lieu en temps opportun. Deux dispositions de « contrôle » font partie intégrante de ce régime, soit 1) l'obligation d'obtenir l'autorisation de la Cour avant de pouvoir introduire une demande de contrôle judiciaire, et 2) l'absence de droit d'appel à moins qu'un juge de la Cour fédérale ne certifie que la demande de contrôle judiciaire soulève une question grave de portée générale. Ces dispositions visent à faire en sorte que les demandes sans fondement sont jugées en temps utile. Une question grave de portée générale est une question qui permet de trancher l'appel et, bien qu'une seule et même affaire puisse soulever plusieurs questions de portée générale, cette situation serait l'exception plutôt que la règle. Qui plus est, une telle question découle des questions en litige dans l'affaire et non des motifs du juge. En l'espèce, aucune question certifiée par le juge de première instance ne permettait de trancher l'appel.

Bien que la Cour suprême du Canada ait expliqué dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* qu'une fois qu'une question a été certifiée, le tribunal peut examiner toutes les questions soulevées par l'appel, il est erroné de tenir le raisonnement que toutes les questions qui peuvent être soulevées en appel peuvent être certifiées. L'obligation imposée par la loi demeure celle qui est énoncée à l'alinéa 74d) de la Loi. En l'espèce, l'absence d'une question grave de portée générale signifiait que la condition préalable à l'existence d'un droit d'appel n'était pas remplie et l'appel devait donc être rejeté.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24, art. 4, 5, 6, 7.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(j) (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), c. 30, art. 3; L.C. 2000, c. 24, art. 55).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 35(1)(a), 36 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 3), 72 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 74.  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 231.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998, 2187 U.N.T.S. 90.  
*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a).

## CASES CITED

## CONSIDERED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Varela*, [2007] I.D.D. No. 32 (QL); *Mugesara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, 254 D.L.R. (4th) 200, 28 Admin. L.R. (4th) 161; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173.

## REFERRED TO:

*Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 483, [2001] 4 F.C. 42, 205 F.T.R. 1; 15 Imm. L.R. (3d) 9; *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, 318 N.R. 365; *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306, (1992), 89 D.L.R. (4th) 173, 135 N.R. 390.

APPEAL from the decision of the Federal Court (2008 FC 436, [2009] 1 F.C.R. 605, 72 Imm. L.R. (3d) 236) dismissing an application for judicial review of the Immigration and Refugee Board's decision that the appellant was inadmissible to Canada pursuant to paragraph 35(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Micheal T. Crane* for appellant.  
*Jamie R. D. Todd* and *David B. Cranton* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Micheal T. Crane*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fa).  
*Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 90.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Varela*, [2007] D.S.I. n° 32 (QL); *Mugesara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 483, [2001] 4 C.F. 42; *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89; *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306.

APPEL de la décision (2008 CF 436, [2009] 1 R.C.F. 605) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et de la protection des réfugiées statuant que l'appelant était interdit de territoire au Canada en vertu de l'alinéa 35(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Appel rejeté.

## ONT COMPARU

*Micheal T. Crane* pour l'appellant.  
*Jamie R. D. Todd* et *David B. Cranton* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Micheal T. Crane*, Toronto, pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

PELLETIER J.A.:

## INTRODUCTION

[1] This is an appeal from the decision of Mr. Justice Harrington (the application Judge), reported as 2008 FC 436, [2009] 1 F.C.R. 605, in which he dismissed an application for judicial review of the decision of the Immigration and Refugee Board (IRB) that the appellant, Mr. Jaime Carrasco Varela, was inadmissible to Canada pursuant to paragraph 35(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27. Although a number of grounds of appeal were raised, the dominant issue on appeal was the appropriateness of the questions certified by the application Judge, and the consequences of inappropriate certified questions on Mr. Carrasco Varela's right of appeal.

## THE FACTS

[2] Mr. Carrasco Varela entered Canada as a refugee claimant on August 1, 1991. His claim for Convention refugee status was heard in December 1991. The Convention Refugee Determination Division rejected his claim in March 1992 on the basis that he was excluded from refugee protection by Article 1F(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, 28 July 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (entered into force 22 April 1954), because there were serious reasons to consider that he had committed a crime against humanity. Mr. Carrasco Varela's application for leave to appeal from that decision was dismissed.

[3] Notwithstanding this decision, Mr. Carrasco Varela remained in Canada on a Minister's permit and, in due course, filed an inland application for permanent resident status on humanitarian and compassionate (H&C) grounds. In the course of the processing of that application, a senior immigration officer determined that Mr.

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

## INTRODUCTION

[1] La Cour est saisie de l'appel de la décision 2008 CF 436, [2009] 1 R.C.F. 605 par laquelle le juge Harrington (le juge de première instance) a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR) statuant que M. Jaime Carrasco Varela était interdit de territoire au Canada en vertu de l'alinéa 35(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27. Bien que plusieurs moyens d'appel aient été soulevés, le débat a principalement porté, dans le présent appel, sur le caractère approprié des questions certifiées par le juge de première instance et sur les conséquences de questions certifiées inappropriées sur le droit d'appel de M. Carrasco Varela.

## LES FAITS

[2] M. Carrasco Varela est entré au Canada le 1<sup>er</sup> août 1991 en tant que revendicateur du statut de réfugié. Sa revendication du statut de réfugié a été entendue en décembre 1991. La Section du statut de réfugié a rejeté sa demande en mars 1992 au motif qu'il était exclu de la protection accordée aux réfugiés aux termes de l'alinéa a) de la section F de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, entrée en vigueur le 22 avril 1954, parce qu'on avait des raisons sérieuses de penser qu'il avait commis un crime contre l'humanité. M. Carrasco Varela a été débouté de sa demande d'autorisation d'interjeter appel de cette décision.

[3] Malgré cette décision, M. Carrasco Varela est resté au Canada en vertu d'un permis ministériel et il a présenté en temps utile, du Canada, une demande de résidence permanente fondée sur des considérations d'ordre humanitaire (demande CH). L'agent d'immigration principal chargé d'examiner sa demande a estimé que M.

Carrasco Varela was inadmissible to Canada under paragraph 19(1)(j) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3; S.C. 2000, c. 24, s. 55] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.

[4] Mr. Carrasco Varela brought an application for judicial review of the senior immigration officer's decision on grounds of procedural fairness. That application was heard by Madam Justice Dawson who allowed it on the basis that the senior immigration officer did not take into account the defences of obedience to superior orders and compulsion: see *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 483, [2001] 4 F.C. 42, at paragraphs 27–33. As a result, Mr. Carrasco Varela made a fresh H&C application, which remains outstanding to this date.

[5] Concurrently with the refusal of the application for permanent resident status, the Minister also instituted proceedings leading to an inquiry (now called an admissibility hearing) as to whether Mr. Carrasco Varela was inadmissible to Canada under paragraph 19(1)(j) of the *Immigration Act*. Despite the fact that the inquiry began on January 19, 2000, a decision was not rendered until January 2007, by which time the *Immigration Act* had been replaced by the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act). The IRB held that Mr. Carrasco Varela was inadmissible to Canada under paragraph 35(1)(a) of the Act, the successor to paragraph 19(1)(j) of the *Immigration Act*. That decision was the subject of the judicial review in the Federal Court.

[6] The IRB's decision was based on findings of fact in relation to three time periods. The first is Mr. Carrasco Varela's period of service as a guard at El Chipote prison near Managua, Nicaragua. The IRB found that Mr. Carrasco Varela took part in atrocities and participated in the inhumane treatment of prisoners. The atrocities were committed against "a civilian population, nationals of Nicaragua who were in opposition to the official party of this country": see *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Varela*, [2007] I.D.D. No. 32 (QL), at paragraphs 60, 67 (*Varela*). In a statement given to immigration officials, Mr. Carrasco Varela reportedly said that El Chipote prison was "a detention centre used

Carrasco Varela était non admissible aux termes de l'alinéa 19(1)j) [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. 2000, ch. 24, art. 55] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.

[4] M. Carrasco Varela a introduit une demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agent principal en invoquant des raisons d'équité procédurale. La demande a été entendue par la juge Dawson, qui l'a accueillie au motif que l'agent principal n'avait pas tenu compte des moyens de défense fondés sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et sur la contrainte (*Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 483, [2001] 4 C.F. 42, aux paragraphes 27 à 33). M. Carrasco Varela a donc présenté une nouvelle demande CH qui n'a pas encore été tranchée.

[5] Le rejet de la demande sollicitant le statut de résident permanent a coïncidé avec l'introduction par le ministre de procédures menant à la tenue d'une enquête visant à vérifier si M. Carrasco Varela était non admissible au Canada aux termes de l'alinéa 19(1)j) de la *Loi sur l'immigration*. Malgré le fait que l'enquête a commencé le 19 janvier 2000, la décision n'a été rendue qu'en janvier 2007. La *Loi sur l'immigration* avait alors été remplacée par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi). La CISR a statué que M. Carrasco Varela était interdit de territoire au Canada en vertu de l'alinéa 35(1)a) de la Loi, qui succédait à l'alinéa 19(1)j) de la *Loi sur l'immigration*. Cette décision a fait l'objet d'un contrôle judiciaire à la Cour fédérale.

[6] La CISR a fondé sa décision sur des conclusions de fait se rapportant à trois périodes différentes. La première concernait la période durant laquelle M. Carrasco Varela avait exercé les fonctions de gardien à la prison d'El Chipote, près de Managua, au Nicaragua. La CISR a conclu que M. Carrasco Varela avait participé aux atrocités et au traitement inhumain des prisonniers. Les atrocités avaient été commises « contre la population civile, des ressortissants du Nicaragua qui s'opposaient au parti officiel du pays à l'époque » (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Varela*, [2007] D.S.I. n° 32 (QL), aux paragraphes 60 et 67 (*Varela*)). Dans une déclaration faite à des agents d'immigration,



solely to detain political prisoners”: see *Varela*, at paragraph 63.

[7] The second is the period during which Mr. Carrasco Varela was transferred from El Chipote prison to serve in a rural garrison. The IRB found that he was involved in killing peasants in the course of anti-insurgency operations against the Contras. The IRB specifically discounted Mr. Carrasco Varela’s evidence that he was able to avoid active military service while in the countryside by obtaining a false medical certificate indicating that he had a heart condition.

[8] The third is the period following his return from the countryside to El Chipote prison. Four individuals who had kidnapped a Soviet military attaché to Nicaragua were taken from the prison and summarily executed. Although Mr. Carrasco Varela was a member of the execution squad, he claimed that he had refused to take part in the shooting and was beaten by his commander as a result. The IRB did not believe his evidence and concluded that he participated in the murder of the four men.

[9] On the basis of these conclusions, the IRB found that there were reasonable grounds to believe that Mr. Carrasco Varela was inadmissible to Canada on the basis that he was a foreign national who had committed acts outside Canada that constitute an offence referred to in sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24.

#### THE DECISION UNDER REVIEW

[10] The application Judge began his analysis by identifying the elements of a crime against humanity, as defined by the Supreme Court in *Mugesara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, at paragraph 119 (*Mugesara*), as follows:

As we shall see, based on the provisions of the *Criminal Code* and the principles of international law, a criminal act rises

M. Carrasco Varela aurait dit que la prison d’El Chipote était [TRADUCTION] « un centre de détention utilisé uniquement pour les prisonniers politiques » (*Varela*, au paragraphe 63).

[7] La deuxième période est celle au cours de laquelle M. Carrasco Varela a été muté de la prison d’El Chipote à une garnison rurale. La CISR a conclu qu’il avait pris part à l’assassinat de paysans dans le cadre d’une opération anti-insurrectionnelle menée contre les Contras. La CISR a expressément écarté le témoignage de M. Carrasco Varela suivant lequel il avait pu éviter le service militaire actif pendant qu’il se trouvait à la campagne en obtenant un faux certificat médical indiquant qu’il souffrait de problèmes cardiaques.

[8] La troisième période est celle qui a suivi son retour à la prison d’El Chipote après la période qu’il avait passée à la campagne. Quatre individus responsables d’avoir enlevé un attaché militaire soviétique ont été sortis de la prison et ont été exécutés sommairement. Même s’il faisait partie du peloton d’exécution, M. Carrasco Varela a prétendu qu’il avait refusé de tirer des coups de feu, ce qui lui avait valu d’être battu par son commandant. La CISR n’a pas cru ce témoignage et a conclu qu’il avait participé à l’assassinat des quatre hommes en question.

[9] Se fondant sur ces conclusions, la CISR a conclu qu’il existait des motifs raisonnables de croire que M. Carrasco Varela était interdit de territoire au Canada au motif qu’il était un étranger qui avait commis, hors du Canada, une des infractions visées aux articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24.

#### LA DÉCISION VISÉE PAR L’APPEL

[10] Le juge de première instance a commencé son analyse en énumérant les éléments constitutifs d’un crime contre l’humanité exposés par la Cour suprême dans l’arrêt *Mugesara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100, au paragraphe 119 (*Mugesara*) :

Ainsi que nous le verrons, le *Code criminel* et les principes de droit international considèrent un acte criminel comme un

to the level of a crime against humanity when four elements are made out:

1. An enumerated proscribed act was committed (this involves showing that the accused committed the criminal act and had the requisite guilty state of mind for the underlying act);
2. The act was committed as part of a widespread or systematic attack;
3. The attack was directed against any civilian population or any identifiable group of persons; and
4. The person committing the proscribed act knew of the attack and knew or took the risk that his or her act comprised a part of that attack.

[11] The application Judge then examined the evidence supporting the finding that Mr. Carrasco Varela was inadmissible to Canada. He concluded that he should not disturb the IRB's conclusion that the latter had committed atrocities against prisoners at El Chipote prison. On the other hand, he found "no clear and compelling information which would give reasonable grounds to believe he deliberately killed innocent peasants": see reasons, at paragraph 20. As for the execution of the kidnappers, the application Judge found that the IRB's conclusion should not be disturbed. In short, the application Judge concluded that the first part of the test set out in *Mugesara* had been satisfied.

[12] As for the other elements of the test, the application Judge considered that, in the case of the kidnappers, it was clear that they were treated as enemies of the state. He was of the view that, since paragraph 35(1)(a) covered both crimes against humanity and war crimes, it did not matter whether the kidnappers were considered to be combatants (or prisoners of war) or civilians. In either case, Mr. Carrasco Varela was a person described in paragraph 35(1)(a).

[13] Similarly, the application Judge found that the inmates of El Chipote prison were either Contras or civilians. "It matters not whether Mr. Carrasco's involvement could be characterized as ill-treatment of prisoners

crime contre l'humanité lorsque quatre conditions sont remplies :

1. Un acte prohibé énuméré a été commis (ce qui exige de démontrer que l'accusé a commis l'acte criminel et qu'il avait l'intention criminelle requise).
2. L'acte a été commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique.
3. L'attaque était dirigée contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes.
4. L'auteur de l'acte prohibé était au courant de l'attaque et savait que son acte s'inscrivait dans le cadre de cette attaque ou a couru le risque qu'il s'y inscrive.

[11] Le juge de première instance a ensuite examiné les éléments de preuve appuyant la conclusion que M. Carrasco Varela était interdit de territoire au Canada. Il a conclu qu'il ne devait pas modifier la conclusion de la CISR suivant laquelle M. Carrasco Varela avait pris part à des atrocités contre des prisonniers de la prison d'El Chipote. Il a toutefois estimé qu'on ne lui avait soumis « aucune information claire et probante qui permette d'avoir des motifs raisonnables de croire que M. Carrasco a délibérément assassiné d'innocents paysans » (motifs, au paragraphe 20). Pour ce qui est de l'exécution des ravisseurs, le juge de première instance a estimé qu'il n'y avait pas lieu de modifier la conclusion de la CISR. En résumé, le juge de première instance a conclu que le premier volet du critère posé dans l'arrêt *Mugesara* était rempli.

[12] Quant aux autres éléments du critère, le juge de première instance a estimé que, dans le cas des ravisseurs, il était manifeste qu'on les avait traités comme des ennemis de l'État. À son avis, comme l'alinéa 35(1)(a) s'appliquait tant aux crimes contre l'humanité qu'aux crimes de guerre, il importait peu de savoir si les ravisseurs étaient considérés comme des combattants (ou des prisonniers de guerre) ou comme des civils. Dans un cas comme dans l'autre, M. Carrasco Varela était une personne visée par l'alinéa 35(1)(a) de la Loi.

[13] Dans le même ordre d'idées, le juge de première instance a conclu que les détenus de la prison d'El Chipote étaient soit des Contras soit des civils : « Il importe peu de savoir si le rôle joué par M. Carrasco pour-

of war or inhumane acts committed against a civilian population”: see reasons, at paragraph 31.

[14] On that basis, the application Judge considered that the criteria in *Mugesara* had been met.

[15] The application Judge dismissed Mr. Carrasco Varela’s arguments with respect to the defences of superior orders and duress. He then dealt at some length with the effect of a general amnesty that was declared as part of the agreement which brought the Nicaraguan civil war to an end. He concluded that the IRB’s failure to deal with this defence raised by Mr. Carrasco Varela was not determinative because, on his interpretation of the law, the amnesty would not apply to a determination made pursuant to paragraph 35(1)(a) of the Act.

[16] The application Judge then went on to deal with the possibility of an abuse of process arising from the fact that by proceeding against Mr. Carrasco Varela solely on the basis that he was inadmissible pursuant to paragraph 35(1)(a), the Minister apparently left himself room to commence fresh proceedings for Mr. Carrasco Varela’s removal on the basis of serious criminality (section 36 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 2]) if the present proceedings were not successful.

[17] Finally, the application Judge dealt with the issue of certifying a question for appeal. He noted that it had been agreed during the hearing that a draft of his reasons would be circulated so as to give counsel the opportunity to suggest questions. As a result, counsel for Mr. Carrasco Varela suggested four questions, which the application Judge articulated as follows (reasons, at paragraph 55):

a. Are all prisoners necessarily “civilians” for the purpose of defining a crime against humanity as *per Mugesara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100?

rait être qualifié de mauvais traitements à l’endroit de prisonniers de guerre ou d’actes inhumains commis contre une population civile » (motifs, au paragraphe 31).

[14] Le juge de première instance a donc estimé que l’on avait répondu en l’espèce aux critères énoncés dans l’arrêt *Mugesara*.

[15] Le juge de première instance a rejeté les moyens de défense fondés sur les ordres d’un supérieur et la contrainte invoqués par M. Carrasco Varela. Il a ensuite traité assez longuement des conséquences de l’amnistie générale qui avait été accordée à l’occasion de l’accord qui avait mis fin à la guerre civile au Nicaragua. Il a conclu que le fait que la CISR ne s’était pas prononcée sur ce moyen de défense soulevé par M. Carrasco Varela n’était pas déterminant parce que, selon l’interprétation qu’il faisait des règles de droit applicables, l’amnistie ne pouvait s’appliquer au constat prévu à l’alinéa 35(1)a) de la Loi.

[16] Le juge de première instance a poursuivi en examinant la possibilité que M. Carrasco Varela ait été victime d’un abus de procédure en raison du fait qu’en invoquant uniquement le fait que M. Carrasco Varela était interdit de territoire par application de l’alinéa 35(1)a), le ministre s’était vraisemblablement réservé la possibilité d’entreprendre plus tard de nouvelles procédures en vue d’obtenir le renvoi de M. Carrasco Varela pour cause de grande criminalité (article 36 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 3]) s’il n’obtenait pas gain de cause en l’espèce.

[17] Enfin, le juge de première instance s’est penché sur la question de la certification d’une question en vue d’un appel. Il a signalé qu’il avait été convenu à l’audience qu’une ébauche des motifs serait communiquée aux avocats afin que les parties aient l’occasion de proposer des questions à certifier. L’avocat de M. Carrasco Varela a par conséquent proposé quatre questions, que le juge de première instance a formulées de la façon suivante (motifs, au paragraphe 55) :

a. Les prisonniers sont-ils tous nécessairement des « civils » aux fins de la définition d’un crime contre l’humanité, selon *Mugesara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100?

b. May the execution of criminals constitute a crime against humanity as being part of a widespread and systemic attack on civilians?

c. Were the acts committed by the Sandinistas against the Contras in military or civil war activities part of a “widespread and systemic attack on civilians”?

d. It is an error in law to rely on the Rome Statute in consideration of whether the mistreatment of prisoners constitutes a crime against humanity (in relation to the applicant’s service as a prison guard at El Chipote prison)?

b. L’exécution de criminels peut-elle constituer un crime contre l’humanité en tant qu’élément d’une attaque généralisée et systématique contre des civils?

c. Les actes commis par les Sandinistes contre les Contras dans le cadre d’activités militaires ou d’une guerre civile constituent-ils une « attaque généralisée et systématique contre des civils »?

d. Est-ce une erreur de droit que de se fonder sur le Statut de Rome pour établir si les mauvais traitements infligés à des prisonniers constituent un crime contre l’humanité (au regard de la fonction de gardien exercée par le demandeur à la prison d’El Chipote)?

[18] The application Judge then set out the objections of counsel for the Minister to the proposed questions, as well as his response to those objections (at paragraphs 56–58):

Counsel for the Minister submits that none of the proposed questions transcends the interests of the immediate parties, or contemplates issues of broad significance, or has not already been answered. More particularly, it was suggested that in *Sumaida v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 66, the Federal Court of Appeal dealt with the first three questions. I do not share that reading of the *Sumaida* case. In speaking for the Court, Mr. Justice Létourneau noted that some of those targeted were civilians, and could not be considered terrorists. The question as certified need not have been and was not answered. Furthermore, in *Gonzalez*, above, the Court of Appeal characterized encounters between the Sandinistas and Contras as incidents of war. Although there has been reference in the case law to the distinction between war crimes and crimes against humanity based on the characteristics of the targeted group, it may well be time to revisit that distinction, in the light of recent international developments.

As to the fourth question, the Minister submits, at least in so far as it relates to Mr. Carrasco’s situation, that the Rome Statute is simply a restatement of existing law. That is indeed my opinion. However, this is an important issue, and that opinion might not be shared.

These questions are interrelated, and at the risk of being somewhat overcautious, I am prepared to certify all of them.

[19] The application Judge then raised a question which had not been raised by counsel for Mr. Carrasco Varela (at paragraph 59):

[18] Le juge de première instance a ensuite cité les objections de l’avocat du ministre aux questions proposées, ainsi que sa réponse à ces objections (aux paragraphes 56 à 58) :

L’avocat du ministre soutient qu’aucune des questions certifiées ne transcende les intérêts des parties, ni n’a une portée générale, ni n’a jamais été tranchée. L’avocat laisse entendre plus particulièrement que la Cour d’appel fédérale a déjà examiné les trois premières questions dans l’arrêt *Sumaida c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] 3 C.F. 66. Je n’interprète toutefois pas cet arrêt en ce sens. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Létourneau y a plutôt fait remarquer que certaines des personnes visées étaient des civils, et qu’on ne pouvait les considérer comme des terroristes. La question telle que certifiée n’avait pas à être tranchée et elle ne l’a pas été. En outre, dans l’arrêt *Gonzalez*, précité, la Cour d’appel a qualifié d’incidents de guerre les affrontements entre les Sandinistes et les Contras. Bien qu’on ait établi en jurisprudence une distinction entre les crimes de guerre et les crimes contre l’humanité en fonction de caractéristiques du groupe visé, le temps pourrait bien être venu de réexaminer cette distinction, compte tenu des développements récents sur le plan international.

Le ministre soutient, en ce qui touche la quatrième question, que le Statut de Rome, tout au moins ce qui y concerne la situation de M. Carrasco, constitue une simple reformulation du droit existant. C’est également là mon avis. Il s’agit toutefois d’une question d’importance, et l’opinion du ministre pourrait très bien ne pas faire consensus.

Les diverses questions sont liées les unes aux autres et, au risque de faire preuve d’un surcroît de prudence, je suis disposé à toutes les certifier.

[19] Le juge de première instance a ensuite formulé une question qui n’avait pas été soulevée par l’avocat de M. Carrasco Varela (au paragraphe 59) :

Although the general amnesty in Nicaragua was the subject of considerable discussion in both written and oral submissions, no question was proposed by Mr. Carrasco in that regard. However, as other questions will be certified, given the distinction between sections 35 and 36 of the IRPA, and the UNHCR Handbook, I propose certifying the following question myself:

Should a pardon or general amnesty be taken into account in considering whether a person is inadmissible on grounds of violating human or international rights within the meaning of section 35 of the *Immigration and Refugee Protection Act*?

#### THE ISSUE

[20] Predictably, the parties' memoranda dealt with the questions certified by the application Judge. However, the discussion between the Court and counsel at the hearing of this appeal focused on whether the certified questions satisfied the statutory criteria for certified questions, as qualified by the jurisprudence of this Court.

[21] In my view, the only question that arises on this appeal is whether the application Judge properly exercised his discretion to certify a question. In my opinion, he did not. As a result, the pre-condition to Mr. Carrasco Varela's right of appeal has not been met and this appeal must accordingly be dismissed.

#### ANALYSIS

[22] As the application Judge recognized in his reasons, a decision of the Federal Court on judicial review of a decision of the IRB is intended to be final, with no right of appeal except in one circumstance, namely, where the judge certifies that a serious question of general importance is involved and the judge states that question. This is simply a statement of paragraph 74(d) of the Act:

74. Judicial review is subject to the following provisions:

...

Bien que la question de l'amnistie générale au Nicaragua ait fait l'objet de nombreux débats, tant au moyen d'observations écrites qu'orales, M. Carrasco n'a proposé la certification d'aucune question sur le sujet. Toutefois, comme d'autres questions seront certifiées et compte tenu de la distinction entre les articles 35 et 36 de la LIPR, ainsi que les Principes directeurs du HCNUR, je propose de mon propre chef la certification de la question suivante :

Doit-on prendre en compte une grâce ou une amnistie générale en vue d'établir si une personne doit ou non être interdite de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux au sens de l'article 35 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?

#### QUESTION EN LITIGE

[20] Comme on pouvait le prévoir, le mémoire des parties porte sur les questions certifiées par le juge de première instance. Toutefois, l'échange qui a eu lieu lors de l'instruction de l'appel entre la Cour et les avocats était axé sur la question de savoir si les questions certifiées satisfaisaient aux critères prévus par la loi en ce qui concerne les questions certifiées, tels que notre Cour les a définis dans la jurisprudence.

[21] À mon avis, la seule question que soulève le présent appel est celle de savoir si le juge de première instance a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en matière de certification. À mon avis, il ne l'a pas fait. En conséquence, la condition préalable à l'exercice du droit d'appel de M. Carrasco Varela n'est pas remplie et le présent appel doit donc être rejeté.

#### ANALYSE

[22] Ainsi que le juge de première instance l'a reconnu dans ses motifs, la décision rendue par la Cour fédérale, lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la CISR, est censée être définitive et sans appel, sauf dans un cas, à savoir lorsque le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et qu'il l'énonce. C'est bien ce que prévoit l'alinéa 74d) de la Loi :

74. Les règles suivantes s'appliquent à la demande de contrôle judiciaire :

[...]

(d) an appeal to the Federal Court of Appeal may be made only if, in rendering judgment, the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question.

[23] This provision fits within a larger scheme designed to ensure that a claimant's right to seek the intervention of the courts is not invoked lightly, and that such intervention, when justified, is timely.

[24] It is worth remembering that there is no right to judicial review of "any matter—a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised—under [the] Act" unless leave is first granted by the Federal Court. The application for leave must be served and filed within 15 days (in the case of a matter arising in Canada) of the applicant being notified of the decision or matter. The Act directs the judge hearing the application for leave to deal with it without delay, and without personal appearance. There is no appeal from the decision to dismiss an application for leave: see section 72 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] of the Act.

[25] The Act goes on to stipulate that the application for judicial review shall be heard no sooner than 30 days nor more than 90 days after leave is granted, and that it is to be disposed of without delay and in a summary way: see paragraph 74(b) of the Act.

[26] These measures must be read together with section 231 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, which provides for a stay of any removal order pending the disposition of judicial proceedings. The result is that, on the one hand, persons whose status in Canada is in question are allowed to remain in Canada pending the final disposition of their recourse to the courts; on the other hand, the law requires that such recourse be disposed of without delay and in a summary fashion.

[27] An integral part of this scheme is the presence of two "gatekeeper" provisions. The first is the requirement that leave be obtained to commence an application for judicial review. The second is the absence of a right of

d) le jugement consécutif au contrôle judiciaire n'est susceptible d'appel en Cour d'appel fédérale que si le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

[23] Cette disposition s'inscrit dans un cadre plus vaste conçu pour faire en sorte que le droit du demandeur d'asile de réclamer l'intervention des tribunaux ne soit pas invoqué à la légère et que cette intervention, lorsqu'elle est justifiée, ait lieu en temps opportun.

[24] Il vaut la peine de se rappeler que « [l]e contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire — prise dans le cadre de la présente loi est subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation ». La demande d'autorisation doit être signifiée et déposée dans les 15 jours (lorsque la mesure a été rendue au Canada) suivant la date où le demandeur est avisé de la mesure. La Loi oblige le juge à statuer sur la demande d'autorisation à bref délai et sans comparution en personne. La décision de rejeter la demande d'autorisation d'appel n'est pas susceptible d'appel (article 72 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] de la Loi).

[25] La Loi précise également que l'audition de la demande de contrôle judiciaire ne peut avoir lieu à moins de 30 jours ni à plus de 90 jours de la date à laquelle la demande d'autorisation est accueillie, et que le juge statue à bref délai et selon la procédure sommaire (alinéa 74b) de la Loi).

[26] Il convient de rapprocher ces dispositions de l'article 231 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, qui prévoit un sursis de toute mesure de renvoi jusqu'à ce que le sort de l'instance judiciaire soit connu. Il s'ensuit, d'une part, que la personne dont le statut au Canada est remis en question est autorisée à demeurer au Canada en attendant l'issue finale des demandes qu'elle a introduites en justice et, d'autre part, que la loi exige que ces demandes soient tranchées sans retard et de façon sommaire.

[27] Deux dispositions de « contrôle » font partie intégrante de ce régime. La première prévoit l'obligation d'obtenir l'autorisation de la Cour avant de pouvoir introduire une demande de contrôle judiciaire. La seconde

appeal unless a judge of the Federal Court certifies that a serious question of general importance is raised by the application for judicial review. Given the statutory stay that flows automatically from access to the courts, these provisions are designed to ensure that applications that have no merit are dealt with in a timely manner.

[28] In the same way, it is worth noting that section 74 speaks of “a” serious question of general importance, not of “one or more” serious questions of general importance. While I would not preclude the possibility that a single case might raise more than one question of general importance, this would be the exception rather than the rule. A serious question is one that is dispositive of the appeal: see *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 318 N.R. 365 (*Zazai*), and the cases cited therein at paragraph 11. There are a limited number of such questions in any appeal.

[29] Additionally, a serious question of general importance arises from the issues in the case and not from the judge’s reasons. The judge, who has heard the case and has had the benefit of the best arguments of counsel on behalf of both parties, should be in a position to identify whether such a question arises on the facts of the case, without circulating draft reasons to counsel. Such a practice lends itself, as it did in this case, to a “laundry list” of questions, which may or may not meet the statutory test. In this case, none of them did.

[30] Turning then to the questions that the application Judge certified, the first is [at paragraph 55]:

a. Are all prisoners necessarily “civilians” for the purpose of defining a crime against humanity as *per Mugesara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100?

[31] At paragraphs 30 and 31 of his reasons, the application Judge wrote:

est l’absence de droit d’appel à moins qu’un juge de la Cour fédérale ne certifie que la demande de contrôle judiciaire soulève une question grave de portée générale. Compte tenu du fait que la loi prévoit un sursis automatique dès que l’accès aux tribunaux est autorisé, ces dispositions visent à faire en sorte que les demandes sans fondement sont jugées en temps utile.

[28] Dans le même ordre d’idées, il convient de signaler que l’article 74 parle d’« une » question grave de portée générale et non d’« une ou plusieurs » questions graves de portée générale. Bien que je n’écarte pas la possibilité qu’une seule et même affaire puisse soulever plusieurs questions de portée générale, j’estime que cette situation serait l’exception plutôt que la règle. Une question grave de portée générale est une question qui permet de trancher l’appel (voir *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CAF 89 (*Zazai*) et les décisions citées au paragraphe 11 de cet arrêt). Le nombre de questions qui répondent à cette définition dans un appel donné est limité.

[29] Qui plus est, une question grave de portée générale découle des questions en litige dans l’affaire et non des motifs du juge. Le juge, qui a instruit la cause et qui a eu l’avantage d’entendre les meilleurs arguments présentés par les avocats des deux parties, devrait être en mesure de dire si les faits de l’affaire soulèvent ou non une telle question, sans avoir à soumettre une ébauche de ses motifs aux avocats. Une telle façon de procéder ouvre la porte, comme c’est le cas en l’espèce, à une longue liste de questions qui peuvent ou non satisfaire au critère prévu par la loi. Dans le cas qui nous occupe, aucune des questions proposées ne répond à ce critère.

[30] En ce qui concerne donc les questions que le juge de première instance a certifiées, la première question est la suivante [au paragraphe 55] :

a. Les prisonniers sont-ils tous nécessairement des « civils » aux fins de la définition d’un crime contre l’humanité, selon *Mugesara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100?

[31] Aux paragraphes 30 et 31 de ses motifs, le juge de première instance écrit :

Regardless how the matter is considered, Mr. Carrasco was rightly ordered deported. The order states: “[t]he Immigration Division determines that you are a person described in 35(1)(a) of the Act.” Both crimes against humanity and war crimes are covered.

By the same token, the prisoners in El Chipote prison were either Contras or ordinary political dissidents. It matters not whether Mr. Carrasco’s involvement could be characterized as ill-treatment of prisoners of war or inhumane acts against a civilian population.

[32] Clearly, this question is not dispositive of the appeal. Nor is it a question that the application Judge himself felt it necessary to decide. Referring once again to *Zazai*, at paragraph 12:

The corollary of the fact that a question must be dispositive of the appeal is that it must be a question which has been raised and dealt with in the decision below. Otherwise, the certified question is nothing more than a reference of a question to the Court of Appeal. If a question arises on the facts of a case before an applications judge, it is the judge’s duty to deal with it. If it does not arise, or if the judge decides that it need not be dealt with, it is not an appropriate question for certification.

[33] The second question accepted by the application Judge was [at paragraph 55]:

b. May the execution of criminals constitute a crime against humanity as being part of a widespread and systematic attack on civilians?

[34] If the thrust of this question is to determine whether any execution of criminals can constitute a crime against humanity, then it is a question that cannot be answered on this record. If the thrust of the question is to determine whether the execution of the kidnappers in this case is a crime against humanity, then it is a question that the application Judge did not feel it necessary to address in his reasons. At paragraph 29 of his reasons, the application Judge wrote:

The evidence is clear and compelling that the kidnappers were treated as enemies of the state. Mr. Carrasco claims the

Quel que soit l’angle d’où l’on envisage la question, c’est à juste titre que la Commission a ordonné l’expulsion de M. Carrasco. Il est ainsi déclaré dans l’ordonnance : « [l]a Section de l’immigration juge que vous êtes une personne visée par l’alinéa 35(1)a de la Loi ». Tant les crimes contre l’humanité que les crimes de guerre se trouvent ainsi visés.

Pareillement, les prisonniers de la prison d’El Chipote étaient soit des Contras, soit de simples dissidents politiques. Il importe peu de savoir si le rôle joué par M. Carrasco pourrait être qualifié de mauvais traitements à l’endroit de prisonniers de guerre ou d’actes inhumains commis contre une population civile.

[32] De toute évidence, il ne s’agit pas d’une question qui permet de trancher l’appel. Il ne s’agit pas non plus d’une question que le juge de première instance a lui-même estimé nécessaire de trancher. Pour revenir à l’arrêt *Zazai*, voici ce que la Cour y écrit, au paragraphe 12 :

Le corollaire de la proposition selon laquelle une question doit permettre de régler l’appel est qu’il doit s’agir d’une question qui a été soulevée et qui a été examinée dans la décision d’instance inférieure. Autrement, la certification de la question constitue en fait un renvoi à la Cour fédérale. Si une question se pose eu égard aux faits d’une affaire dont un juge qui a entendu la demande est saisi, il incombe au juge de l’examiner. Si la question ne se pose pas, ou si le juge décide qu’il n’est pas nécessaire d’examiner la question, il ne s’agit pas d’une question qu’il convient de certifier.

[33] La deuxième question que le juge de première instance a retenue était la suivante [au paragraphe 55] :

b. L’exécution de criminels peut-elle constituer un crime contre l’humanité en tant qu’élément d’une attaque généralisée et systématique contre des civils?

[34] Si cette question vise essentiellement à décider si l’exécution de criminels peut constituer un crime contre l’humanité, il s’agit d’une question à laquelle le dossier dont nous disposons ne nous permet pas de répondre. Si la question vise essentiellement à déterminer si l’exécution des ravisseurs constituait, dans le cas qui nous occupe, un crime contre l’humanité, il s’agit d’une question au sujet de laquelle le juge de première instance a estimé qu’il n’était pas nécessaire de se prononcer dans ses motifs. Au paragraphe 29 de ses motifs, il écrit :

La preuve montre de manière manifeste et péremptoire qu’on a traité les ravisseurs comme des ennemis de l’État.



President of Nicaragua personally attended El Chipote Prison. As Mr. Justice MacGuigan said in *Ramirez*, it does not really matter whether the crime is a war crime or a crime against humanity. It was a crime committed during the course of what was either a civil war or civil insurrection. He simply employed the term “international crime.”

[35] If the application Judge, following the decision of this Court in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306, found [at paragraph 29] that “it [did] not really matter whether the crime is a war crime or a crime against humanity”, as he apparently did, then it can hardly be a question for certification.

[36] The third question was [at paragraph 55]:

c. Were the acts committed by the Sandinistas against the Contras in military or civil war activities part of a “widespread and systematic attack on civilians”?

[37] Once again, this question was not considered by the application Judge. Furthermore, it is difficult to see how such a question could be answered in any meaningful way. Which acts, committed in the course of hostilities lasting several years, are in issue? How is the answer to that question relevant to the disposition of this case?

[38] The fourth question accepted by the Judge was [at paragraph 55]:

d. Is it an error in law to rely on the Rome Statute in consideration of whether the mistreatment of prisoners constitutes a crime against humanity (in relation to the applicant’s service as a prison guard at El Chipote prison)?

[39] The IRB referred to certain articles of the Rome Statute [*Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998, 2187 U.N.T.S. 90] in its decision, but it is not clear whether it relied upon those articles in coming to the conclusion it did. In his decision, the application Judge wrote at paragraph 46 that:

M. Carrasco prétend que le président du Nicaragua s’est rendu en personne à la prison d’El Chipote à cette occasion. Comme le juge MacGuigan l’a déclaré dans *Ramirez*, il importait peu de savoir si le crime en cause était un crime de guerre ou un crime contre l’humanité. Il s’agissait d’un crime commis au cours de ce qui était soit une guerre, soit une insurrection civile. Il a donc résolu d’employer simplement l’expression « crime international ».

[35] Si le juge de première instance, suivant l’arrêt de notre Cour *Ramirez c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306, a estimé [au paragraphe 29] qu’« il import[e] peu de savoir si le crime en cause était un crime de guerre ou un crime contre l’humanité », comme il semble l’avoir effectivement conclu, il ne peut guère s’agir d’une question à certifier.

[36] Voici la troisième question [au paragraphe 55] :

c. Les actes commis par les Sandinistes contre les Contras dans le cadre d’activités militaires ou d’une guerre civile constituent-ils une « attaque généralisée et systématique contre des civils »?

[37] Là encore, le juge de première instance n’a pas examiné cette question. Il est par ailleurs difficile de voir comment on pourrait répondre utilement à une telle question. De quels actes, commis au cours d’hostilités qui ont duré pendant des années, parle-t-on? En quoi la réponse à cette question pourrait-elle être utile pour trancher la présente affaire?

[38] Voici la quatrième question retenue par le juge [au paragraphe 55] :

d. Est-ce une erreur de droit que de se fonder sur le Statut de Rome pour établir si les mauvais traitements infligés à des prisonniers constituent un crime contre l’humanité (au regard de la fonction de gardien exercée par le demandeur à la prison d’El Chipote)?

[39] La CISR cite certains articles du Statut de Rome [*Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 90] dans sa décision, mais on ne sait pas avec certitude si elle s’est fondée sur ces articles pour parvenir à sa conclusion. Dans sa décision, le juge de première instance a écrit ce qui suit, au paragraphe 46 :

Mr. Carrasco submits that the Board fell into error in referring to the Rome Statute. In my opinion, it is not necessary to consider that submission as the Statute says nothing new as far as Mr. Carrasco's activities are concerned, as *per Gonzalez*, above.

[40] If the Judge did not think it necessary to deal with the question proposed by counsel, it is difficult to see how it could be a serious question of general importance.

[41] The last question was proposed by the application Judge himself. It is [at paragraph 59]:

Should a pardon or general amnesty be taken into account in considering whether a person is inadmissible on grounds of violating human or international rights within the meaning of section 35 of the *Immigration and Refugee Protection Act*?

[42] It would be difficult to say that a relevant factor—surely a general amnesty is a relevant factor—should not to be taken into account in determining admissibility under the Act. This does not rise to the level of a serious question of general importance.

[43] Having found that no serious question of general importance is stated in the certified questions, what is the status of the appeal? As noted earlier in these reasons, the requirement that the application Judge certify that a serious question of general importance is involved and that he or she states the question is a gatekeeper function. Some confusion has arisen with respect to the thrust of that function by the decision of the Supreme Court in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, to the effect that, once a question had been certified, all issues raised by the appeal could be considered by the Court: see paragraph 12. It is a mistake to reason that because all issues on appeal may be considered once a question is certified, therefore any question that could be raised on appeal may be certified. The statutory requirement remains as stated in paragraph 74(d): there must be a serious question of general importance. The absence of such a question means that the pre-condition to the right of appeal

M. Carrasco soutient par ailleurs que la Commission a commis une erreur en renvoyant au Statut de Rome. Selon l'arrêt *Gonzalez*, précité, il n'est toutefois pas nécessaire à mon avis de prendre en considération cette prétention, comme le Statut ne prévoit rien de nouveau à l'égard des activités imputables à M. Carrasco.

[40] Si le juge n'a pas estimé nécessaire d'examiner la question proposée par l'avocat, on voit mal comment cette question peut être qualifiée de question grave de portée générale.

[41] La dernière question a été proposée par le juge de première instance lui-même. La voici [au paragraphe 59] :

Doit-on prendre en compte une grâce ou une amnistie générale en vue d'établir si une personne doit ou non être interdite de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux au sens de l'article 35 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?

[42] Il serait difficile de prétendre qu'on ne doit pas tenir compte d'un facteur pertinent — et une amnistie générale constitue de toute évidence un facteur pertinent — pour décider si une personne doit ou non être admise sous le régime de la Loi. Mais cela n'en fait toutefois pas pour autant une question grave de portée générale.

[43] Vu la conclusion que les questions certifiées ne soulèvent aucune question grave de portée générale, quel est le statut de l'appel? Comme nous l'avons déjà indiqué dans les présents motifs, l'obligation faite au juge de première instance de certifier qu'il existe une question grave de portée générale et d'énoncer cette question se veut un mécanisme de contrôle. Une certaine confusion a été créée au sujet du rôle de ce mécanisme de contrôle à la suite de l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, dans lequel la Cour suprême a expliqué qu'une fois qu'une question a été certifiée, le tribunal peut examiner toutes les questions soulevées par l'appel (au paragraphe 12). Il est erroné de tenir le raisonnement que toutes les questions qui peuvent être soulevées en appel peuvent être certifiées parce que l'on peut examiner tous les points soulevés dans l'appel dès lors qu'une question a été certifiée. L'obligation imposée par la loi demeure celle qui est énoncée à l'alinéa 74d) : l'affaire doit sou-

has not been met, and therefore the appeal must be dismissed. To hold otherwise would be to allow the Federal Court of Appeal to create a right of appeal where the Act has not provided one.

[44] As a result, I would dismiss the appeal.

NOËL J.A.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

lever une question grave de portée générale, à défaut de quoi la condition préalable à l'existence d'un droit d'appel n'est pas remplie et l'appel doit être rejeté. Juger le contraire permettrait à la Cour d'appel fédérale de créer un droit d'appel là où la Loi n'en prévoit pas.

[44] Je rejetterais donc l'appel.

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

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

A-105-08  
2008 FCA 348

A-105-08  
2008 CAF 348

**eBay Canada Limited and eBay CS Vancouver Inc.**  
(Appellants)

**eBay Canada Limited et eBay CS Vancouver Inc.**  
(appelantes)

v.

c.

**Minister of National Revenue** (*Respondent*)

**Ministre du Revenu national** (*intimé*)

**INDEXED AS: EBAY CANADA LTD. v. M.N.R. (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : EBAY CANADA LTD. c. M.R.N. (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Linden, Evans and Trudel  
J.J.A.—Toronto, October 8; Ottawa, November 7, 2008.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Evans et Trudel,  
J.C.A.—Toronto, 8 octobre; Ottawa, 7 novembre 2008.

*Income Tax — Practice — Appeal from Federal Court decision affirming ex parte order authorizing Minister of National Revenue to impose requirement on appellants under Income Tax Act, s. 231.2 to produce information identifying eBay “PowerSellers” in Canada — Information stored on servers outside Canada — Appellants arguing information sought foreign-based, thus subject to Act, s. 231.6, not s. 231.2 — As appellants could easily access information anywhere in Canada, made no sense to insist that information stored on servers outside Canada is, as matter of law, located outside Canada for purpose of Act, s. 231.6 because not downloaded — Judge authorizing requirement under s. 231.2(3) only having to be satisfied that information required for tax audit conducted in good faith — Federal Court properly rejecting “serious and genuine inquiry” test — Appeal dismissed.*

*Impôt sur le revenu — Pratique — Appel de la décision de la Cour fédérale confirmant son ordonnance ex parte autorisant le ministre du Revenu national à exiger des appelantes la fourniture de renseignements identifiant les « PowerSellers » du marché eBay au Canada en application de l'art. 231.2 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Les renseignements étaient stockés sur des serveurs à l'étranger — Les appelantes soutenaient que les renseignements demandés constituaient des renseignements étrangers et étaient donc assujettis à l'art. 231.6 de la Loi plutôt qu'à l'art. 231.2 — Comme les appelantes pouvaient facilement accéder aux renseignements partout au Canada, il ne rimait à rien de soutenir sans démodre que les renseignements stockés sur des serveurs situés à l'étranger étaient en droit situés à l'extérieur du Canada pour l'application de l'art. 231.6 parce qu'ils n'ont pas été téléchargés — Le juge saisi de la requête en vertu de l'art. 231.2(3) doit seulement être convaincu que les renseignements sont exigés dans le cadre d'une vérification fiscale faite de bonne foi — La Cour fédérale a rejeté à juste titre le critère de l'« enquête sérieuse et véritable » — Appel rejeté.*

*Construction of Statutes — Whether information stored on servers outside Canada “foreign-based”, thus subject to Income Tax Act, s. 231.6 — S. 231.6 scheme suggesting Parliament concerned it could be unduly onerous for person to be required to produce material located outside Canada and in possession of another person — These concerns largely irrelevant herein as information easily accessible anywhere in Canada.*

*Interprétation des lois — Il s'agissait de savoir si les renseignements stockés sur des serveurs à l'extérieur du Canada constituaient des « renseignements étrangers » et étaient donc assujettis à l'art. 231.6 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Le dispositif de l'art. 231.6 donne à penser que le législateur craignait que l'obligation de produire des documents situés à l'étranger et se trouvant en la possession d'une autre personne soit trop onéreuse — Ces préoccupations étaient dans une large mesure dénuées de pertinence en l'espèce parce que les renseignements étaient d'accès facile partout au Canada.*

*Judges and Courts — Federal Court correctly regarding itself bound by M.N.R. v. Greater Montréal Real Estate Board — That decision holding Judge authorizing requirement under Income Tax Act, s. 231.2(3) only having to be satisfied that information required for tax audit conducted in good faith — Only in unusual, limited circumstances, i.e. where*

*Juges et Tribunaux — La Cour fédérale s'estimait avec raison liée par l'arrêt M.R.N. c. Chambre immobilière du Grand Montréal — Selon cette décision, le juge saisi de la requête en vertu de l'art. 231.2(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu doit seulement être convaincu que les renseignements sont exigés dans le cadre d'une vérification fiscale faite de*

*prior decision manifestly wrong, should one panel decline to follow decision of another panel.*

This was an appeal from a Federal Court decision affirming an *ex parte* order authorizing the Minister of National Revenue to impose a requirement on the appellants under section 231.2 of the *Income Tax Act* to produce information identifying eBay “PowerSellers” in Canada. The Minister sought the information to determine whether the PowerSellers had complied with their obligation under the Act to report their income. The information was stored as electronic records on servers in the United States owned by eBay Inc. (eBay U.S.) and was compiled and maintained by eBay International AG (eBay International), a Swiss corporation. The appellants argued that the information sought was “foreign-based”, thus subject to section 231.6 of the Act which does not provide for the imposition of a requirement to produce foreign-based information relating to unnamed persons.

The Federal Court concluded that the information was not foreign-based. The location of the servers was irrelevant because electronically stored information relating to the PowerSellers was readily, lawfully, and instantaneously available in a variety of places to the appellants in Canada. The Federal Court stated that it was bound by *M.N.R. v. Greater Montréal Real Estate Board (GMREB)* to follow the good faith audit test and concluded that the Minister had met this test. The Federal Court affirmed its *ex parte* order authorizing the requirement, but amended it to cover information concerning the identity of PowerSellers “registered as having a Canadian address”, rather than those “having a Canadian address according to your records”.

The issues were whether the Federal Court (1) erred by holding that the requirement does not relate to “foreign-based information”; (2) had to be satisfied, before authorizing the Minister to impose a requirement pursuant to section 231.2, that the Minister is conducting “a genuine and serious inquiry” into whether specific members of the group of persons identified are in compliance with the Act; and (3) breached the duty of procedural fairness by failing to give notice to eBay U.S. and eBay International before varying the terms of its *ex parte* order.

*Held*, the appeal should be dismissed.

*bonne foi — Une formation ne devrait refuser de suivre la décision d’une autre formation que dans des cas rares et exceptionnels, notamment lorsque la décision antérieure est manifestement erronée.*

Il s’agissait d’un appel à l’encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a confirmé son ordonnance *ex parte* autorisant le ministre du Revenu national à exiger des appelantes la fourniture de renseignements identifiant les « PowerSellers » du marché eBay au Canada en application de l’article 231.2 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Le ministre voulait obtenir ces renseignements afin d’établir si les PowerSellers s’étaient conformés à l’obligation de déclaration de leurs revenus sous le régime de la Loi. Les renseignements étaient conservés sous forme d’enregistrements électroniques sur des serveurs situés aux États-Unis, qui appartenaient à eBay Inc. (eBay U.S.) et qui étaient compilés et tenus à jour par eBay International AG (eBay International), une société suisse. Les appelantes ont soutenu que les renseignements exigés constituaient des « renseignements étrangers », et étaient donc assujettis à l’article 231.6 de la Loi, qui n’autorise pas l’imposition d’une mise en demeure de fournir des renseignements étrangers relatifs à des personnes non désignées nommément.

La Cour fédérale a statué que les renseignements n’étaient pas des renseignements étrangers. L’emplacement des serveurs n’avait pas de pertinence parce que les renseignements relatifs aux PowerSellers conservés sur support électronique étaient facilement, licitement et instantanément accessibles à divers endroits, y compris au Canada pour les appelantes. La Cour fédérale a déclaré être liée par la décision rendue dans l’arrêt *M.R.N. c. Chambre immobilière du Grand Montréal (CIGM)* pour ce qui concerne le critère de la vérification fiscale faite de bonne foi et a statué que le ministre avait rempli ce critère. La Cour fédérale a confirmé son ordonnance *ex parte* autorisant le ministre à exiger les renseignements, mais l’a modifiée de manière à ne viser que les renseignements concernant l’identité des PowerSellers « inscrit[s] comme ayant une adresse au Canada », plutôt qu’à ceux qui, « selon vos dossiers, possède[nt] une adresse au Canada ».

Les questions litigieuses étaient celles de savoir si la Cour fédérale 1) avait commis une erreur en concluant que les renseignements exigés n’étaient pas des « renseignements étrangers »; 2) devait être convaincue, avant d’autoriser le ministre à exiger la fourniture de renseignements sous le régime de l’article 231.2, que le ministre mène « une enquête sérieuse et véritable » sur le point de savoir si des membres déterminés du groupe défini se conforment à la Loi; et 3) avait manqué à l’obligation d’équité procédurale en omettant d’aviser eBay U.S. et eBay International avant de modifier les termes de son ordonnance *ex parte*.

*Arrêt* : l’appel doit être rejeté.

(1) Subsection 231.6(1) of the Act defines “foreign-based information or document” as “any information or document that is available or located outside Canada”. In order to determine the parameters of “location”, it is helpful to consider whether the rationale for a separate statutory regime governing requirements to produce “foreign-based information or document[s]” applies to information in electronic form accessible through computers situated far from the servers on which the information is stored. The scheme of section 231.6 suggests that Parliament was concerned that it could be unduly onerous for a person to be required to produce material located outside Canada and in the possession of another person, and that the section may operate in an unduly extraterritorial manner. These concerns were largely irrelevant to the information that was the subject of the requirement in the present case. The appellants could easily access the information anywhere in Canada; hence, it made no sense to insist that information stored on servers outside Canada is, as a matter of law, located outside Canada for the purpose of section 231.6 because it has not been downloaded. The Federal Court properly took into consideration the fact that eBay U.S. and eBay International had granted the appellants access to information about Canadian PowerSellers for the purpose of their business, and that they used it for this purpose.

(2) In *GMREB*, the Federal Court of Appeal held that subsection 231.2(3) of the Act does not oblige the Minister to adduce evidence that he is conducting a “serious and genuine inquiry”. Instead, the judge authorizing the requirement has only to be satisfied that the information is required for a tax audit conducted in good faith. The Federal Court correctly regarded itself as bound by *GMREB*. It is only in unusual and limited circumstances that one panel of the Federal Court of Appeal should decline to follow a decision of another panel, i.e. where a prior decision is manifestly wrong. Subsections 231.2(2) and (3) of the Act introduced the need for *ex parte* judicial authorization before the Minister can impose a requirement. The “serious and genuine inquiry” test would rob those subsections of their efficacy. Finally, the public policy embodied in privacy legislation does not warrant a revisit of *GMREB*. Considerations of both judicial economy, and certainty and stability in the law indicate that courts should depart from their previous decisions only when they are manifestly in error. The Federal Court properly rejected the “serious and genuine inquiry” test on the ground that it was bound by *GMREB*.

(3) For the most part, a breach of the duty of procedural fairness may be relied on as a ground for review only by the persons to whom the duty is owed. The appellants did not seek intervenor status in order to raise the procedural issue. In any

1) Le paragraphe 231.6(1) de la Loi définit l’expression « renseignement ou document étranger » comme s’entendant « d’un renseignement accessible, ou d’un document situé, à l’étranger ». Pour définir le concept de « situation », il paraît utile de se demander si les principes d’un régime distinct réglant les mises en demeure de produire des « renseignements ou documents étrangers » s’appliquent aux renseignements électroniques accessibles par des ordinateurs situés loin des serveurs sur lesquels ils sont stockés. Le dispositif de l’article 231.6 donne à penser que le législateur craignait que l’obligation de produire des documents situés à l’étranger et se trouvant en la possession d’une autre personne soit trop onéreuse, et que cette disposition ait une incidence extraterritoriale lourde. Ces préoccupations étaient dans une large mesure dénuées de pertinence pour ce qui concernait les renseignements visés par la mise en demeure en l’espèce. Les appelantes pouvaient facilement accéder les renseignements partout au Canada; il ne rimait donc à rien de soutenir sans démoder que les renseignements stockés sur des serveurs situés à l’étranger étaient en droit situés à l’extérieur du Canada pour l’application de l’article 231.6 parce qu’ils n’avaient pas été téléchargés. La Cour fédérale a avec raison pris en considération le fait que eBay U.S. et eBay International avaient donné aux appelantes accès aux renseignements sur les PowerSellers canadiens aux fins de leur activité commerciale et que celles-ci les avaient utilisés à ces fins.

2) Dans l’arrêt *CIGM*, la Cour d’appel fédérale a conclu que le paragraphe 231.2(3) de la Loi n’oblige pas le ministre à produire des éléments tendant à prouver qu’il mène une « enquête sérieuse et véritable ». Il suffit plutôt que le juge saisi de la requête soit convaincu que les renseignements sont exigés dans le cadre d’une vérification fiscale faite de bonne foi. La Cour fédérale s’estimait avec raison liée par l’arrêt *CIGM*. Une formation de la Cour d’appel fédérale ne devrait refuser de suivre la décision d’une autre de ses formations que dans des cas rares et exceptionnels, notamment lorsque la décision antérieure est manifestement erronée. Les paragraphes 231.2(2) et (3) de la Loi ont introduit la nécessité pour le ministre d’obtenir une autorisation judiciaire *ex parte* avant de pouvoir exiger la fourniture de renseignements. Le critère de l’« enquête sérieuse et véritable » dépouillerait ces paragraphes de leur efficacité. Enfin, les principes qu’exprime la législation sur la vie privée ne justifient pas un réexamen de l’arrêt *CIGM*. L’économie judiciaire aussi bien que la certitude et la stabilité du droit commandent que les tribunaux ne s’écarterent de leurs décisions antérieures que si elles sont manifestement erronées. La Cour fédérale a rejeté à juste titre le critère de l’« enquête sérieuse et véritable » au motif qu’elle était liée par l’arrêt *CIGM*.

3) Dans la plupart des cas, ne peuvent invoquer un manquement à l’obligation d’équité procédurale comme moyen de révision que les personnes à qui cette obligation est due. Les appelantes n’ont pas demandé la qualité d’intervenants

event, they were not adversely affected by the amendment made by the Federal Court. This amendment was not materially different and was probably intended to clarify its previous order.

pour mettre en litige la question de l'équité procédurale. Quoi qu'il en soit, la modification apportée par la Cour fédérale ne leur a pas porté préjudice. Cette modification n'a pas donné un contenu sensiblement différent à l'ordonnance et visait vraisemblablement à la clarifier.

#### 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. 8.

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 231 “document” (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 228; 2001, c. 17, s. 181), 231.1 (as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 107), 231.2 (as am. by S.C. 1996, c. 21, s. 58; 2000, c. 30, s. 176), 231.3 (as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 108), 231.4 (as am. by S.C. 1999, c. 17, s. 168; 2005, c. 38, s. 138), 231.5 (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 229; 1999, c. 17, s. 168; 2001, c. 17, s. 182; 2005, c. 38, s. 138), 231.6 (as am. by S.C. 2000, c. 30, s. 177), 231.7 (as enacted by S.C. 2001, c. 17, s. 183), 238, 248(1) “record” (as enacted by S.C. 1998, c. 19, s. 239).

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.6 (as enacted by S.C. 1988, c-55, s. 175).

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (Paris Act of July 24, 1971 as amended on September 28, 1979), [1988] Can. T.S. No. 18.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*M.N.R. v. Greater Montréal Real Estate Board*, 2007 FCA 346, [2008] 3 F.C.R. 366, 2008 DTC 6420, 371 N.R. 7, leave to appeal to SCC refused [2008] 1 S.C.R. vi; *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149, [2003] CLLC 240-003.

##### DISTINGUISHED:

*AGT Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1997] 2 F.C. 878, [1997] 2 C.T.C. 275, 1997 DTC 5189 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*eBay Canada Ltd. v. M.N.R.*, 2007 FC 930, 285 D.L.R. (4th) 488, [2008] 1 C.T.C. 73, 2007 DTC 5573; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*

#### 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. 8.

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 231 « document » (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 228; 2001, ch. 17, art. 181), 231.1 (mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 107), 231.2 (mod. par L.C. 1996, ch. 21, art. 58; 2000, ch. 30, art. 176), 231.3 (mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 108), 231.4 (mod. par L.C. 1999, ch. 17, art. 168; 2005, ch. 38, art. 138), 231.5 (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 229; 1999, ch. 17, art. 168; 2001, ch. 17, art. 182; 2005, ch. 38, art. 138), 231.6 (mod. par L.C. 2000, ch. 30, art. 177), 231.7 (édicte par L.C. 2001, ch. 17, art. 183), 238, 248(1) « registre » (édicte par L.C. 1998, ch. 19, art. 239).

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.6 (édicte par L.C. 1988, ch. 55, art. 175).

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (Acte de Paris du 24 juillet 1971 modifié le 28 septembre 1979), [1988] R.T. Can. n° 18.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*M.R.N. c. Chambre immobilière du Grand Montréal*, 2007 CAF 346, [2008] 3 R.C.F. 366, 2007 DTC 5740, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, [2008] 1 R.C.S. vi; *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*AGT Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1997] 2 C.F. 878 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*eBay Canada Ltd. c. M.R.N.*, 2007 CF 930; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004

v. *Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, 240 D.L.R. (4th) 193, 32 C.P.R. (4th) 1; *Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2008 SCC 46, [2008] 2 S.C.R. 643, 295 D.L.R. (4th) 385, [2008] 5 C.T.C. 135; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, (1990), 68 D.L.R. (4th) 568, 55 C.C.C. (3d) 530; *James Richardson & Sons, Ltd. v. Minister of National Revenue et al.*, [1984] 1 S.C.R. 614, (1984), 9 D.L.R. (4th) 1, [1984] 4 W.W.R. 577; *Phoenix Bulk Carriers Ltd. v. Kremikovtzi Trade*, 2007 SCC 13, [2007] 1 S.C.R. 588, 278 D.L.R. (4th) 628, 360 N.R. 171, revg *sub nom. Kremikovtzi Trade v. Swift Fortune (The)*, 2006 FCA 1, [2006] 3 F.C.R. 475, 345 N.R. 1.

## REFERRED TO:

*Bernick v. The Queen*, 2002 DTC 7167 (Ont. S.C.J.); *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, 259 D.L.R. (4th) 193, [2005] 5 C.T.C. 215; *Imperial Oil Ltd. v. Canada; Inco Ltd. v. Canada*, 2006 SCC 46, [2006] 2 S.C.R. 447, 273 D.L.R. (4th) 450, [2007] 1 C.T.C. 41; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, (1985), 21 D.L.R. (4th) 174, 21 C.C.C. (3d) 206; *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 729, (1962), 35 D.L.R. (2d) 49, 1962 DTC 1236; *M.N.R. v. Sand Exploration Ltd.*, [1995] 3 F.C. 44, [1995] 2 C.T.C. 140, (1995), 95 DTC 5358 (T.D.).

## AUTHORS CITED

Canada. Department of Finance. *The White Paper: Tax Reform 1987*. Ottawa: Department of Finance, 1987.  
Nixon, Margaret. “The Minister’s Power to Issue Requirements: Minister of National Revenue v. Greater Montréal Real Estate Board” (2008), 15 *Tax Litigation* 954.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2008 FC 180, 289 D.L.R. (4th) 765, [2008] 3 C.T.C. 1, 2008 DTC 6176) affirming an *ex parte* order authorizing the Minister of National Revenue to impose a requirement on the appellants to produce information identifying “PowerSellers” in Canada who have sold more than a certain volume of items on eBay. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Salvador M. Borraccia* and *Matthew J. Latella* for appellants.

CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Redeemer Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2008 CSC 46, [2008] 2 R.C.S. 643; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *James Richardson & Sons, Ltd. c. Ministre du Revenu national et autres*, [1984] 1 R.C.S. 614; *Phoenix Bulk Carriers Ltd. c. Kremikovtzi Trade*, 2007 CSC 13, [2007] 1 R.C.S. 588, infirmant *sub nom. Kremikovtzi Trade c. Swift Fortune (Le)*, 2006 CAF 1, [2006] 3 R.C.F. 475.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Bernick v. The Queen*, 2002 DTC 7167 (C.S.J. Ont.); *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Cie pétrolière Impériale Ltée c. Canada; Inco Ltée c. Canada*, 2006 CSC 46, [2006] 2 R.C.S. 447; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 729, (1962), 35 D.L.R. (2d) 49; 1962 DTC 1236; *M.R.N. c. Sand Exploration Ltd.*, [1995] 3 C.F. 44 (1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Ministère des finances. *Livre blanc : Réforme fiscale 1987*. Ottawa : Ministère des finances, 1987.  
Nixon, Margaret. « The Minister’s Power to Issue Requirements: Minister of National Revenue v. Greater Montréal Real Estate Board » (2008), 15 *Tax Litigation* 954.

APPEL de la décision (2008 CF 180) par laquelle la Cour fédérale a confirmé son ordonnance *ex parte* autorisant le ministre du Revenu national à exiger des appelantes la fourniture de renseignements identifiant les « PowerSellers » canadiens qui ont vendu au-delà d’un chiffre déterminé sur eBay. Appel rejeté.

## ONT COMPARU

*Salvador M. Borraccia* et *Matthew J. Latella* pour les appelantes.



*Henry A. Gluch and Aleksandrs Zemdegs* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

*Baker & McKenzie LLP*, Toronto, for appellants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

EVANS J.A.:

#### A. INTRODUCTION

[1] This is an appeal by eBay Canada Ltd. and eBay CS Vancouver Inc. (collectively, eBay Canada or the appellants) from a decision of the Federal Court (2008 FC 180, 289 D.L.R. (4th) 765). In that decision, Justice Hughes affirmed his *ex parte* order authorizing the Minister of National Revenue to impose a requirement on the appellants to produce information identifying “Power-Sellers” in Canada who have sold more than a certain volume of items on eBay, the world’s largest global online marketplace. The Minister wants this information, as well their gross sales, in order to determine whether the PowerSellers have complied with their obligation under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.) c. 1 (the Act) to report their income.

[2] The requirement to produce information in this case was imposed under section 231.2 [as am. by S.C. 1996, c. 21, s. 58; 2000, c. 30, s. 176] of the Act which confers broad and general powers on the Minister to require any person to produce information for any purpose related to the administration or enforcement of the Act. The appellants say that this section does not apply to the facts of this case because the information sought is “foreign-based information”, which is the subject of a comprehensive code in section 231.6 [as am. *idem*, s. 177]. It is important in this case, they argue, to determine which section the Minister may use because section 231.6 does not provide for the imposition of a requirement to produce foreign-based information relating to unnamed persons. In contrast, section 231.2 expressly

*Henry A. Gluch et Aleksandrs Zemdegs* pour l’intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Baker & McKenzie LLP*, Toronto, pour les appelantes.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l’intimé.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

#### A. INTRODUCTION

[1] Il s’agit d’un appel interjeté par eBay Canada Ltd. et eBay CS Vancouver Inc. (ci-après collectivement désignées eBay Canada ou les appelantes) contre une décision de la Cour fédérale (2008 CF 180), par laquelle le juge Hughes a confirmé son ordonnance *ex parte* autorisant le ministre du Revenu national à exiger des appelantes la fourniture de renseignements identifiant les « PowerSellers » canadiens qui ont vendu au-delà d’un chiffre déterminé sur eBay, le marché en ligne mondial le plus important de la planète. Le ministre veut obtenir ces renseignements, ainsi que connaître le chiffre d’affaires brut de ces PowerSellers, afin d’établir s’ils se sont conformés à l’obligation de déclaration de leurs revenus sous le régime de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (la Loi).

[2] Le ministre a exigé la fourniture des renseignements susdits en vertu de l’article 231.2 [mod. par L.C. 1996, ch. 21, art. 58; 2000, ch. 30, art. 176] de la Loi, qui lui confère le pouvoir étendu et général d’exiger de quiconque la fourniture de renseignements à toutes fins afférentes à l’application ou à l’exécution de la Loi. Les appelantes soutiennent que cet article ne s’applique pas aux faits de la présente espèce, au motif que les renseignements exigés appartiennent à la catégorie des « renseignements étrangers », laquelle fait l’objet d’un dispositif législatif complet à l’article 231.6 [mod., *idem*, art. 177]. Il est important ici, font-elles valoir, d’établir lequel de ces articles le ministre peut invoquer, étant donné que l’article 231.6 ne prévoit pas la possibilité de mettre en demeure de fournir des renseignements étran-

empowers the Minister, with judicial authorization, to require the production of information relating to unnamed persons.

[3] The information identifying Canadian eBay sellers is stored as electronic records on servers in the United States owned by eBay Inc. (eBay U.S.). The records are compiled and maintained by eBay International AG (eBay International), a Swiss corporation which is a wholly owned subsidiary of eBay U.S. The principal question to be decided in this appeal is whether the information sought by the Minister is “foreign-based” because it is “available or located outside Canada” for the purpose of section 231.6, despite the fact that the appellants, Canadian corporations, have been authorized to access it in Canada for use in their business, but do not download it to their computers.

[4] In my view, Justice Hughes made no reversible error in concluding on the facts before him that the information sought was not “foreign-based information”; even though stored on servers outside Canada, it was also located in Canada because of its ready accessibility to and use by the appellants. Consequently, it was open to the Minister to seek its production by a requirement imposed on the appellants under section 231.2, without regard to any possible limitations on those powers flowing from the presence of section 231.6. Since the Judge properly authorized the imposition of the requirement under section 231.2, I would dismiss the appeal.

## B. FACTUAL BACKGROUND

[5] eBay U.S. operates an online marketplace (eBay) in conjunction with its subsidiaries around the world. Registered users of eBay offer goods and services for sale on one of eBay’s Web sites for purchase by the highest bidder. Sellers pay a fee for use of the eBay marketplace.

gers relatifs à des personnes non désignées nommément, alors que l’article 231.2, lui, confère expressément au ministre, sous réserve d’autorisation judiciaire, le pouvoir d’exiger la fourniture d’informations concernant de telles personnes.

[3] Les renseignements identifiant les vendeurs canadiens sur eBay sont conservés sous forme d’enregistrements électroniques sur des serveurs situés aux États-Unis, qui appartiennent à eBay Inc. (eBay U.S.). Ces enregistrements sont compilés et tenus à jour par eBay International AG (eBay International), une société suisse constituant une filiale en propriété exclusive de eBay U.S. La question principale à trancher dans le présent appel est celle de savoir si les renseignements dont le ministre exige la fourniture sont « étrangers », c’est-à-dire s’ils sont « accessible[s], ou [...] situé[s], à l’étranger » pour l’application de l’article 231.6, dans un contexte où les appelantes, qui sont des sociétés canadiennes, y ont accès au Canada pour utilisation dans le cadre de leur activité commerciale, mais ne les téléchargent pas sur leurs ordinateurs.

[4] À mon avis, le juge Hughes n’a pas commis d’erreur justifiant l’infirmité de sa décision en concluant, sur le fondement des faits qui lui étaient présentés, que les renseignements demandés n’étaient pas des « renseignements étrangers » : même s’ils étaient stockés sur des serveurs situés à l’étranger, ils étaient situés au Canada du fait que les appelantes pouvaient facilement les consulter et les utiliser. Par conséquent, il était loisible au ministre d’en exiger la fourniture par les appelantes en vertu de l’article 231.2, sans égard pour la question de savoir si, par ailleurs, les pouvoirs que lui confère ce dernier pourraient être limités par l’article 231.6. Comme le juge Hughes a valablement autorisé la mise en demeure signifiée en vertu de l’article 231.2, je rejeterais l’appel.

## B. LE CONTEXTE FACTUEL

[5] eBay U.S. exploite un marché en ligne (eBay) en collaboration avec ses filiales réparties dans le monde. Les utilisateurs inscrits de eBay vendent aux enchères des biens et des services sur l’un ou l’autre de ses sites Web. Les vendeurs paient des droits d’utilisation. Ni

Neither eBay U.S. nor any of its subsidiaries is a party to the contracts of sale made by buyers and sellers on eBay.

[6] The appellant, eBay CS Vancouver Inc., is wholly owned by eBay U.S. The other appellant, eBay Canada Limited, is wholly owned by eBay International, the wholly owned subsidiary of eBay U.S.

[7] eBay International conducts most eBay activities outside the United States, including billing eBay users for fees and banking, the provision of a Web site platform directed at the eBay market in Canada, and a Web site with the domain name of eBay.ca, which is situated on servers outside Canada. eBay Canada uses the eBay.ca domain name and provides market assistance and research, and other administrative services, to eBay International, but has nothing to do with billing customers, receiving payments, or collecting fees.

[8] eBay U.S. and eBay International grant eBay Canada secure online access to confidential information about Canadian users of eBay, which is stored on eBay U.S.'s servers in California. Under provisions in agreements with eBay U.S. and eBay International, eBay Canada is required to keep confidential information provided to it "concerning the eBay system", except to the extent that its disclosure is ordered by law. eBay Canada says that these provisions include information concerning PowerSellers in Canada.

[9] The information sought from eBay Canada by the Minister comprises the names, addresses and other identifying information, and the gross sales for 2004 and 2005, of eBay PowerSellers who are registered as having a Canadian address. Registered eBay users earn the PowerSeller designation on the basis of the value of their eBay sales, the length of time that they have been selling, their financial record, and whether they have been the subject of complaints from other eBay users.

eBay U.S. ni aucune de ses filiales ne sont parties aux contrats de vente passés sur eBay.

[6] L'appelante eBay CS Vancouver Inc. appartient en propriété exclusive à eBay U.S. L'autre appelante, eBay Canada Limited, appartient quant à elle en propriété exclusive à eBay International, filiale en propriété exclusive de eBay U.S.

[7] eBay International se charge de la plupart des activités relatives au marché eBay qui sont exercées à l'extérieur des États-Unis, notamment la facturation des droits d'utilisation et des services bancaires afférents à l'utilisation, ainsi que la fourniture d'une plate-forme de site Web pour le marché eBay canadien et d'un site Web portant le nom de domaine « eBay.ca », hébergé sur des serveurs situés à l'extérieur du Canada. eBay Canada utilise le nom de domaine « eBay.ca » et fournit des services administratifs — d'aide à la commercialisation, d'étude de marché et autres — à eBay International, mais ne participe ni à la facturation, ni à la réception des paiements, ni au recouvrement des droits d'utilisation.

[8] eBay U.S. et eBay International fournissent à eBay Canada un accès en ligne sécurisé à des renseignements confidentiels sur les utilisateurs canadiens du marché eBay, stockés sur les serveurs de eBay U.S. en Californie. Les conventions qui la lient à eBay U.S. et à eBay International obligent eBay Canada à maintenir la confidentialité des renseignements [TRADUCTION] « concernant le système eBay » qui lui sont communiqués, sauf dans la mesure où la loi prescrit leur divulgation. eBay Canada affirme que ces clauses de confidentialité s'appliquent aux renseignements qui concernent les PowerSellers opérant au Canada.

[9] Les renseignements que le ministre exige de eBay Canada sont les noms, adresses et autres éléments d'identification, ainsi que les chiffres d'affaires bruts pour 2004 et 2005, des PowerSellers du marché eBay qui sont inscrits comme ayant une adresse au Canada. Les critères d'attribution du titre de PowerSeller aux utilisateurs inscrits du marché eBay sont la valeur de leurs ventes et la durée de leur activité de vente sur ce marché, leurs antécédents financiers, et le point de

[10] PowerSellers' sales records vary widely. They may include, on the one hand, individuals who, on a casual basis, have sold goods or services for US\$3 000 in one year and, on the other, corporations that have sold items for as much as US\$450 000 in a similar period.

[11] Designation as a PowerSeller carries significant benefits. For instance, PowerSellers receive an enhanced level of eBay services, and potential purchasers are likely to have more confidence in the reliability and integrity of a seller with this designation. The PowerSellers program is an important part of the promotion of eBay and exists in many countries. Registered eBay users may join a program in their own country; residents of Canada may become PowerSellers on eBay.ca. The precise number of PowerSellers in the Canadian program is not known, but is estimated to be in the region of 10 000.

[12] There is no evidence that eBay Canada has either printed, or downloaded onto its computers in Canada, the information about PowerSellers sought by the Minister. However, it is conceded that eBay Canada has been granted access to and regularly uses this information as an integral part of its business: see [*eBay Canada Ltd. v. M.N.R.*] 2007 FC 930, 285 D.L.R. (4th) 488, at paragraph 12.

[13] The Minister did not know the names and contact information of Canadian PowerSellers or the value of the goods and services that they had sold on eBay. Accordingly, he applied *ex parte* to the Federal Court under subsection 231.2(3) for an order authorizing him to impose a requirement on eBay Canada to produce information and documents that would enable him to audit them. Justice Hughes granted the *ex parte* application on November 6, 2006, requiring the appellants to provide to the Minister [at paragraph 1]:

savoir s'ils ont ou non fait l'objet de plaintes de la part d'autres utilisateurs de eBay.

[10] Les antécédents de vente des PowerSellers varient considérablement. Appartiennent à la catégorie des PowerSellers aussi bien des personnes physiques qui ont vendu en une année, à titre occasionnel, des biens ou des services d'une valeur totale de 3 000 \$US, que des personnes morales qui ont vendu pour jusqu'à 450 000 \$US sur la même durée.

[11] L'obtention du titre de PowerSeller comporte des avantages notables. Par exemple, les PowerSellers ont droit à un niveau plus élevé de services eBay, et il est probable que les acheteurs éventuels compteront plus sur la fiabilité et l'intégrité des vendeurs portant ce titre. Le programme des PowerSellers constitue un élément important de la promotion du marché eBay et est mis en œuvre dans de nombreux pays. C'est dans un cadre national que les utilisateurs inscrits de eBay peuvent adhérer à ce programme; par exemple, les résidents du Canada peuvent devenir PowerSellers sur eBay.ca. On ne connaît pas le nombre précis de PowerSellers du programme canadien, mais on l'estime à environ 10 000.

[12] Aucun élément de preuve ne tend à établir que eBay Canada ait imprimé, ou téléchargé sur ses ordinateurs au Canada, les renseignements sur les PowerSellers dont le ministre exige la communication. Cependant, les appelantes concèdent que eBay Canada a accès à ces renseignements et les utilise régulièrement dans le cadre de son activité commerciale; voir le paragraphe 12 de la décision [*eBay Canada Ltd. c. M.R.N.*] 2007 CF 930.

[13] Le ministre ne connaissait pas les noms ni les coordonnées des PowerSellers canadiens, ni la valeur des biens ou des services qu'ils avaient vendus sur eBay. Par conséquent, il a formé devant la Cour fédérale, en vertu du paragraphe 231.2(3), une requête *ex parte* tendant à obtenir une ordonnance qui l'autoriserait à exiger de eBay Canada qu'elle lui communique des renseignements et des documents à l'aide desquels il pourrait soumettre lesdits PowerSellers à un contrôle fiscal. Le juge Hughes a fait droit à cette requête *ex parte* le 6 novembre 2006, prononçant une ordonnance qui prescrivait aux appelantes de fournir au ministre [au paragraphe 1] :

... the following information and documents for any person having a Canadian address according to your records (including individual, corporation and joint venture) who qualified for the PowerSeller status under eBay's PowerSeller program in Canada at any time during the two calendar years 2004 and 2005:

a) account information—full name, user id, mailing address, billing address, telephone number, fax number and email address; and

b) merchandise sales information—gross annual sales

Original documents in their original forms are required. Photocopies of information or documents will not be sufficient. Where these records exist in electronic format, I require that the records be provided in electronically readable format.

[14] After receiving notice of the *ex parte* order, the appellants made an application to Justice Hughes under subsection 231.2(5) to review it.

### C. DECISION OF THE FEDERAL COURT

[15] Before issuing his final judgment, which is the subject of this appeal, Justice Hughes issued reasons and a partial judgment on September 18, 2007 (2007 FC 930), in which he rejected the appellants' principal argument. They had argued that the information and documents sought could not be the subject of a requirement under the Minister's general power in section 231.2, because they were stored on servers in California and therefore constituted "foreign-based information" for the purpose of section 231.6. Further, they said, section 231.6 does not authorize a requirement to be imposed for the production of foreign-based information relating to unnamed persons. The appellants alleged that, by resorting to section 231.2, the Minister had improperly tried to escape this and other limitations imposed by section 231.6 on requirements to produce records located outside Canada.

[TRADUCTION] [...] les renseignements et les documents suivants quant à toute personne qui, selon vos dossiers, possède une adresse au Canada (y compris les particuliers, les sociétés et les coentreprises) et qui a obtenu le statut de PowerSeller en vertu du programme PowerSeller de eBay au Canada à un moment quelconque au cours des deux années civiles 2004 et 2005 :

a) les renseignements sur le compte — le nom au complet, l'identificateur d'utilisateur, l'adresse postale, l'adresse de facturation, le numéro de téléphone, le numéro de télécopieur et l'adresse électronique;

b) les renseignements sur les ventes de marchandises — les ventes brutes annuelles.

Les documents originaux dans leurs formes originales sont exigés. Des photocopies de renseignements ou de documents ne sont pas suffisantes. Lorsque ces dossiers existent sous forme électronique, j'exige qu'ils soient fournis sous une forme électronique intelligible.

[14] Après avoir reçu notification de l'ordonnance *ex parte*, les appelantes en ont demandé la révision au juge Hughes en vertu du paragraphe 231.2(5).

### C. LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[15] Avant de prononcer son jugement définitif, auquel s'applique le présent appel, le juge Hughes a donné le 18 septembre 2007, sous la référence 2007 CF 930, un jugement partiel motivé par lequel il rejetait le moyen principal des appelantes. Celles-ci avaient soutenu que les renseignements et documents exigés ne pouvaient faire l'objet d'une mise en demeure en vertu du pouvoir général conféré au ministre par le paragraphe 231.2, au motif qu'ils étaient conservés sur des serveurs situés en Californie et constituaient par conséquent des « renseignements étrangers » pour l'application de l'article 231.6. En outre, faisaient-elles valoir, l'article 231.6 n'autorise pas le ministre à mettre en demeure de fournir des renseignements étrangers relatifs à des personnes non désignées nommément. Selon elles, le ministre, en recourant à l'article 231.2, avait essayé abusivement de contourner ce fait et les autres restrictions que l'article 231.6 impose au pouvoir de mise en demeure de produire des éléments d'information situés hors du Canada.

[16] The Judge noted the breadth of the power conferred on the Minister by section 231.2 to require the production of information, including the power to require a person to produce information relating to another person whose tax affairs the Minister wished to examine. Justice Hughes concluded that the scope of the power exercisable under section 231.2 in this case cannot be affected by section 231.6, because section 231.6 applies only to “foreign-based information”, which, he found, did not include the information sought by the Minister from eBay Canada.

[17] In reaching this conclusion, Justice Hughes observed that, since electronically stored information relating to PowerSellers was readily, lawfully, and instantaneously available in a variety of places to eBay entities, including to the appellants in Canada, the location of the servers on which it was stored was irrelevant (2007 FC 930, at paragraph 23). He relied on judicial descriptions of telecommunications from a foreign State to Canada, and *vice versa*, as being “both here and there” (see *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, at paragraph 59 (SOCAN)), and on the particular facts of this case concerning eBay Canada’s permitted and actual use of the information.

[18] Justice Hughes delayed deciding the remaining issue (namely, whether there was sufficient evidence that the Minister required the information to audit Canadian PowerSellers for compliance with the *Income Tax Act*) until this Court released its decision in *M.N.R. v. Greater Montréal Real Estate Board*, 2007 FCA 346, [2008] 3 F.C.R. 366, leave to appeal to SCC refused, [2008] 1 S.C.R. vi (GMREB), and the parties had had an opportunity to make written submissions on it. In further reasons and final judgment, dated February 13, 2008 (2008 FC 180), Justice Hughes held that he was bound by GMREB on the applicable test (the “good faith audit” test) and concluded that on the basis of the evidence before him, the Minister had met it. He also said that, even if the more demanding test relied on by the appel-

[16] Le juge Hughes a noté l’étendue du pouvoir d’enquête que confère au ministre l’article 231.2, qui l’autorise notamment à exiger d’une personne la fourniture de renseignements relatifs à une autre personne dont il souhaite examiner la situation fiscale. Il a conclu que l’étendue du pouvoir conféré par l’article 231.2 ne peut, dans la présente affaire, être limitée par l’article 231.6, puisque celui-ci ne s’applique qu’aux « renseignements étrangers », catégorie qui, selon lui, ne comprend pas les renseignements exigés par le ministre de eBayCanada.

[17] Dans le cadre du raisonnement qui l’a mené à cette conclusion, le juge Hughes a fait observer que, comme les renseignements relatifs aux PowerSellers conservés sur support électronique étaient facilement, licitement et instantanément accessibles à divers endroits pour les entités eBay, y compris au Canada pour les appelantes, l’emplacement des serveurs sur lesquels ils étaient stockés n’avait pas de pertinence (2007 CF 930, au paragraphe 23). Il s’est fondé sur la jurisprudence qui décrit les télécommunications effectuées à partir de l’étranger vers le Canada et inversement comme se situant « à la fois ici et à l’autre endroit » — voir *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, au paragraphe 59 (SOCAN) —, ainsi que sur les faits particuliers de la présente affaire concernant l’utilisation licitement possible pour eBay Canada des renseignements en question et leur utilisation effective par elle.

[18] Le juge Hughes a remis sa décision sur la question restante — soit celle de savoir si la preuve suffisait à établir que le ministre exigeait les renseignements en cause pour vérifier l’observation de la *Loi de l’impôt sur le revenu* par les PowerSellers canadiens — au moment où notre Cour aurait statué sur l’affaire qui a donné lieu à l’arrêt *M.R.N. c. Chambre immobilière du Grand Montréal*, 2007 CAF 346, [2008] 3 R.C.F. 366, autorisation de pourvoi devant la CSC refusée, [2008] 1 R.C.S. vi (CIGM), et où les parties auraient eu la possibilité de présenter des conclusions écrites sur cet arrêt. Dans son jugement définitif (2008 CF 180), en date du 13 février 2008 et motivé par un exposé complémentaire, le juge Hughes a conclu qu’il était lié par CIGM pour ce qui concerne le critère applicable (soit celui de

lants were applicable (the “genuine and serious inquiry” test), the evidence was sufficient to meet it too.

[19] Having also satisfied himself that the Minister had met the statutory preconditions in paragraphs 231.2(3)(a) and (b) to the imposition of a requirement under this section, Justice Hughes affirmed his *ex parte* order [2007 FC 930, at paragraph 14] authorizing the requirement, but amended it to cover information concerning the identity of PowerSellers “registered as having a Canadian address”, rather than those “having a Canadian address according to your records”.

[20] This appeal is from the final judgment of Justice Hughes. However, since the issues raised are considered in both sets of the Judge’s reasons, it will be necessary to refer to the reasons for the partial and the final judgments.

#### D. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[21] It is important to situate the particular issues raised in this appeal within the wider context of the statutory powers from which they arise. The following general provision confers broad powers on the Minister to require the provision of information and documents:

**231.2** (1) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, subject to subsection (2), for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, including the collection of any amount payable under this Act by any person, by notice served personally or by registered or certified mail, require that any person provide, within such reasonable time as is stipulated in the notice,

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or

la « vérification fiscale faite de bonne foi ») et que la preuve produite devant lui établissait que le ministre l’avait rempli. Il a ajouté que, dans l’hypothèse de l’applicabilité du critère plus rigoureux que les appelantes avaient invoqué (soit celui de l’« enquête sérieuse et véritable »), la preuve suffisait aussi à établir qu’il avait été rempli.

[19] Estimant en outre établi que le ministre avait satisfait aux conditions préalables auxquelles les alinéas a) et b) du paragraphe 231.2(3) subordonnent la validité de la mise en demeure signifiée sous le régime de l’article 231.2, le juge Hughes a confirmé son ordonnance *ex parte* [2007 CF 930, au paragraphe 14] autorisant le ministre à exiger les renseignements en question, mais en la modifiant de manière à ce que ceux-ci s’appliquent à l’identité des PowerSellers « inscrit[s] comme ayant une adresse au Canada », plutôt qu’à ceux qui, « selon vos dossiers, possède[nt] une adresse au Canada ».

[20] Le présent appel porte sur le jugement définitif du juge Hughes. Cependant, comme ce dernier examine les questions ici en litige dans l’exposé des motifs de son jugement partiel aussi bien que dans celui des motifs de son jugement définitif, nous devons nous reporter à l’un et l’autre de ces exposés.

#### D. LE RÉGIME APPLICABLE

[21] Il importe de situer les questions particulières que le présent appel met en litige dans le contexte plus large des compétences légales dont elles découlent. Les dispositions générales qui suivent confèrent au ministre des pouvoirs étendus pour ce qui est d’exiger la fourniture de renseignements et la production de documents :

**231.2** (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l’application ou l’exécution de la présente loi, y compris la perception d’un montant payable par une personne en vertu de la présente loi, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, exiger d’une personne, dans le délai raisonnable que précise l’avis :

a) qu’elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;

(b) any document.

[22] While subsection 231.2(1) is stated to operate “Notwithstanding any other provision of this Act”, it is expressly made subject to subsection (2), which provides that prior judicial authorization is needed when, as in the present case, the requirement relates to information respecting unnamed persons:

**231.2 (1) ...**

(2) The Minister shall not impose on any person (in this section referred to as a “third party”) a requirement under subsection 231.2(1) to provide information or any document relating to one or more unnamed persons unless the Minister first obtains the authorization of a judge under subsection 231.2(3).

(3) On *ex parte* application by the Minister, a judge may, subject to such conditions as the judge considers appropriate, authorize the Minister to impose on a third party a requirement under subsection 231.2(1) relating to an unnamed person or more than one unnamed person (in this section referred to as the “group”) where the judge is satisfied by information on oath that

(a) the person or group is ascertainable; and

(b) the requirement is made to verify compliance by the person or persons in the group with any duty or obligation under this Act.

[23] It is evident from paragraph 231.2(3)(b) that subsection 231.2(2) is intended to be used when the Minister wishes to verify whether the unnamed persons, not the person on whom the requirement is served, are in compliance with their obligations under the Act. See, for example, *Bernick v. The Queen*, 2002 DTC 7167 (Ont. S.C.J.), at paragraph 10.

[24] A person on whom an *ex parte* order is served under subsection 231.2(3) must be served with notice of both it and the notice referred to in subsection 231.2(1) (see subsection 231.2(4)), and may request a review of the order by a judge, normally the judge who issued it:

b) qu’elle produise des documents.

[22] Le paragraphe 231.2(1), s’il s’applique « [m]algré les autres dispositions de la présente [L]oi », est expressément subordonné au paragraphe (2) du même article, qui prévoit l’obligation d’obtenir une autorisation judiciaire préalable lorsque, comme dans la présente espèce, l’avis en question exige la fourniture de renseignements relatifs à des personnes non désignées nommément :

**231.2 (1) [...]**

(2) Le ministre ne peut exiger de quiconque — appelé « tiers » au présent article — la fourniture de renseignements ou production de documents prévue au paragraphe (1) concernant une ou plusieurs personnes non désignées nommément, sans y être au préalable autorisé par un juge en vertu du paragraphe (3).

(3) Sur requête *ex parte* du ministre, un juge peut, aux conditions qu’il estime indiquées, autoriser le ministre à exiger d’un tiers la fourniture de renseignements ou production de documents prévue au paragraphe (1) concernant une personne non désignée nommément ou plus d’une personne non désignée nommément — appelée « groupe » au présent article —, s’il est convaincu, sur dénonciation sous serment, de ce qui suit :

a) cette personne ou ce groupe est identifiable;

b) la fourniture ou la production est exigée pour vérifier si cette personne ou les personnes de ce groupe ont respecté quelque devoir ou obligation prévu par la présente loi.

[23] Il ressort à l’évidence de l’alinéa 231.2(3)b) que le paragraphe 231.2(2) est conçu pour permettre au ministre de vérifier si les personnes non désignées nommément, et non pas la personne à qui l’avis est signifié, se conforment aux obligations découlant pour elles de la Loi. Voir, par exemple, *Bernick v. The Queen*, 2002 DTC 7167 (C.S.J. Ont.), au paragraphe 10.

[24] La personne qui fait l’objet d’une ordonnance *ex parte* sous le régime du paragraphe 231.2(3) doit recevoir signification, aussi bien que de l’autorisation ainsi prononcée, de l’avis visé au paragraphe 231.2(1) (voir le paragraphe 231.2(4)), et peut demander la révision de cette ordonnance par un juge, qui est normalement celui qui l’a rendue :



**231.2 (1) ...**

(5) Where an authorization is granted under subsection 231.2(3), a third party on whom a notice is served under subsection 231.2(1) may, within 15 days after the service of the notice, apply to the judge who granted the authorization or, where the judge is unable to act, to another judge of the same court for a review of the authorization.

[25] In conducting the review, the judge must consider whether she or he is satisfied that the conditions in paragraphs 231.2(3)(a) and (b) are met. If the judge is not so satisfied, the *ex parte* order may be cancelled, otherwise the order may be confirmed or varied: subsection 231.2(6).

[26] The sanctions for non-compliance with an order issued under section 231.2 are criminal prosecution (section 238) and contempt proceedings (subsection 231.7(4) [as enacted by S.C. 2001, c. 17, s. 183]).

[27] Section 231.6 was added to the Act [*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63] in 1988 by S.C. 1988, c. 55, section 175, and deals with requirements for the production of “foreign-based information”, which is defined as follows:

**231.6 (1)** For the purposes of this section, “foreign-based information or document” means any information or document that is available or located outside Canada and that may be relevant to the administration or enforcement of this Act, including the collection of any amount payable under this Act by any person. [Emphasis added.]

[28] The scope of the power to require the production of any foreign-based information or document is defined as follows:

**231.6 (1) ...**

(2) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, by notice served personally or by registered or certified mail, require that a person resident in Canada or a non-resident person carrying on business in Canada provide any foreign-based information or document.

**231.2 (1) [...]**

(5) Le tiers à qui un avis est signifié ou envoyé conformément au paragraphe (1) peut, dans les 15 jours suivant la date de signification ou d’envoi, demander au juge qui a accordé l’autorisation prévue au paragraphe (3) ou, en cas d’incapacité de ce juge, à un autre juge du même tribunal de réviser l’autorisation.

[25] Le juge qui révisé l’ordonnance *ex parte* doit se demander s’il est convaincu que sont remplies les conditions prévues aux alinéas a) et b) du paragraphe 231.2(3). Dans la négative, il peut annuler cette ordonnance; dans le cas contraire, il peut la confirmer ou la modifier; voir le paragraphe 231.2(6).

[26] Quiconque ne se conforme pas à une ordonnance prononcée sous le régime de l’article 231.2 peut faire l’objet de poursuites au pénal (article 238) ou être reconnu coupable, avec les conséquences qui s’ensuivent, d’outrage au tribunal (paragraphe 231.7(4) [édicte par L.C. 2001, ch. 17, art. 183]).

[27] L’article 231.6, ajouté à la Loi [*Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63] en 1988 (en vertu de L.C. 1988, ch. 55, article 175), porte sur les mises en demeure de fournir des « renseignements ou document[s] étranger[s] », expression qui y est définie comme suit :

**231.6 (1)** Pour l’application du présent article, renseignement ou document étranger s’entend d’un renseignement accessible, ou d’un document situé, à l’étranger, qui peut être pris en compte pour l’application ou l’exécution de la présente loi, y compris la perception d’un montant payable par une personne en vertu de la présente loi. [Non souligné dans l’original.]

[28] Le paragraphe 231.6(2) délimite dans les termes suivants le pouvoir d’exiger la fourniture de renseignements ou documents étrangers :

**231.6 (1) [...]**

(2) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, exiger d’une personne résidant au Canada ou d’une personne n’y résidant pas mais y exploitant une entreprise de fournir des renseignements ou documents étrangers.

[29] A person served with a notice of a requirement under subsection 231.6(2) may request a judge to review the requirement, including on the ground that it is unreasonable:

**231.6 (1) ...**

(4) The person on whom a notice of a requirement is served under subsection 231.6(2) may, within 90 days after the service of the notice, apply to a judge for a review of the requirement.

(5) On hearing an application under subsection 231.6(4) in respect of a requirement, a judge may

(a) confirm the requirement;

(b) vary the requirement as the judge considers appropriate in the circumstances; or

(c) set aside the requirement if the judge is satisfied that the requirement is unreasonable.

(6) For the purposes of paragraph 231.6(5)(c), the requirement to provide the information or document shall not be considered to be unreasonable because the information or document is under the control of or available to a non-resident person that is not controlled by the person served with the notice of the requirement under subsection 231.6(2) if that person is related to the non-resident person.

[30] Unlike section 231.2, section 231.6 contains no provisions specifically dealing with requirements for information relating to unnamed persons to enable the Minister to determine if they are in compliance with their obligations under the Act. However, under subsection 231.2(2) such a requirement may only be imposed with a judicial authorization, which itself is subject to judicial review. In contrast, all requirements under section 231.6 are subject to judicial review.

[31] On the other hand, section 231.6 contains its own sanction for non-compliance, in addition to the possibility of prosecution under section 238. However, the sanction of contempt proceedings, provided by section 231.7 [as enacted by S.C. 2001, c. 17, s. 183] when a person does not comply with a requirement imposed

[29] La personne à qui est signifié ou envoyé l'avis visé au paragraphe 231.6(2) peut demander à un juge de contrôler la mise en demeure, en invoquant notamment son caractère déraisonnable :

**231.6 (1) [...]**

(4) La personne à qui l'avis est signifié ou envoyé peut, dans les 90 jours suivant la date de signification ou d'envoi, contester, par requête à un juge, la mise en demeure du ministre.

(5) À l'audition de la requête, le juge peut :

a) confirmer la mise en demeure;

b) modifier la mise en demeure de la façon qu'il estime indiquée dans les circonstances;

c) déclarer sans effet la mise en demeure s'il est convaincu que celle-ci est déraisonnable.

(6) Pour l'application de l'alinéa (5)c), le fait que des renseignements ou documents étrangers soient accessibles ou situés chez une personne non-résidente qui n'est pas contrôlée par la personne à qui l'avis est signifié ou envoyé, ou soient sous la garde de cette personne non-résidente, ne rend pas déraisonnable la mise en demeure de fournir ces renseignements ou documents, si ces deux personnes sont liées.

[30] Contrairement à l'article 231.2, l'article 231.6 ne contient pas de dispositions portant expressément sur la mise en demeure de fournir des renseignements relatifs à des personnes non désignées nommément afin de permettre au ministre d'établir si elles se conforment à la Loi. Cependant, selon le paragraphe 231.2(2), la fourniture de tels renseignements ne peut être exigée que moyennant une autorisation judiciaire, laquelle est elle-même assujettie à la révision judiciaire, alors que, sous le régime de l'article 231.6, toute mise en demeure de fournir des renseignements est soumise au contrôle judiciaire.

[31] Par ailleurs, l'article 231.6 prévoit, en plus de la possibilité de poursuites en vertu de l'article 238, une sanction particulière en cas d'inexécution. Cependant, l'inexécution d'une mise en demeure signifiée en vertu de l'article 231.6 n'emporte pas les sanctions afférentes à l'outrage au tribunal que prévoit l'article 231.7 [édicte

under section 231.2, is not available for a failure to comply with a section 231.6 requirement:

**231.6 (1) ...**

(8) If a person fails to comply substantially with a notice served under subsection 231.6(2) and if the notice is not set aside by a judge pursuant to subsection 231.6(5), any court having jurisdiction in a civil proceeding relating to the administration or enforcement of this Act shall, on motion of the Minister, prohibit the introduction by that person of any foreign-based information or document covered by that notice.

**E. ISSUES AND ANALYSIS**

Two preliminary matters

(i) statutory interpretation

[32] In order to interpret statutes consistently with legislative intent, courts must determine their meaning by reference to their text, context and purpose. Thus, while the ordinary and grammatical meaning of a statutory text is the point of departure for any interpretative exercise, it is rarely the end of the journey. The meaning of the text must also be found in the purpose of both the provision in question and the statute as a whole. Whenever possible, the text of the statute should be interpreted in a manner which furthers that purpose.

[33] As for context, a court should interpret a disputed provision in light of related statutory provisions in an attempt to give a coherent meaning to the group: *Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2008 SCC 46, [2008] 2 S.C.R. 643, at paragraph 15. In addition, a court should take into consideration external context when interpreting legislation. Thus, for example, Justice Binnie said in *SOCAN* (at paragraph 43) that courts had to “transpose” the provisions of a *Copyright Act* designed to cover works protected by the Berne Convention [*Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (Paris Act of July 24, 1971 as amended on September 28, 1979), [1988] Can. T.S. No. 18] “to the information age, and to technologies

par L.C. 2001, ch. 17, art. 183] pour le défaut de se conformer à une ordonnance rendue sous le régime de l’article 231.2 :

**231.6 (1) [...]**

(8) Si une personne ne fournit pas la totalité, ou presque, des renseignements ou documents étrangers visés par la mise en demeure signifiée conformément au paragraphe (2) et si la mise en demeure n’est pas déclarée sans effet par un juge en application du paragraphe (5), tout tribunal saisi d’une affaire civile portant sur l’application ou l’exécution de la présente loi doit, sur requête du ministre, refuser le dépôt en preuve par cette personne de tout renseignement ou document étranger visé par la mise en demeure.

**E. ANALYSE DES QUESTIONS EN LITIGE**

Les deux questions préjudicielles

i) l’interprétation des lois

[32] Pour interpréter les lois en harmonie avec l’intention du législateur, les tribunaux doivent en établir le sens en fonction de leur texte, de leur contexte et de leur objet. Ainsi, s’il est vrai que le sens ordinaire et grammatical d’un texte de loi constitue le point de départ de toute opération d’interprétation, il est rare qu’on puisse s’en tenir là. Il faut aussi chercher le sens du texte aussi bien dans l’objet de la disposition en question que dans celui de l’ensemble de la loi qui la contient. De plus, il convient d’interpréter autant que possible le texte de la loi d’une manière qui serve l’objet de celle-ci.

[33] Pour ce qui concerne le contexte, le tribunal doit interpréter la disposition contestée en fonction des dispositions connexes de manière à attribuer un sens cohérent à l’ensemble; voir *Redeemer Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2008 CSC 46, [2008] 2 R.C.S. 643, au paragraphe 15. En outre, le tribunal doit prendre en considération le contexte externe dans l’interprétation des lois. Le juge Binnie fait par exemple observer au paragraphe 43 de *SOCAN* que les tribunaux « doivent s’efforcer d’appliquer, en cette ère de l’information et à l’égard de technologies que ne pouvaient même pas concevoir les législateurs de l’époque, une loi sur le droit d’auteur visant la mise en œuvre de la *Convention de Berne* [...] de 1886, révisée [...] en 1908 » [*Conven-*

undreamt of by those early legislators.”

[34] This “modern approach” to interpretation which takes account of statutory text, context and purpose also applies to the *Income Tax Act*, although particular weight may be given to the ordinary meaning of the text: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraphs 10–11; *Imperial Oil Ltd. v. Canada; Inco Ltd. v. Canada*, 2006 SCC 46, [2006] 2 S.C.R. 447, at paragraph 26. The Supreme Court of Canada has provided additional guidance which is relevant to the interpretation of the Act’s enforcement powers. Thus, in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, a case involving a challenge under section 8 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]] to the Minister’s power to require the production of documents, Justice Wilson noted (at page 648) that the major drawback of a self-reporting tax system such as ours is that some taxpayers will attempt to evade tax, by failing to report income, for example. Accordingly, she said:

... the Minister of National Revenue must be given broad powers in supervising this regulatory scheme to audit taxpayers’ returns and inspect all records which may be relevant to the preparation of these returns. The Minister must be capable of exercising these powers whether or not he has reasonable grounds for believing that a particular taxpayer has breached the Act. ... A spot check or a system of random monitoring may be the only way in which the integrity of the tax system can be maintained.

(ii) standards of review

[35] On an *ex parte* application by the Minister under subsection 231.2(3), the judge has discretion to authorize the imposition of a requirement, subject to such conditions as the judge considers appropriate, if satisfied that paragraphs (a) and (b) are met. On a request under sub-

*tion de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (Acte de Paris du 24 juillet 1971 modifié le 28 septembre 1979), [1988] R.T. Can. n° 18].

[34] Cette « méthode moderne d’interprétation législative » qui tient compte du texte, du contexte et de l’objet de la loi s’applique aussi à la *Loi de l’impôt sur le revenu*, encore que, dans le cas de celle-ci, on puisse être amené à attribuer un poids particulier au sens ordinaire du texte : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, aux paragraphes 10 et 11; et *Cie pétrolière Impériale Ltée c. Canada; Inco Ltée c. Canada*, 2006 CSC 46, [2006] 2 R.C.S. 447, au paragraphe 26. La Cour suprême du Canada a donné d’autres indications pertinentes pour l’interprétation des pouvoirs d’exécution conférés par la Loi. Par exemple, à la page 648 de l’arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, qui statuait sur une thèse contestant en vertu de l’article 8 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]] le pouvoir du ministre d’exiger la production de documents, la juge Wilson faisait observer que le principal inconvénient d’un régime fiscal fondé sur l’autodéclaration tel que le nôtre est que certains contribuables essaieront de frauder le fisc, par exemple en omettant de déclarer leurs revenus. Par conséquent, écrivait-elle :

[...] le ministre du Revenu national doit disposer, dans la surveillance de ce régime de réglementation, de larges pouvoirs de vérification des déclarations des contribuables et d’examen de tous les documents qui peuvent être utiles pour préparer ces déclarations. Le Ministre doit être capable d’exercer ces pouvoirs, qu’il ait ou non des motifs raisonnables de croire qu’un certain contribuable a violé la Loi [...] Les contrôles ponctuels ou un système de vérification au hasard peuvent constituer le seul moyen de préserver l’intégrité du régime fiscal.

ii) les normes de contrôle

[35] Le juge saisi par le ministre d’une requête *ex parte* sous le régime du paragraphe 231.2(3) a la faculté de l’autoriser à exiger la fourniture de renseignements, aux conditions qu’il estime indiquées, s’il est convaincu que sont remplies les conditions que prévoient les ali-

section 231.2(5) for a review of an authorization granted under subsection 231.2(3), the judge reviews a judicial order which, in most cases, will have been granted by that judge. In these circumstances, the standards of review to be applied by this Court on an appeal from a judge's decision under subsection 231.2(5) are those prescribed in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

[36] Thus, questions of law, including questions of statutory interpretation and procedural fairness decided by Justice Hughes in this case, are subject to review on appeal on a standard of correctness. On the other hand, findings of fact are reviewable only for palpable and overriding error, as are applications of the law to the facts, unless the question is more legal than factual or a general question of law can readily be extrapolated, in which case correctness is the standard of review.

[37] With these considerations in mind, I turn to the issues in this appeal. The appellants' grounds of appeal can be reduced to four propositions: (i) the application Judge erred by holding that the requirement does not relate to "foreign-based information"; (ii) since the information in this case is "foreign-based", it can only be obtained in accordance with section 231.6, which does not extend to information relating to unnamed persons; (iii) if, contrary to the above, section 231.2 is applicable, a requirement may only be confirmed under subsection 231.2(3) if there is evidence that the Minister is conducting a "genuine and serious inquiry" as to whether specific members of the class of unnamed persons are in compliance with the Act; and (iv) the application Judge breached the duty of fairness by failing to give notice to eBay U.S. and eBay International before varying the terms of the requirement in a manner that adversely affected them.

nés a) et b). Quant au juge saisi sous le régime du paragraphe 231.2(5) d'une demande en révision de l'autorisation accordée en vertu du paragraphe 231.2(3), il révisé une ordonnance judiciaire que, dans la plupart des cas, il a lui-même prononcée. Dans ce contexte, les normes de contrôle applicables par notre Cour dans le cadre de l'appel d'une décision judiciaire rendue sous le régime du paragraphe 231.2(5) sont celles que prévoit l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

[36] Ainsi, les questions de droit, notamment les questions d'interprétation législative et d'équité procédurale tranchées par le juge Hughes dans la présente affaire, commandent en appel l'application de la norme de la décision correcte. Cependant, les conclusions de fait ne sont révisables que sous le rapport de l'erreur manifeste et dominante, tout comme l'application du droit aux faits, à moins que la question à l'étude soit plutôt de droit que de fait ou qu'on puisse facilement inférer de la situation une question générale de droit, auquel cas la norme de contrôle à retenir est celle de la décision correcte.

[37] C'est à la lumière de ces considérations que je vais maintenant examiner les questions en litige dans le présent appel. Les moyens d'appel des appelantes peuvent se résumer en quatre propositions : i) le juge des demandes a commis une erreur en concluant que les renseignements exigés par le ministre ne sont pas des « renseignements étrangers »; ii) comme les renseignements en question dans la présente espèce sont « étrangers », ils ne peuvent être obtenus que conformément à l'article 231.6, qui ne s'applique pas aux informations relatives à des personnes non désignées nommément; iii) dans le cas où, contrairement aux propositions qui précèdent, l'article 231.2 serait d'application, il n'est permis de confirmer la mise en demeure sous le régime du paragraphe 231.2(3) que si la preuve établit que le ministre mène une « enquête sérieuse et véritable » sur le point de savoir si des membres déterminés du groupe de personnes non désignées nommément se conforment à la Loi; enfin, iv) le juge des demandes a manqué à l'obligation d'équité en omettant d'aviser eBay U.S. et eBay International avant de modifier les termes de la mise en demeure d'une manière qui leur portait préjudice.

Issue 1: Is the information which eBay Canada was required to produce “foreign-based information” for the purpose of section 231.6?

[38] Counsel for eBay Canada says that the Minister’s general power to issue requirements under section 231.2 must be read in light of section 231.6, which specifically prescribes the circumstances in which the Minister may impose a requirement for the production of “foreign-based information”. Counsel relies on the presumption that a general statutory provision should not be interpreted as derogating from a specific provision. However, this argument only comes into play if the information sought by the Minister in this case is indeed “foreign-based” for the purpose of section 231.6. In my view, it is not.

[39] Subsection 231.6(1) defines “foreign-based information or document” as “any information or document that is available or located outside Canada”. What the Minister requires to be produced in this case is “information”, not a “document”. However, for the purposes of sections 231.1 to 231.7 [ss. 231.1 (as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 107), 231.3 (as am. *idem*, s. 108), 231.4 (as am. by S.C. 1999, c. 17, s. 168; 2005, c. 38, s. 138), 231.5 (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 229; 1999, c. 17, s. 168; 2001, c. 17, s. 182; 2005, c. 38, s. 138)], section 231 defines “document” [as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 228; 2001, c. 17, s. 181] as including “a record”. “Record” [as enacted by S.C. 1998, c. 19, s. 239], in turn, is defined by subsection 248(1) to include “any other thing containing information, whether in writing or in any other form”, a definition broad enough to include information in electronic form stored on a server.

[40] Counsel for the appellants says that, as a matter of law, information in electronic form stored on a server is “located” where the server is situated and, until downloaded or printed, is not located anywhere else. He argues

Question n° 1 : Les renseignements dont le ministre exigeait la fourniture par eBay Canada étaient-ils des « renseignements étrangers » pour l’application de l’article 231.6?

[38] L’avocat de eBay Canada soutient que le pouvoir général d’exiger la fourniture de renseignements que l’article 231.2 confère au ministre doit s’interpréter à la lumière de l’article 231.6, qui prévoit expressément les conditions auxquelles le ministre peut mettre en demeure de produire des « renseignements étrangers ». Il invoque à l’appui de cette affirmation la présomption selon laquelle une disposition législative générale ne peut être interprétée comme portant atteinte à une disposition particulière. Cependant, cet argument n’est recevable que si les renseignements que recherche le ministre dans la présente affaire sont en fait « étrangers » pour l’application de l’article 231.6. Or, à mon avis, ils ne le sont pas.

[39] Le paragraphe 231.6(1) définit l’expression « renseignement ou document étranger » comme s’entendant « d’un renseignement accessible, ou d’un document situé, à l’étranger ». Ce dont le ministre exige la production dans le cas qui nous occupe, ce sont des « renseignements », et non des « documents ». Cependant, pour l’application des articles 231.1 à 231.7 [art. 231.1 (mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 107), 231.3 (mod., *idem*, art. 108), 231.4 (mod. par L.C. 1999, ch. 17, art. 168; 2005, ch. 38, art. 138), 231.5 (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 229; 1999, ch. 17, art. 168; 2001, ch. 17, art. 182; 2005, ch. 38, art. 138)], la définition que donne l’article 231 du terme « document » [mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 228; 2001, ch. 17, art. 181] spécifie que « [s]ont compris parmi les documents les registres ». Or la définition du terme « registre » [édicte par L.C. 1998, ch. 19, art. 239] qu’on trouve au paragraphe 248(1) assimile aux registres « toute autre chose renfermant des renseignements, qu’ils soient par écrit ou sous toute autre forme », de sorte que cette définition est assez large pour comprendre les renseignements électroniques stockés sur un serveur.

[40] L’avocat des appelantes soutient que, en droit, un renseignement électronique stocké sur un serveur est « situé » là où ce serveur est situé et, avant d’être téléchargé ou imprimé, n’est situé nulle part ailleurs. Il

that the fact that information is “available” in another country to those who have access to the server through their computers is not sufficient to make it “located” in that other country for the purpose of section 231.6.

[41] Counsel could not relate the interpretation of “located” that he advanced to a statutory purpose served by section 231.6. He pointed out, however, that cases in which telecommunications had been described as being “here and there” (see especially, *SOCAN*, at paragraphs 58 and 59) do not support a conclusion that information stored on a server is “located” both at the site of the server and wherever it is accessed. Counsel noted that, by their very nature, telecommunications have two end points: the location of the communicator and the location of the recipient of the communication. This is not true of information.

[42] I agree that neither *SOCAN* nor *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, another telecommunications case, is directly analogous to the question in issue here. More important, however, *SOCAN* instructs courts to interpret legislation in light of contemporary technology and, if necessary, to “transpose” its terms to take into account the changed technological environment in which it is to be applied.

[43] Section 231.6 was enacted in 1988, when information technology was much less developed, and less widely used, than it is today. I can well understand that a written document may be “located” where it is physically situated, and nowhere else. Of course, a copy of the document may be located elsewhere, but that is a separate document with its own location. In order to determine the parameters of the concept of “location” on the present facts, it is helpful to consider whether the rationale for a separate statutory regime governing requirements to produce “foreign-based information or document[s]” applies to information in electronic form which is accessible through computers situated far from the servers on which the information is stored.

fait valoir que le fait que le renseignement soit « accessible » dans un autre pays pour les personnes ayant accès au serveur au moyen de leurs ordinateurs ne suffit pas à le définir comme « situé » dans cet autre pays pour l’application de l’article 231.6.

[41] L’avocat des appelantes n’a pu établir de rapport entre son interprétation du terme « situé » et un objet législatif servi par l’article 231.6. Il a cependant fait remarquer que la jurisprudence où les télécommunications sont décrites comme étant « à la fois ici et à l’autre endroit » (voir en particulier les paragraphes 58 et 59 de *SOCAN*) n’étaye pas la conclusion que les renseignements stockés sur un serveur seraient « situés » à la fois à l’emplacement de celui-ci et à l’endroit, quel qu’il soit, d’où on les téléconsulte. Il a rappelé que, par leur nature même, les télécommunications ont deux extrémités : le lieu d’où l’on émet le message et celui où se trouve le récepteur de ce message. Or il n’en va pas de même pour les renseignements.

[42] Je souscris à la thèse que ni *SOCAN*, ni *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, autre arrêt relatif aux télécommunications, ne portent sur des questions directement analogues à celle qui est ici en litige. Chose plus importante, cependant, *SOCAN* recommande aux tribunaux d’interpréter les lois en fonction de la technologie contemporaine et, s’il y a lieu, de « s’efforcer d’appliquer » leurs dispositions en les transposant de manière à tenir compte de l’évolution du contexte technologique.

[43] La promulgation de l’article 231.6 date de 1988, c’est-à-dire d’une époque où la technologie de l’information était beaucoup moins développée, et moins généralement utilisée, qu’elle ne l’est aujourd’hui. Je suis prêt à admettre qu’un document écrit est « situé » à l’endroit où il se trouve physiquement, et nulle part ailleurs. Bien sûr, une copie de ce document peut être située ailleurs, mais il s’agit d’un document distinct, ayant sa propre situation. Afin de définir le concept de « situation » dans le contexte des faits de la présente espèce, il paraît utile de se demander si les principes d’un régime distinct réglant les mises en demeure de produire des « renseignements ou documents étrangers » s’appliquent aux renseignements électroniques accessibles par des ordinateurs situés loin des serveurs sur lesquels ils sont stockés.

[44] Section 231.6 was enacted following the publication of the Department of Finance's *The White Paper: Tax Reform 1987* (Ottawa: Department of Finance, 1987), which recommended changes in the law to make it easier for the Minister to obtain information about cross-border transfer pricing: Annex 2, pages 223 and 224. However, the language of section 231.6 deals with foreign-based information more generally and is not in terms limited to requiring the production of information concerning international transfer pricing. Because a requirement to produce documents cannot be served extraterritorially on the person in possession of them, subsection 231.6(2) enables the Minister to serve a notice on a person resident in Canada requiring the production of documents located outside Canada.

[45] The person on whom a notice is served under subsection 231.6(2) may apply for a review of the requirement on the ground, among others, that it is unreasonable: subsection 231.6(5). Subsection 231.6(6) provides that a requirement is not "unreasonable" for this purpose on the ground that the information or document in question is under the control of a non-resident person who is not controlled by, but is related to, the person to whom the requirement was issued.

[46] In order to induce compliance with a requirement, subsection 231.6(8) provides that a judge may prohibit a person who has failed to comply substantially with the requirement from relying on foreign-based information covered by it in a civil proceeding relating to the enforcement or administration of the Act.

[47] The scheme of section 231.6 suggests that Parliament was concerned that it could be unduly onerous for a person to be required to produce material located outside Canada and in the possession of another person, and that the section may operate in an unduly extraterritorial manner. While these concerns may be taken into account on a review by a judge for unreasonableness, they are largely irrelevant to the information (bulky as it may be) that is the subject of the requirement in the present case.

[44] L'article 231.6 a été promulgué à la suite de la publication du *Livre blanc : Réforme fiscale 1987* du ministère des Finances (Ottawa: Ministère des Finances, 1987), qui recommandait de modifier la législation de manière à faciliter au ministre l'obtention de renseignements sur l'établissement des prix de cession transfrontières (voir l'annexe 2, aux pages 223 et 224). Cependant, le texte de l'article 231.6 s'applique de manière plus générale aux renseignements étrangers et ne se limite pas à la production de renseignements relatifs aux prix de cession internationaux. Étant donné qu'une mise en demeure de produire des documents situés hors du territoire canadien ne peut être signifiée à l'étranger à la personne qui est en leur possession, le paragraphe 231.6(2) habilite le ministre à en exiger la production d'une personne résidant au Canada.

[45] La personne qui reçoit signification d'un avis sous le régime du paragraphe 231.6(2) peut contester cette mise en demeure devant un juge, sur le fondement, entre autres, de son caractère déraisonnable; voir le paragraphe 231.6(5). Le paragraphe 231.6(6) dispose que la mise en demeure n'est pas « déraisonnable » pour l'application du paragraphe 231.6(5) au motif que les renseignements ou documents en question seraient sous la garde d'une personne non-résidente qui n'est pas contrôlée par la personne à qui l'avis est signifié ou envoyé, mais lui est liée.

[46] Afin d'inciter à l'exécution de la mise en demeure, le paragraphe 231.6(8) dispose qu'un juge peut interdire à la personne qui n'a pas fourni la totalité ou presque des renseignements étrangers visés par cette mise en demeure de déposer en preuve quelque élément que ce soit desdits renseignements dans une affaire civile portant sur l'application ou l'exécution de la Loi.

[47] Le dispositif de l'article 231.6 donne à penser que le législateur craignait que l'obligation de produire des documents situés à l'étranger et se trouvant en la possession d'une autre personne soit trop onéreuse, et que cette disposition ait une incidence extraterritoriale trop lourde. Le juge appelé à répondre à la question de savoir si la mise en demeure est déraisonnable peut prendre ces préoccupations en considération, mais celles-ci sont dans une large mesure dénuées de pertinence pour ce qui concerne les renseignements visés par la mise en



[48] This is because, with the click of a mouse, the appellants make the information appear on the screens on their desks in Toronto and Vancouver, or anywhere else in Canada. It is as easily accessible as documents in their filing cabinets in their Canadian offices. Hence, it makes no sense in my view to insist that information stored on servers outside Canada is as a matter of law located outside Canada for the purpose of section 231.6 because it has not been downloaded. Who, after all, goes to the site of servers in order to read the information stored on them?

[49] Nor is the extraterritorial application of the Act a significant issue on the present facts. For example, the agreements with eBay Canada expressly provide that they may disclose confidential “eBay System Information” (which the appellants say includes information about PowerSellers) which “is required to be disclosed by order of any court”: appeal book, Vol. II, at pages 295–296. Nor does the requirement oblige a person outside Canada to do anything.

[50] Counsel concedes that the information identifying PowerSellers registered as having an address in Canada would be located in Canada if the appellants had downloaded it to their computers. In my view, it is formalistic in the extreme for the appellants to say that, until this simple operation is performed, the information which they lawfully retrieve in Canada from the servers, and read on their computer screens in Canada, is not located in Canada.

[51] I would only add that, although Justice Hughes does not frame his reasons by reference to the statutory definition of “foreign-based information” in subsection 231.6(1), he clearly meant that the information in question could be “located” at places other than the site of the servers where it is stored. For example, he stated

demeure qui nous occupe, si importante qu’en soit la quantité.

[48] Il en va ainsi parce qu’il suffit aux appelantes d’un clic pour faire apparaître ces renseignements sur les écrans de leurs ordinateurs à Toronto, à Vancouver ou n’importe où ailleurs au Canada. Ces renseignements sont d’accès aussi facile que les documents rangés dans les classeurs de leurs bureaux canadiens. Par conséquent, il ne rime à rien, à mon avis, de soutenir sans démolir que les renseignements stockés sur des serveurs situés à l’étranger sont en droit situés à l’extérieur du Canada pour l’application de l’article 231.6 parce qu’ils n’ont pas été téléchargés. Qui, après tout, se rend à l’emplacement des serveurs pour lire les renseignements qui y sont stockés?

[49] L’application extraterritoriale de la Loi n’est pas non plus une question pertinente dans le contexte des faits de la présente espèce. Je ferai par exemple remarquer que les conventions signées par eBay Canada stipulent expressément que celle-ci peut divulguer les [TRADUCTION] « renseignements relatifs au système eBay » de nature confidentielle (les renseignements sur les PowerSellers appartenant, selon les appelantes, à cette catégorie) [TRADUCTION] « dont tout tribunal ordonne la divulgation »; voir le dossier d’appel, vol. II, aux pages 295 et 296. En outre, la mise en demeure n’oblige aucune personne résidant à l’étranger à faire quoi que ce soit.

[50] L’avocat des appelantes admet que les renseignements identifiant les PowerSellers inscrits comme ayant une adresse au Canada seraient situés au Canada si les appelantes les avaient téléchargés sur leurs ordinateurs. Il me paraît au plus haut degré formaliste de la part des appelantes d’affirmer que, jusqu’à ce que cette simple opération soit accomplie, les renseignements qu’ils y extraient licitement des serveurs et y lisent sur leurs écrans ne sont pas situés au Canada.

[51] J’ajouterai que, bien qu’il n’ait pas formulé ses motifs en fonction de la définition que donne le paragraphe 231.6(1) de l’expression « renseignement ou document étranger », le juge Hughes voulait manifestement dire que les renseignements en question peuvent être « situés » à d’autres endroits que l’emplacement

(2007 FC 930, at paragraph 23) that information stored electronically outside Canada “cannot truly be said to ‘reside’ only in one place”, and (above, at paragraph 25) the information required by the Minister “is not foreign but within Canada” for present purposes.

[52] Having concluded that information in electronic form stored on servers outside Canada is in law capable of being located in Canada for the purpose of section 231.6, I now consider whether Justice Hughes’ application of the law to the particular facts of this case was vitiated by palpable and overriding error. In my view, it was not. In finding that the information in question was located in Canada within the meaning of section 231.6, Justice Hughes properly took into consideration the fact that eBay U.S. and eBay International had granted the appellants access to information about Canadian PowerSellers for the purpose of their business, and that they indeed used it for this purpose. The facts support the following conclusion by Justice Hughes (above, at paragraph 25):

For perhaps corporate efficiency the information is stored elsewhere, but its purpose is in respect of Canadian business. The information is not foreign but within Canada for the purposes of section 231.2 of the *Income Tax Act*.

[53] Since the facts of this case do not engage section 231.6, it is not necessary to consider whether the presence of that section in the statutory scheme reduces the Minister’s powers under section 231.2 when the requirement relates to “foreign-based information”.

Issue 2: Before authorizing the Minister to impose a requirement for information concerning unnamed persons pursuant to subsection 231.2(3), must a judge be satisfied that the Minister is conducting “a genuine and serious inquiry” into whether specific members of the group of persons identified are in compliance with the Act?

des serveurs sur lesquels ils sont stockés. Il écrit par exemple au paragraphe 23 de 2007 CF 930 qu’ « [o]n ne peut pas vraiment prétendre que [les renseignements conservés sous forme électronique à l’extérieur du Canada] “résident” en un seul endroit », et il précise au paragraphe 25 de la même décision que les renseignements exigés par le ministre « ne se trouvent pas à l’étranger, mais au Canada » aux fins qui nous occupent.

[52] Ayant conclu que les renseignements électroniques stockés sur des serveurs situés à l’étranger peuvent en droit être dits situés au Canada pour l’application de l’article 231.6, j’examinerai maintenant le point de savoir si l’application par le juge Hughes du droit aux faits particuliers de la présente affaire est entachée d’une erreur manifeste et dominante. Je donnerais à cette question une réponse négative. Dans la démarche qui l’a amené à conclure que les renseignements en question étaient situés au Canada pour l’application de l’article 231.6, le juge Hughes a avec raison pris en considération le fait que eBay U.S. et eBay International avaient donné aux appelantes accès aux renseignements sur les PowerSellers canadiens aux fins de leur activité commerciale et que celles-ci les avaient effectivement utilisés à ces fins. Les faits étayaient bien la conclusion suivante du juge Hughes (2007 CF 930, au paragraphe 25) :

Peut-être pour des raisons d’efficacité, les renseignements sont conservés ailleurs, mais ils ont trait aux affaires de la société au Canada. Les renseignements ne se trouvent pas à l’étranger, mais au Canada pour l’application de l’article 231.2 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

[53] Comme les faits de la présente espèce ne déclenchent pas l’application de l’article 231.6, il n’est pas nécessaire d’examiner le point de savoir si la présence de cet article dans le dispositif législatif réduit, s’agissant de la production de « renseignements étrangers », les pouvoirs que l’article 231.2 confère au ministre.

Question n° 2 : Avant d’autoriser le ministre à exiger la fourniture de renseignements concernant des personnes non désignées nommément sous le régime du paragraphe 231.2(3), le juge saisi doit-il être convaincu que le ministre mène une « enquête sérieuse et véritable » sur le point de savoir si des membres déterminés du groupe défini se conforment à la Loi?

[54] The appellants first raised this issue before Justice Hughes in the course of oral argument. He delayed issuing final judgment until this Court had rendered its decision in *GMREB*, where the issue also was whether the Minister had to satisfy the judge that he was engaged in a “serious and genuine inquiry” of specific members of the group of persons to whom the information relates before a requirement could be imposed under subsection 231.2(3).

[55] In reasons written by Justice Trudel [in *GMREB*], the Court held that subsection 231.2(3) does not oblige the Minister to adduce evidence that he is conducting a “serious and genuine inquiry” into one or more specific individuals in the group of unnamed persons to whom a requirement relates. The Court concluded (at paragraph 21) that the judge authorizing the requirement had only to be satisfied that the information in question “was required to verify compliance with the Act” by one or more of the unnamed persons in the group or that “the information ... [is] required for a tax audit conducted in good faith” (at paragraph 48).

[56] Justice Hughes correctly regarded himself as bound by *GMREB*. Before this Court, counsel for the appellants argued that we should not follow *GMREB*. He argued that it was wrongly decided because it was inconsistent with an earlier decision of the Supreme Court of Canada, *James Richardson & Sons, Ltd. v. Minister of National Revenue et al.*, [1984] 1 S.C.R. 614 (*James Richardson*). Following its previous decision in *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 729, the Court in *James Richardson* applied the “serious and genuine inquiry” test to the provision of the Act in force at that time which was analogous to section 231.2.

[57] However, this Court has decided in *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R.

[54] Les appelantes ont soulevé pour la première fois cette question devant le juge Hughes à la phase des plaidoiries. Ce dernier a reporté son jugement définitif au moment où notre Cour aurait statué sur l’affaire *CIGM*, dans laquelle la question en litige était aussi celle de savoir si le ministre devait convaincre le juge qu’il menait une « enquête sérieuse et véritable » sur des membres déterminés du groupe concerné par les renseignements en cause avant d’être autorisé à exiger la fourniture de ceux-ci sous le régime du paragraphe 231.2(3).

[55] Dans l’exposé des motifs de *CIGM* rédigé par la juge Trudel, la Cour a conclu que le paragraphe 231.2(3) n’oblige pas le ministre à produire des éléments tendant à prouver qu’il mène une « enquête sérieuse et véritable » sur un ou plusieurs membres déterminés du groupe de personnes non désignées nommément auquel s’applique la mise en demeure de fournir des renseignements. Selon la Cour, il suffit que le juge saisi de la requête du ministre soit convaincu que « les renseignements ou documents concernant une ou plus d’une personne non désignées nommément [...] sont exigés pour vérifier le respect de la Loi » (au paragraphe 21), ou que « la fourniture des renseignements ou la production des documents sont exigées dans le cadre d’une vérification fiscale faite de bonne foi » (au paragraphe 48).

[56] Le juge Hughes s’estimait avec raison lié par l’arrêt *CIGM*. L’avocat des appelantes a soutenu devant notre Cour que nous ne devrions pas suivre *CIGM*. Il a fait valoir que cette affaire avait été mal jugée, au motif qu’elle avait donné lieu à une décision incompatible avec un arrêt antérieur de la Cour suprême du Canada : *James Richardson & Sons, Ltd. c. Ministre du Revenu national et autres*, [1984] 1 R.C.S. 614 (*James Richardson*). Conformément à son arrêt antérieur *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 729, la Cour suprême avait appliqué dans *James Richardson* le critère de l’« enquête sérieuse et véritable » aux dispositions de la Loi alors en vigueur dont le contenu équivalait à celui de l’article 231.2.

[57] Cependant, notre Cour a statué dans *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370, qu’une

(4th) 149, that only in unusual and limited circumstances should one panel of the Court decline to follow a decision of another panel. In particular, Justice Rothstein (then of this Court) stated that, in order to ensure a degree of certainty and stability in the law, a panel should not depart from a prior decision of another panel “merely because it considers that the first case was wrongly decided” (at paragraph 8). However, the Court in *Miller* also said (at paragraph 10) that a panel was not bound to follow a prior decision which was “manifestly wrong” in one or more specified senses, which do not include inconsistency with a prior Supreme Court of Canada decision.

[58] Nonetheless, counsel for the appellants argued that it is fundamental to the due administration of justice in Canada that lower courts are bound by decisions of the Supreme Court of Canada. Hence, he said, it must always be open to this Court to decline to follow one of its previous decisions if that decision was inconsistent with previous Supreme Court jurisprudence.

[59] I do not agree. In my opinion, a determination by this Court of the legal effect of a Supreme Court decision is as subject to the general principle set out in *Miller* as a decision by this Court on any other question of law. It is clear that that general principle does not depend on the importance of the particular legal rule at issue, because it was applied in *Miller* to a prior decision of the Court on a question of constitutional law and the Constitution is the supreme law of the land. On the other hand, as *Miller* makes clear (at paragraph 20), it is open to counsel to argue that a decision of this Court should not be followed on the ground that it has been overruled, expressly or impliedly, by a subsequent decision of the Supreme Court.

[60] Parenthetically, in *Phoenix Bulk Carriers Ltd. v. Kremikovtzi Trade*, 2007 SCC 13, [2007] 1 S.C.R. 588, the Supreme Court of Canada noted (at paragraph 3) that the Federal Court of Appeal [*sub nom. Kremikovtzi Trade v. Swift Fortune (The)*, 2006 FCA 1, [2006] 3 F.C.R. 475] had allowed the appeal from the Federal

formation de celle-ci ne devrait refuser de suivre la décision d’une autre de ses formations que dans des cas rares et exceptionnels. Plus précisément, le juge Rothstein (alors membre de notre Cour) a déclaré que, afin d’assurer au droit un certain degré de certitude et de stabilité, une formation ne devrait pas s’écarter de la décision antérieure d’une autre formation « simplement parce qu’elle considère que l’affaire s’est soldée par une décision erronée » (au paragraphe 8). Cependant, la Cour dit aussi dans *Miller* (au paragraphe 10) qu’une formation n’est pas tenue de se conformer à une décision antérieure « manifestement erronée » pour l’une ou l’autre de raisons spécifiées — parmi lesquelles, toutefois, ne figure pas l’incompatibilité avec un arrêt antérieur de la Cour suprême du Canada.

[58] L’avocat des appelantes a néanmoins fait valoir qu’il est d’une importance fondamentale pour la bonne administration de la justice au Canada que les tribunaux inférieurs soient liés par les arrêts de la Cour suprême du Canada. Par conséquent, selon lui, il doit toujours rester loisible à notre Cour de refuser de suivre un de ses arrêts antérieurs si cet arrêt se révèle incompatible avec la jurisprudence antérieure de la Cour suprême.

[59] Je ne puis souscrire à ce moyen. À mon sens, les décisions de notre Cour sur l’effet juridique d’un arrêt de la Cour suprême sont soumises au principe général formulé dans *Miller* tout autant que les décisions de notre Cour sur toute autre question de droit. Il est clair que ce principe général ne dépend pas de l’importance de la règle de droit en question, puisqu’il a été appliqué dans *Miller* à un arrêt antérieur de la Cour sur une question de droit constitutionnel, et la Constitution est la loi suprême du pays. Cependant, comme il ressort à l’évidence du paragraphe 20 de *Miller*, il est permis à l’avocat de soutenir que notre Cour devrait s’écarter d’une de ses décisions au motif qu’elle aurait été contredite, expressément ou non, par un arrêt postérieur de la Cour suprême.

[60] Soit dit par parenthèse, la Cour suprême du Canada a noté au paragraphe 3 de *Phoenix Bulk Carriers Ltd. c. Kremikovtzi Trade*, 2007 CSC 13, [2007] 1 R.C.S. 588, que la Cour d’appel fédérale [*sub nom. Kremikovtzi Trade c. Swift Fortune (Le)*, 2006 CAF 1, [2006] 3 R.C.F. 475] avait accueilli l’appel de la décision de la

Court in that case because the Federal Court of Appeal considered itself bound by one of its previous decisions, even though it would have reached a different result if it had not been for that previous decision. In allowing the appeal, the Supreme Court expressly left open “the merits of the practice that led the Federal Court of Appeal to allow the appeal”.

[61] Even if judges of this Court are not bound to follow colleagues’ decisions which they are satisfied are manifestly wrong on grounds not listed in *Miller*, I am not persuaded that *GMREB* is such a case, even though, in the view of one commentator, “[it] may [have] come as a surprise to many tax practitioners” (see Margaret Nixon, “The Minister’s Power to Issue Requirements: Minister of National Revenue v. Greater Montréal Real Estate Board” (2008), 15 *Tax Litigation* 954).

[62] Section 231.2 was enacted in response to the problems created for the Minister by the decision in *James Richardson*: see the comments of Justice Rothstein in *M.N.R. v. Sand Exploration Ltd.*, [1995] 3 F.C. 44 (T.D.), at pages 51–52. Of particular importance in this context is the fact that subsections 231.2(2) and (3) introduced the need for *ex parte* judicial authorization before the Minister can impose a requirement on a taxpayer to produce information relating to persons unnamed, and subsection 231.2(5) conferred a right of review of the judge’s *ex parte* order. In addition, the repeal of the restrictions in paragraphs 231.2(3)(c) and (d) on the Minister’s power to impose requirements lightened the Minister’s burden: see S.C. 1996, c. 21, subsection 58(1).

[63] To oblige the Minister to prove that a genuine and serious inquiry was being conducted with respect to specific persons within the ascertained group of taxpayers would, in a case such as the present, rob subsections 231.2(2) and (3) of much of their efficacy. Moreover, the Supreme Court of Canada’s refusal of leave to appeal the decision in *GMREB* does nothing to strengthen the appellants’ argument that it was wrongly decided.

Cour fédérale dans cette affaire parce qu’elle s’estimait liée par un de ses propres arrêts antérieurs, alors qu’elle aurait statué autrement n’eût été celui-ci. La Cour suprême a fait droit au pourvoi en laissant expressément ouverte la question de savoir si « la Cour d’appel fédérale [était] fondée ou non [à] appliquer la règle qui l’[avait] amenée à accueillir l’appel ».

[61] Même si les juges de notre Cour ne sont pas tenus de suivre les décisions de collègues qu’ils estiment manifestement erronées pour des motifs non spécifiés dans *Miller*, je ne suis pas persuadé que *CIGM* soit une décision de cette nature, même si, selon une analyste, [TRADUCTION] « elle a pu surprendre bien des fiscalistes »; voir Margaret Nixon, « The Minister’s Power to Issue Requirements: Minister of National Revenue v. Greater Montréal Real Estate Board » (2008), 15 *Tax Litigation* 954.

[62] L’article 231.2 a été promulgué pour résoudre les problèmes qu’avait créés au ministre l’arrêt *James Richardson* : voir les observations du juge Rothstein dans *M.R.N. c. Sand Exploration Ltd.*, [1995] 3 C.F. 44 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 51 et 52. Il est d’une importance particulière dans ce contexte de noter que les paragraphes (2) et (3) de l’article 231.2 ont introduit la nécessité pour le ministre d’obtenir une autorisation judiciaire *ex parte* avant de pouvoir exiger d’un contribuable la fourniture de renseignements sur des personnes non désignées nommément, et que le paragraphe 231.2(5) a conféré au mis en demeure le droit de demander la révision de l’ordonnance judiciaire *ex parte*. En outre, l’abrogation des dispositions des alinéas 231.2(3)c) et d) limitant le pouvoir de mise en demeure du ministre a allégé le fardeau de ce dernier : voir L.C. 1996, ch. 21, paragraphe 58(1).

[63] En obligeant le ministre à prouver qu’il mène une enquête sérieuse et véritable sur des membres déterminés du groupe identifié de contribuables, on dépouillerait les paragraphes 231.2(2) et (3), dans des cas comme le présent, d’une grande partie de leur efficacité. En outre, le refus de la Cour suprême du Canada d’autoriser la formation d’un pourvoi contre l’arrêt *CIGM* n’étaye pas précisément le moyen des appelantes selon lequel cette affaire aurait été mal jugée.

[64] In further support of his argument that we are not constrained by *GMREB* to relieve the Minister from having to show the existence of a serious and genuine inquiry before a judge may authorize a requirement under subsection 231.2(3), counsel brought to our attention the pre-*GMREB* decision of our Court in *AGT Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1997] 2 F.C. 878 (C.A.). In that case, which was apparently not put before the panel which decided *GMREB*, Justice Desjardins, writing for the Court, said (at paragraph 27):

Subsection 231.2(1) is drafted in broad language, but its scope has been reduced through the rules of interpretation to situations where the information sought by the Minister is relevant to the tax liability of some specific person or persons, and when the tax liability of such person or persons is the subject of a genuine and serious inquiry. Given these criteria, I find that no error was committed by the Motions Judge. [Emphasis added; footnote omitted.]

[65] However, unlike *GMREB*, the issue of the appropriate test seems not to have been thoroughly canvassed before the Court in *AGT*, and the effects of the amendments to the *Income Tax Act* in response to the decision in *James Richardson* were not the subject of detailed analysis by the Court. Moreover, *AGT* concerned a requirement issued under subsection 231.2(1) in circumstances where judicial authorization was not required, because the information sought did not relate to unnamed persons, but to documents in the possession of a federal agency. Moreover, unlike the present case, the Minister was interested in auditing the person on whom the requirement was imposed.

[66] Finally, counsel relied on the public policy embodied in privacy legislation to buttress his argument that the “serious and genuine inquiry” test should be applied to requirements imposed under section 231.2. It was important, he said, to protect individuals from large scale and indiscriminate “fishing expeditions” of the kind being launched by the Minister to obtain personal details of Canadian PowerSellers, when he had

[64] À l’appui de son argument que l’arrêt *CIGM* ne nous contraint pas à exempter le ministre de l’obligation de prouver l’existence d’une enquête sérieuse et véritable avant qu’un juge puisse l’autoriser à exiger la fourniture de renseignements sous le régime du paragraphe 231.2(3), l’avocat des appelantes a aussi attiré notre attention sur un arrêt de notre Cour antérieur à *CIGM* : *AGT Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1997] 2 C.F. 878 (C.A.). Dans cet arrêt, qui n’a apparemment pas été invoqué devant la formation qui a décidé *CIGM*, la juge Desjardins écrivait ce qui suit au nom de la Cour (au paragraphe 27) :

Le paragraphe 231.2(1) est libellé en des termes larges, mais sa portée a été restreinte, par application des règles d’interprétation, aux situations dans lesquelles les renseignements réclamés par le ministre sont utiles pour établir la dette fiscale d’une ou de plusieurs personnes déterminées, et lorsque la dette fiscale de cette ou ces personnes fait l’objet d’une enquête véritable et sérieuse. Compte tenu de ces critères, je conclus que le juge des requêtes n’a commis aucune erreur. [Non souligné dans l’original; note en bas de page omise.]

[65] Cependant, contrairement à ce qui a été le cas dans *CIGM*, la question du critère applicable ne semble pas avoir été débattue à fond devant la Cour dans *AGT*, et la Cour n’y a pas analysé dans le détail les effets des modifications apportées à la *Loi de l’impôt sur le revenu* en réponse à l’arrêt *James Richardson*. *AGT* concernait un avis signifié en vertu du paragraphe 231.2(1) dans un contexte où le ministre n’était pas tenu d’obtenir une autorisation judiciaire parce que les renseignements dont il exigeait la fourniture ne se rapportaient pas à des personnes non désignées nommément, mais à des documents se trouvant en la possession d’un organisme fédéral. Qui plus est, contrairement à son intention dans la présente espèce, le ministre souhaitait soumettre à un contrôle fiscal la personne à qui l’avis avait été signifié.

[66] Enfin, l’avocat des appelantes a invoqué les principes qu’exprime la législation sur la vie privée pour étayer son argument selon lequel il convient d’appliquer le critère de l’« enquête sérieuse et véritable » aux mises en demeure signifiées sous le régime de l’article 231.2. Il est important, a-t-il expliqué, de protéger les personnes contre les [TRADUCTION] « recherches à l’a-veuglette » à grande échelle du genre de celle que le

not a shred of evidence that any of them were failing to report income.

[67] Given the purpose and terms of the statutory scheme, this line of argument does not, in my opinion, warrant our revisiting *GMREB*. In a self-reporting system of taxation, “[t]axpayers have a very low expectation of privacy in their business records relevant to the determination of their tax liability” (*Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue)* [above], at paragraph 25) and a requirement “provides the least intrusive means by which effective monitoring of compliance with the *Income Tax Act* can be effected” (*R. v. McKinlay Transport Ltd.*, above, at page 649).

[68] In short, even if more than one view may reasonably be held on the issue decided by *GMREB*, this is an insufficient basis for the Court to re-examine it. Considerations of both judicial economy, and certainty and stability in the law indicate that we should depart from our previous decisions only when they are manifestly in error.

[69] Having properly rejected the “serious and genuine inquiry” test on the ground that he was bound by the decision of this Court in *GMREB*, Justice Hughes concluded, largely on the basis of an affidavit, that the information sought in the requirement was needed by the Minister to conduct a good faith audit of PowerSellers resident in Canada to ensure that they were complying with their obligations under Canada’s tax laws: 2008 FC 180, at paragraph 7. There was ample evidence to support this conclusion; his application of the correct law to the facts did not constitute palpable and overriding error.

Issue 3: Did Justice Hughes breach the duty of procedural fairness when he amended the terms of his *ex parte* order without notice to eBay U.S. and eBay International?

ministre a entreprise pour obtenir des renseignements personnels sur les PowerSellers canadiens, alors qu’il n’avait pas la moindre preuve que qui que ce soit d’entre eux aurait omis de déclarer des revenus.

[67] Étant donné l’objet et les termes du dispositif législatif applicable, ce raisonnement ne justifie pas à mon sens que nous réexaminions l’arrêt *CIGM*. Sous un régime fiscal fondé sur l’autodéclaration, « [l]es attentes des contribuables en matière de protection de la vie privée demeurent très faibles en ce qui a trait à leurs registres commerciaux utiles à la détermination de leur assujettissement à l’impôt » (*Redeemer Foundation c. Canada (Revenu national)*, précité, au paragraphe 25), et la mise en demeure de fournir des renseignements ou de produire des documents est « la méthode la moins envahissante pour contrôler efficacement le respect de la *Loi de l’impôt sur le revenu* » (*R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité, à la page 649).

[68] Bref, même s’il peut y avoir plus d’un point de vue raisonnable sur la question tranchée par l’arrêt *CIGM*, cela ne suffit pas à en justifier le réexamen par notre Cour. L’économie judiciaire aussi bien que la certitude et la stabilité du droit commandent que nous ne nous écartions de nos décisions antérieures que si elles sont manifestement erronées.

[69] Ayant avec raison rejeté le critère de l’« enquête sérieuse et véritable » au motif qu’il était lié par l’arrêt *CIGM* de notre Cour, le juge Hughes a conclu, en grande partie sur le fondement d’un affidavit, que le ministre avait besoin des renseignements dont il exigeait la fourniture pour soumettre à un contrôle de bonne foi les PowerSellers résidant au Canada afin de s’assurer qu’ils s’acquittaient des obligations découlant pour eux du régime fiscal canadien; voir le paragraphe 7 de 2008 CF 180. La preuve suffisait largement à étayer cette conclusion; le juge n’a pas commis d’erreur manifeste et dominante, ayant appliqué aux faits le droit approprié.

Question n° 3 : Le juge Hughes a-t-il manqué à son obligation d’équité procédurale en modifiant les termes de son ordonnance *ex parte* sans en aviser eBay U.S. et eBay International?

[70] The *ex parte* order issued by Justice Hughes confined the scope of the requirement which the Minister proposed to impose on eBay Canada to information relating to PowerSellers “having a Canadian address according to your records” (emphasis added). As counsel explained it, the appellants found this limitation to their liking because it enabled them to argue that since they (as opposed to eBay U.S. or eBay International) owned no records relating to Canadian PowerSellers, the requirement did not oblige them to produce anything.

[71] At the *inter partes* hearing, Justice Hughes removed the reference to “your records” in these limiting words and substituted, “registered as having a Canadian address”. In the appellants’ view, this amendment broadened the scope of the requirement by bringing within it records belonging to eBay International stored on servers owned by eBay U.S. If this amendment did not strictly make the requirement binding on these non-parties, the appellants maintain, it adversely affected them by exposing their records to disclosure. Consequently, they argue, Justice Hughes should have given notice to eBay U.S. and eBay International that he proposed to amend his *ex parte* order in this respect, and afforded them an opportunity to make representations on the appropriate wording to define this aspect of the scope of the order.

[72] I do not agree. First, one person may not generally impugn a decision on the ground that it was made without giving a fair hearing to some other person. For the most part, a breach of the duty of procedural fairness may be relied on as a ground of review only by persons to whom the duty is owed. However, eBay U.S. and eBay International, which counsel for the appellants was at pains to insist are separate legal entities from the appellants, have not sought intervenor status in this appeal in order to raise the procedural fairness issue.

[70] L’ordonnance *ex parte* rendue par le juge Hughes limitait la portée de l’avis que le ministre projetait de signifier à eBay Canada aux renseignements et documents relatifs à toute personne ayant la qualité de PowerSeller « qui, selon vos dossiers, possède une adresse au Canada » (non souligné dans l’original). Comme l’avocat des appelantes l’a expliqué, ces dernières ont accueilli favorablement cette restriction parce qu’elle leur permettait d’alléguer que, comme elles-mêmes (par opposition à eBay U.S. ou eBay International) ne possédaient pas de dossiers relatifs aux PowerSellers canadiens, l’avis du ministre ne les obligeait pas à produire quoi que ce soit.

[71] À l’audience *inter partes*, le juge Hughes a retranché de son ordonnance les termes restrictifs « selon vos dossiers, possède une adresse au Canada » pour les remplacer par « est inscrite comme ayant une adresse au Canada ». Du point de vue des appelantes, cette modification a élargi la portée de la mise en demeure en y faisant entrer les dossiers appartenant à eBay International et stockés sur des serveurs appartenant à eBay U.S. Si cette modification n’a pas à proprement parler rendu la mise en demeure contraignante pour ces tiers, soutiennent les appelantes, elle leur a porté préjudice en exposant leurs dossiers à la divulgation. Par conséquent, font-elles valoir, le juge Hughes aurait dû aviser eBay U.S. et eBay International qu’il projetait de modifier son ordonnance *ex parte* à cet égard et leur donner la possibilité de présenter des observations sur le libellé qui convenait pour définir cet aspect du champ d’application de l’ordonnance.

[72] Je ne puis souscrire à ce raisonnement. Premièrement, il n’est pas permis, en général, à une personne de contester une décision au motif qu’elle a été rendue sans qu’une autre personne ait pu bénéficier d’une audition équitable. Dans la plupart des cas, ne peuvent invoquer un manquement à l’obligation d’équité procédurale comme moyen de révision que les personnes à qui cette obligation est due. Or eBay U.S. et eBay International, que l’avocat des appelantes s’est donné beaucoup de mal pour présenter comme des personnes morales distinctes de ses clients, n’ont pas demandé la qualité d’intervenants dans le présent appel afin d’y mettre en litige la question de l’équité procédurale.



[73] Second, I am not persuaded that eBay U.S. and eBay International were adversely affected by the amendment to the order. It seems to me fanciful to argue, as the appellants do, that the original limitation on the *ex parte* order meant that eBay Canada would not have to produce any information because the appellants “owned” no “records”.

[74] I see little to commend an interpretation of a judge’s order that would render it nugatory. A more plausible view of the restriction, in my view, is that it was intended to ensure that, regardless of who “owned” the information to which the appellants had access, they only had to produce information relating to PowerSellers in Canada. The further amendment made by Justice Hughes at the *inter partes* hearing, without objection by eBay Canada (see 2007 FC 930, at paragraph 14), does not seem to me materially different from the corresponding provision in the *ex parte* order which it replaced. Rather, it was probably intended by Justice Hughes simply to clarify his previous order.

## F. CONCLUSIONS

[75] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

[73] Deuxièmement, on ne m’a pas convaincu que la modification de l’ordonnance ait porté préjudice à eBay U.S. et eBay International. Il me paraît fantaisiste de soutenir, comme le font les appelantes, que les termes restrictifs de la première version de l’ordonnance signifiaient que eBay Canada n’aurait à fournir aucun renseignement, au motif que lesdites appelantes ne [TRADUCTION] « possédaient » pas de « dossiers ».

[74] Je ne vois pas grand chose qui fasse recommander une interprétation d’une ordonnance judiciaire qui la rendrait inopérante. Selon une interprétation à mon sens plus plausible des termes restrictifs, ils visaient à faire en sorte que, quelle que soit l’entité qui « possédait » les renseignements auxquels les appelantes avaient accès, ces dernières n’auraient à produire que les renseignements relatifs aux PowerSellers résidant au Canada. La modification que le juge Hughes a apportée à l’audience *inter partes*, sans que eBay Canada s’y oppose (2007 CF 930, au paragraphe 14), ne me paraît pas donner à l’ordonnance *ex parte* un contenu sensiblement différent de celui de sa version antérieure. Il est probable que le juge Hughes ne visait plutôt ainsi qu’à clarifier la disposition en question.

## F. CONCLUSION

[75] Pour ces motifs, je rejetterais l’appel avec dépens.

IMM-4220-08  
2009 FC 533

IMM-4220-08  
2009 CF 533

**Munawar Sultana and Muhammad Abdullah Buraira Sultana and Abdul Rehman by their litigation guardian Munawar Sultana** (*Applicants*)

**Munawar Sultana et Muhammad Abdullah Buraira Sultana et Abdul Rehman représentés par leur tutrice à l'instance Munawar Sultana** (*demandeurs*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration** (*Respondent*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration** (*défendeur*)

*INDEXED AS: SULTANA v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ : SULTANA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.F.)*

Federal Court, de Montigny J.—Toronto, May 5; Ottawa, May 21, 2009.

Cour fédérale, juge de Montigny—Toronto, 5 mai; Ottawa, 21 mai 2009.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Humanitarian and Compassionate Considerations — Judicial review of immigration officer's decision refusing applicants' sponsored application for permanent residence — Sponsor, principal applicant's husband, not disclosing existence of family when applying for permanent residence — Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 117(9)(d) providing that not possible to sponsor family members not accompanying sponsor at time sponsor applying for permanent residence — Husband thus requesting humanitarian and compassionate (H&C) considerations exemption pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 25 — Immigration officer having to assess whether H&C factors sufficient to counterbalance harsh provision of Regulations, s. 117(9)(d) — Immigration officer's fixation herein on husband's failure to disclose family members preventing him from genuinely assessing H&C factors submitted by applicants — As such, immigration officer fettering discretion under IRPA, s. 25(1) — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Motifs d'ordre humanitaire — Contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration refusant la demande de résidence permanente parrainée des demandeurs — Le répondant, le mari de la demanderesse principale, n'avait pas révélé l'existence de sa famille lorsqu'il a présenté une demande de résidence permanente — L'art. 117(9)(d) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés dispose que des membres de la famille qui n'accompagnaient pas le répondant lorsque celui-ci a présenté sa demande de résidence permanente ne peuvent pas être parrainés — Le mari a donc demandé une dispense, faisant valoir que des circonstances d'ordre humanitaire justifiaient sa demande en vertu de l'art. 25 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) — L'agent d'immigration devait évaluer les facteurs d'ordre humanitaire pour déterminer s'ils étaient suffisants pour contrebalancer la disposition draconienne 117(9)(d) du Règlement — La fixation de l'agent d'immigration sur l'omission du mari de déclarer des membres de sa famille l'a empêché de véritablement évaluer les facteurs d'ordre humanitaire invoqués par les demandeurs — En agissant ainsi, l'agent d'immigration a entravé l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 25(1) de la LIPR — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review of an immigration officer's decision refusing the applicants' sponsored application for permanent residence. The sponsor in this case, the principal applicant's husband, had applied for permanent residence several years earlier, but did not disclose the existence of his wife and son at his immigration interview or upon landing in Canada. After obtaining his Canadian citizenship, the husband applied to sponsor his family (two other children were born after the husband landed in Canada). However,

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration, qui a refusé la demande de résidence permanente parrainée des demandeurs. Le répondant en l'espèce, le mari de la demanderesse principale, avait présenté une demande de résidence permanente quelques années plus tôt, mais il n'avait pas révélé l'existence de son épouse et de son fils à l'entrevue ni à son arrivée au Canada. Après avoir obtenu sa citoyenneté canadienne, le mari de la demanderesse principale a présenté une demande en vue de parrainer sa

pursuant to paragraph 117(9)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, family members shall not be considered to be members of the family class if they were not accompanying the sponsor at the time he or she applied for permanent residence and were not examined. The husband thus requested that an exemption based on humanitarian and compassionate (H&C) considerations be given to his case pursuant to section 25 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). Because the husband had not declared his wife (the principal applicant) in his application for permanent residence, the immigration officer determined that she was not a member of the family class pursuant to paragraph 117(9)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. The immigration officer refused the exemption after balancing the H&C factors and the nature of the exclusion.

The issues raised by the applicants were whether the immigration officer: erred in interpreting and applying section 25 of the IRPA in cases involving paragraph 117(9)(d); failed to adequately address the best interests of the children, and; made perverse and capricious findings in disregard to the evidence or made findings without evidence.

*Held*, the application should be allowed.

For section 25 of the IRPA to be meaningful, immigration officers must assess whether the H&C factors are sufficient to counterbalance the harsh provision of paragraph 117(9)(d). The immigration officer considered that the husband's failure to disclose his family members precluded any possibility that the H&C factors could overcome the exclusion mandated by paragraph 117(9)(d). The immigration officer's fixation on the husband's failure to disclose prevented him from genuinely assessing the H&C considerations submitted by the applicants, which led him to overlook the genuineness and stability of the husband's relationship with his wife and children, the sincere remorse of the husband, and the likely impact of the decision on any future prospect for the family's reunion. As such, the immigration officer fettered his discretion under subsection 25(1) of the IRPA and allowed the applicants' exclusion under paragraph 117(9)(d) of the Regulations to unduly influence his opinion as to whether their personal circumstances warranted exemption for H&C reasons.

In addition, the immigration officer's assessment fell short of the duty to consider the best interests of the applicant children. He did not explain why policy considerations underlying paragraph 117(9)(d) outweighed the hardships faced by these

famille (deux autres enfants sont nés après qu'il a obtenu son droit d'établissement au Canada). Cependant, en vertu de l'alinéa 117(9)d) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, ne sont pas considérés comme appartenant à la catégorie du regroupement familial les membres d'une famille qui n'accompagnaient pas le répondant lorsque celui-ci a présenté sa demande de résidence permanente et qui n'ont pas fait l'objet d'un contrôle. Le mari a donc demandé une dispense, faisant valoir que des circonstances d'ordre humanitaire justifiaient sa demande en vertu de l'article 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR). Parce que le mari n'a pas déclaré son épouse (la demanderesse principale) dans sa demande de résidence permanente, l'agent d'immigration a conclu qu'elle n'appartenait pas à la catégorie du regroupement familial en vertu de l'alinéa 117(9)d) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. L'agent d'immigration a refusé la dispense après avoir pondéré les facteurs d'ordre humanitaire et la nature de l'exclusion.

Les points litigieux soulevés par les demandeurs étaient ceux de savoir si l'agent d'immigration a commis une erreur dans son interprétation et son application de l'article 25 de la LIPR lorsqu'il est question de l'alinéa 117(9)d); a tenu adéquatement compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et a tiré des conclusions abusives et arbitraires au mépris de la preuve ou sans tenir compte de celle-ci.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Pour donner un sens à l'article 25 de la LIPR, les agents d'immigration doivent évaluer les facteurs d'ordre humanitaire pour déterminer s'ils sont suffisants pour contrebalancer la disposition draconienne 117(9)d). L'agent d'immigration estimait que l'omission du mari de déclarer les membres de sa famille excluait toute possibilité que les facteurs d'ordre humanitaire puissent l'emporter sur l'exclusion prévue à l'alinéa 117(9)d). La fixation de l'agent d'immigration sur l'omission du mari de déclarer des membres de sa famille l'a empêché de véritablement évaluer les facteurs d'ordre humanitaire invoqués par les demandeurs, ce qui l'a amené à perdre de vue l'authenticité et la stabilité de la relation du mari avec son épouse et ses enfants, les sincères regrets du mari et l'incidence probable de la décision sur toute possibilité de réunification de cette famille. En agissant ainsi, l'agent d'immigration a entravé l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 25(1) de la LIPR et a permis que l'exclusion des demandeurs en application de l'alinéa 117(9)d) du Règlement influence indûment son opinion quant à savoir si la situation personnelle des demandeurs justifiait une dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire.

En outre, l'évaluation de l'agent d'immigration était loin de répondre à l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur des enfants demandeurs. Il n'a pas expliqué pourquoi les considérations de politique qui sous-tendent l'alinéa 117(9)d)

children, despite the evidence before him. An immigration officer that is alive, alert and sensitive to the children's best interests should have drawn inferences from the facts herein. An applicant should not be required to demonstrate in minute detail the negative consequences of an immigration officer's decision when they can be deduced from the facts brought to his or her attention.

l'emportaient sur les difficultés auxquelles étaient exposées les enfants, malgré la preuve dont il disposait. L'agent d'immigration qui est réceptif, attentif et sensible à l'intérêt supérieur de l'enfant aurait dû être en mesure de tirer certaines inférences d'après les faits en l'espèce. Un demandeur ne devrait pas avoir à faire une démonstration détaillée et minutieuse des conséquences défavorables d'une telle décision lorsque celles-ci peuvent être déduites des faits qui ont été portés à son attention.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 25 (as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 117), 42, 65.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 117 (as am. by SOR/2004-167, s. 41; 2005-61, s. 3).

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*Hurtado v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 552.

##### REFERRED TO:

*Huang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1302; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173; *David v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 546; *Nalbandian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1128, 56 Imm. L.R. (3d) 67, 309 F.T.R. 1; *Lao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 219, 70 Imm. L.R. (3d) 223; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *dela Fuente v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 186, [2007] 1 F.C.R. 386, 270 D.L.R. (4th) 681, 53 Imm. L.R. (3d) 171; *Adjani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 32, 332 F.T.R. 1; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, 262 D.L.R. (4th) 13, 42 Admin. L.R. (4th) 234; *Pascual v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 993; *Cove v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 266.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 25 (mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 117), 42, 65.  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 117 (mod. par DORS/2004-167, art. 41; 2005-61, art. 3).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION EXAMINÉE :

*Hurtado c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 552.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Huang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1302; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *David c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 546; *Nalbandian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1128; *Lao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 219; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *dela Fuente c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 186, [2007] 1 R.C.F. 386; *Adjani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 32; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655; *Pascual c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 993; *Cove c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 266.

## AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Overseas Processing Manual (OP)*. Chapter OP 2: Processing Members of the Family Class, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/op/op02-eng.pdf>>.

Citizenship and Immigration Canada. *Overseas Processing Manual (OP)*. Chapter OP 4: Processing of Applications under Section 25 of the IRPA, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/op/op04-eng.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of an immigration officer's decision refusing the applicants' sponsored application for permanent residence. Application allowed.

## APPEARANCES

*Amina S. Sherazee* for applicants.  
*Nur Muhammed-Ally* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Amina Sherazee*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada*, Toronto, for respondent.

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

[1] DE MONTIGNY J.: This is an application for judicial review of a decision rendered on July 28, 2008, by immigration officer D. Jorgensen, of the Canadian High Commission in Pakistan, Visa Section, Islamabad, refusing the applicants' application for permanent residence (family sponsorship) in Canada.

## BACKGROUND

[2] The applicants are citizens of Pakistan. The principal applicant, Munawar Sultana, is married to a Canadian citizen, Muhamman Arif, with whom she has three children who are the other applicants.

## DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Traitement des demandes à l'étranger (OP)*. Chapitre OP 2 : Traitement des demandes présentées par des membres de la catégorie du regroupement familial, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/op/op02-fra.pdf>>.

Citoyenneté et Immigration Canada. *Traitement des demandes à l'étranger (OP)*. Chapitre OP 4 : Traitement des demandes présentées en vertu de l'article 25 de la LIPR, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/op/op04-fra.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration, qui a refusé la demande de résidence permanente parrainée des demandeurs. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Amina S. Sherazee* pour les demandeurs.  
*Nur Muhammed-Ally* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Amina Sherazee*, Toronto, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada*, Toronto, pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : La présente demande de contrôle judiciaire concerne une décision rendue le 28 juillet 2008 par laquelle l'agent d'immigration D. Jorgensen, de la section des visas d'Islamabad du Haut-commissariat du Canada au Pakistan, a refusé la demande de résidence permanente (parrainage familial) des demandeurs au Canada.

## CONTEXTE

[2] Les demandeurs sont des citoyens du Pakistan. La demanderesse principale, Munawar Sultana, est mariée à un citoyen canadien, Muhamman Arif, avec qui elle a eu trois enfants, lesquels sont les autres demandeurs.

[3] Mr. Arif applied to immigrate to Canada in January 1998, when he was not yet married. He married the principal applicant in November 1998, and they had their first child in September 1999. One year and eight months after submitting his application for permanent resident status, in September 1999, he was invited for an in-person interview at the visa office in Islamabad. By that time, he was married to and had a son with Mrs. Munawar Sultana.

[4] Mr. Arif says that he was advised by an immigration consultant not to mention his wife or son, as it would be simpler and faster to sponsor them after landing in Canada. He was apparently further advised that he could sponsor his wife and son after landing in Canada. Mr. Arif followed that advice and did not disclose their existence at the interview or upon landing in September 2000. The other two children were born after Mr. Arif landed in Canada.

[5] In 2002, the new *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) was enacted. It required all permanent residents to apply for and obtain a permanent resident card. The new *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations) also came into effect and paragraph 117(9)(d) [as am. by SOR/2004-167, s. 41] mandated that a Canadian permanent resident or citizen could not sponsor family members who were “non-accompanying” at the time the sponsor became a permanent resident and were “not examined”. The sponsor applied for a permanent resident card and listed all of his family members in Pakistan. The card was issued to him.

[6] As suggested by his immigration advisor in Pakistan, the applicant’s husband filed his first application to sponsor his wife and three children in January 2006. This was done without counsel. That application was returned to him as he had not listed his wife and first son in his permanent residence application.

[3] M. Arif a demandé d’immigrer au Canada en janvier 1998, lorsqu’il n’était pas encore marié. Il a épousé la demanderesse principale en novembre 1998, et ils ont eu leur premier enfant en septembre 1999. Un an et huit mois après le dépôt de sa demande de statut de résident permanent, en septembre 1999, M. Arif a été convoqué à une entrevue personnelle au bureau des visas d’Islamabad. À ce moment-là, il était marié avec M<sup>me</sup> Munawar Sultana et, ensemble, ils avaient un fils.

[4] M. Arif affirme qu’un consultant en immigration lui avait conseillé de ne déclarer ni son épouse ni son fils, au motif qu’il serait plus simple et plus rapide de les parrainer après avoir obtenu le droit d’établissement au Canada. Il aurait été avisé de nouveau qu’il pouvait parrainer son épouse et son fils après s’être établi au Canada. M. Arif a suivi ce conseil et n’a pas révélé leur existence ni à l’entrevue ni à son arrivée en septembre 2000. Les deux autres enfants sont nés après que M. Arif eut obtenu son droit d’établissement au Canada.

[5] En 2002, la nouvelle *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) a été adoptée. Elle exigeait que tous les résidents permanents demandent et obtiennent une carte de résident permanent. Le nouveau *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement) est également entré en vigueur et son alinéa 117(9)d [mod. par DORS/2004-167, art. 41] énonçait que, dans le cas où le répondant est devenu résident permanent ou citoyen du Canada à la suite d’une demande, un membre de la famille « n’accompagnant pas » ce dernier et qui « n’a pas fait l’objet d’un contrôle » à l’époque de cette demande ne peut être parrainé. Le répondant a présenté une demande de carte de résident permanent et a dressé la liste de tous les membres de sa famille au Pakistan. Il a obtenu la carte.

[6] Comme l’avait proposé son conseiller en immigration au Pakistan, l’époux de la demanderesse a déposé une première demande en vue de parrainer son épouse et ses trois enfants en janvier 2006, sans l’assistance d’un avocat. La demande lui a été retournée étant donné qu’il n’avait pas déclaré les noms de son épouse et de son premier fils dans sa demande de résidence permanente.

[7] Mr. Arif then applied for citizenship, listing all of his family members, and became a citizen in 2006. He then applied to sponsor his family a second time, with the assistance of counsel, requesting that humanitarian and compassionate [H&C] consideration be given to his case pursuant to section 25 [as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 117] of the IRPA. This is the application that is the subject of the current judicial review.

[8] It bears mentioning that Mr. Arif, despite his best efforts, could not find work in the electrical engineering field for which he was educated and trained. He became a taxi driver and eventually became well settled in that position.

#### THE IMPUGNED DECISION

[9] By letter dated July 28, 2008, the applicants were informed that the requirements for permanent residence in the family class were not met. Since Mr. Arif had not declared the principal applicant in his application for permanent residence, she was determined not to be a member of the family class pursuant to paragraph 117(9)(d) of the Regulations. The immigration officer then went on to state that section 25 of the IRPA had been considered and that, after a balancing of H&C factors and the nature of the exclusion, H&C considerations did not justify granting an exemption. As such, the exemption was refused.

[10] To have a proper understanding of the decision, one has to look at the Computer Assisted Immigration Processing System (CAIPS) notes, wherein the immigration officer made the following observations. First, he found that the marriage appears to be genuine based on the documentation filed. The immigration officer then considered the H&C factors raised by the applicants. He dismissed the explanations for withholding material information, because he found that the applicant knowingly withheld the information about the change in his marital status and the birth of his child so as to avoid delay. The immigration officer noted that “by the time

[7] M. Arif a ensuite présenté une demande de citoyenneté, fournissant la liste de tous les membres de sa famille, et il est devenu citoyen en 2006. Par la suite, il a présenté pour une seconde fois une demande en vue de parrainer sa famille, avec l’assistance d’un avocat, faisant valoir que, dans son cas, des circonstances d’ordre humanitaire justifiaient sa demande présentée en application de l’article 25 [mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 117] de la LIPR. C’est cette demande qui fait l’objet du présent contrôle judiciaire.

[8] Il convient de mentionner que M. Arif, malgré tous ses efforts, n’a pas réussi à trouver du travail en génie électrique, son domaine d’études et de formation. Il est devenu chauffeur de taxi et a bien réussi dans ce travail par la suite.

#### LA DÉCISION CONTESTÉE

[9] Dans une lettre datée du 28 juillet 2008, les demandeurs ont été informés que les exigences relatives à la résidence permanente au titre de la catégorie du regroupement familial n’avaient pas été satisfaites. Étant donné que M. Arif n’a pas déclaré la demanderesse principale dans sa demande de résidence permanente, on a décidé qu’elle ne pouvait pas être considérée comme appartenant à la catégorie du regroupement familial en vertu de l’alinéa 117(9)d) du Règlement. L’agent d’immigration a ensuite ajouté qu’il avait appliqué l’article 25 de la LIPR et qu’après pondération des facteurs d’ordre humanitaire et de la nature de l’exclusion, les raisons d’ordre humanitaire ne justifiaient pas l’octroi d’une dispense, laquelle a donc été refusée.

[10] Pour bien comprendre la décision, il faut examiner les notes du Système de traitement informatisé des dossiers d’immigration (le STIDI), dans lesquelles l’agent d’immigration a formulé les observations suivantes. Tout d’abord, il a conclu que le mariage semblait être authentique d’après la documentation déposée. Il a ensuite examiné les facteurs d’ordre humanitaire soulevés par les demandeurs. Il a rejeté les explications données en raison de la dissimulation de renseignements importants, puisqu’il a jugé que le demandeur avait sciemment caché des renseignements sur son changement d’état matrimonial et la naissance de son fils dans le but d’évi-

[the sponsor] was called in for an interview, [he] had been married and [his first son] had been born”. Also, he noted that the sponsor took the advice of an immigration consultant and chose not to declare his family members, as he did not want to slow down the processing of his application. The immigration officer rejected this explanation, on the ground that it is an applicant’s responsibility to ensure that the information provided in an application and during an interview is correct and truthful, and because ignorance of the law and low language proficiency are not reasons for withholding material information as the onus is on an applicant to take responsibility for his/her application and all of the information contained therein.

[11] The immigration officer then considered the impact of separation on the sponsor. He took note of the sponsor’s difficulties at work, including the car accidents that the sponsor alleges are related to the separation from his family. The immigration officer noted that proof of the accidents had not been submitted. Further, there was “no evidence to conclusively link any such accidents directly to the separation”. The immigration officer also assessed the psychologist’s report, indicating that, in her opinion, the sponsor was suffering from “major depressive disorder, moderate severity”. However, the immigration officer noted that the only recommended action specified was family reunification and that there was “no treatment plan outlined, no medications nor other remedies”.

[12] The immigration officer also considered the impact on the principal applicant, and found that it did not warrant granting an H&C exemption. The immigration officer noted that although the sponsor had visited his family on two occasions, in 2004 and 2006, and that money transfer receipts from 2004 and 2005 were submitted, there was no conclusive proof of “recent, continued and regular contact”.

[13] With respect to the best interests of the children, the immigration officer took note of their ages, which were 8, 7 and 4 years at the time of the decision. He also noted that the sponsor sends money to support the

ter les délais. L’agent d’immigration a souligné que [TRADUCTION] « lorsque [le répondant] a été convoqué à une entrevue, [il] était marié et [son fils] était né ». De plus, il a indiqué que le répondant avait suivi le conseil d’un consultant en immigration et choisi de ne pas déclarer les membres de sa famille, de manière à ne pas ralentir le traitement de sa demande. L’agent d’immigration a rejeté cette explication, au motif qu’il revient au demandeur de s’assurer que les renseignements fournis dans la demande et au cours de l’entrevue sont exacts et véridiques, et que l’ignorance de la loi et de faibles compétences linguistiques ne sont pas une excuse pour dissimuler des renseignements importants, puisqu’il appartient au demandeur d’établir le bien-fondé de sa demande et de tous les renseignements qui y figurent.

[11] L’agent d’immigration a ensuite examiné l’incidence de la séparation sur le répondant. Il a pris note des difficultés du répondant au travail, notamment des accidents de la route qui, selon le répondant, découlent de sa séparation d’avec sa famille. L’agent d’immigration a souligné qu’aucune preuve n’a été produite concernant ces accidents. En outre, il n’y a [TRADUCTION] « rien [...] qui permet d’établir de façon concluante un lien direct entre ces accidents et la séparation ». Il a également examiné le rapport de la psychologue, lequel indiquait qu’elle était d’avis que le répondant souffrait d’un [TRADUCTION] « trouble dépressif majeur de gravité moyenne ». Cependant, l’agent d’immigration a souligné que la seule recommandation prévue était la réunification de la famille et qu’il n’y avait [TRADUCTION] « aucun plan de traitement prévu, ni médicaments, ni autres remèdes ».

[12] L’agent d’immigration a également examiné l’incidence de la séparation sur la demanderesse principale, et il a conclu que l’octroi d’une dispense fondée sur des motifs d’ordre humanitaire n’était pas justifié. Il a affirmé que, même si le répondant a rendu visite à sa famille à deux occasions, en 2004 et en 2006, et que des reçus de transferts de fonds datant de 2004 et 2005 ont été produits, il n’y avait aucune preuve concluante d’un [TRADUCTION] « récent lien constant et régulier ».

[13] En ce qui concerne l’intérêt supérieur des enfants, l’agent d’immigration a tenu compte de leurs âges, c’est-à-dire 8, 7 et 4 ans au moment de la décision. Il a aussi tenu compte du fait que le répondant avait envoyé de



principal applicant and their children and has visited the family, for fairly lengthy durations each time. He nevertheless found that the sponsor was free to continue to visit his family as he had previously done, and also indicated that the principal applicant has five siblings and in-laws to whom she and her children could turn for emotional and other support.

[14] The immigration officer then concludes that he was not satisfied that the marital status was not intentionally withheld from both the visa office and the port of entry. In his view, there were not sufficient reasons to justify overturning the paragraph 117(9)(d) finding on H&C grounds.

[15] It is worth mentioning that Mr. Arif appealed this decision to the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (the IAD). The appeal was dismissed without a hearing on February 4, 2009, on the ground that the IAD has no discretionary jurisdiction to consider humanitarian and compassionate considerations. Relying on section 65 of the IRPA and on the jurisprudence from this Court (most notably *Huang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1302), the IAD ruled that the proper forum in which to challenge a section 25 H&C decision by the Minister is to seek judicial review of that decision by the Federal Court. This was clearly the right decision to make.

## ISSUES

[16] The applicants have raised three issues in the context of their application for judicial review:

a. Did the immigration officer err in his interpretation and application of section 25 of the IRPA in cases involving paragraph 117(9)(d) of the Regulations?

b. Did the immigration officer fail to adequately address the best interests of the children?

l'argent pour aider la demanderesse principale et leurs enfants et qu'il avait rendu visite à sa famille pendant une période assez longue à chaque fois. Il a néanmoins conclu que le répondant pouvait continuer d'aller visiter sa famille comme il l'avait fait auparavant, et il a ajouté que la demanderesse principale avait cinq frères et sœurs et des beaux-parents à qui elle et ses enfants pouvait s'adresser pour obtenir, entre autres, le soutien affectif dont elle avait besoin.

[14] L'agent d'immigration a par la suite indiqué qu'il n'était pas convaincu que l'état matrimonial n'avait pas été intentionnellement caché au bureau des visas et au point d'entrée. Selon lui, il n'existait pas de motifs suffisants pour justifier l'annulation de la conclusion relative à l'alinéa 117(9)d) pour des facteurs d'ordre humanitaire.

[15] Il importe de mentionner que M. Arif a interjeté appel de cette décision auprès de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SAI). L'appel a été rejeté sans faire l'objet d'une audience le 4 février 2009, au motif que la SAI n'a pas compétence pour examiner les facteurs d'ordre humanitaire. En se fondant sur l'article 65 de la LIPR et sur la jurisprudence de la Cour (plus particulièrement *Huang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1302), la SAI a conclu que la Cour fédérale est l'instance appropriée devant laquelle il convient de contester une décision liée à des motifs d'ordre humanitaire rendue par le ministre, en application de l'article 25, en présentant une demande de contrôle judiciaire de cette décision. Elle a évidemment rendu la bonne décision.

## QUESTIONS EN LITIGE

[16] Les demandeurs ont soulevé trois questions dans le cadre de leur demande de contrôle judiciaire :

a. L'agent d'immigration a-t-il commis une erreur dans son interprétation et son application de l'article 25 de la LIPR lorsqu'il est question de l'alinéa 117(9)d) du Règlement?

b. L'agent d'immigration a-t-il tenu adéquatement compte de l'intérêt supérieur des enfants?

c. Did the immigration officer make perverse and capricious findings in disregard to the evidence or make findings without evidence?

#### ANALYSIS

[17] There is no dispute between the parties, nor could there be, that the appropriate standard of review in assessing the questions raised by the applicants is the reasonableness standard. The Supreme Court of Canada determined that this is the standard to be applied to decisions based on H&C grounds made from within Canada: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 62. This Court has repeatedly applied that same standard for H&C applications made from outside of Canada: see, for example, *David v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 546, at paragraph 14; *Nalbandian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1128, 56 Imm. L.R. (3d) 67, at paragraph 12; *Lao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 219, 70 Imm. L.R. (3d) 223, at paragraph 8. These decisions are clearly discretionary and fact-heavy, and deserve a high degree of deference from this Court. Accordingly, the decision must be upheld unless it does not fall within “a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law”: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59.

[18] Before turning to the specific questions raised by the applicants, it is helpful to canvass briefly the legal framework within which the decision was made. The IRPA and the Regulations create a “family class” for the purpose of selecting foreign nationals who may become permanent residents in Canada. The intent of the family class program is to facilitate the reunion in Canada of Canadian citizens and permanent residents with their close relatives and family members. Foreign nationals who apply as members of the “family class” for permanent resident visas are given preferential treatment under Canadian immigration law and policy. For

c. L’agent d’immigration a-t-il tiré des conclusions abusives et arbitraires au mépris de la preuve ou sans tenir compte de celle-ci?

#### ANALYSE

[17] Il n’est contesté entre les parties, et ni possible de le faire, que la norme de contrôle appropriée pour trancher les questions soulevées par les demandeurs est celle de la décision raisonnable. La Cour suprême du Canada a décidé que c’est cette norme de contrôle qui s’applique aux décisions fondées sur des motifs d’ordre humanitaire rendues au Canada : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 62. La Cour a appliqué à maintes reprises la même norme à des demandes fondées sur des motifs d’ordre humanitaire présentées à partir de l’étranger : voir par exemple, *David c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 546, au paragraphe 14; *Nalbandian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1128, au paragraphe 12; *Lao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 219, au paragraphe 8. Ces décisions sont nettement discrétionnaires et les faits sont importants, ce qui signifie que la Cour doit faire preuve d’une grande retenue. Ainsi, la décision doit être maintenue sauf si elle ne fait pas partie des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 47; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59.

[18] Avant d’aborder les questions précises soulevées par les demandeurs, il est utile d’exposer brièvement le régime législatif en vertu duquel la décision a été rendue. La LIPR et son Règlement prévoient la catégorie du « regroupement familial » pour la sélection des étrangers qui peuvent devenir résidents permanents au Canada. Cette catégorie du regroupement familial vise à faciliter la réunification au Canada des citoyens canadiens et des résidents permanents avec leurs proches parents et les membres de leur famille. Les étrangers qui présentent des demandes de visas de résidence permanente en tant que membres de la catégorie du « regroupement fami-

example, their applications are processed, as a matter of policy, on a priority basis.

[19] Section 117 [as am. by SOR/2004-167, s. 41; 2005-61, s. 3] of the Regulations defines who is a member of the “family class”. Subsection 117(1) provides that a foreign national is a member of the family class if the foreign national is a spouse or dependent child of the sponsor. Paragraph 117(9)(d) further defines who is a member of the class by establishing excluded relationships. At the time relevant to the within proceeding, paragraph 117(9)(d) provided as follows:

**117. (1) ...**

(9) A foreign national shall not be considered a member of the family class by virtue of their relationship to a sponsor if

...

(d) subject to subsection (10), the sponsor previously made an application for permanent residence and became a permanent resident and, at the time of that application, the foreign national was a non-accompanying family member of the sponsor and was not examined.

[20] Paragraph 117(9)(d) therefore excludes from the “family class” those non-accompanying family members whom the sponsor did not disclose, but should have disclosed, at the time the sponsor made his or her original application for permanent residence. The Federal Court of Appeal has clarified that the phrase “at the time of the application” in paragraph 117(9)(d) contemplates the life of the application from the time when it is initiated by the filing of the authorized form to the time when the permanent resident status is granted at the port of entry: *dela Fuente v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 186, [2007] 1 F.C.R. 387, at paragraph 41.

[21] This Court has also confirmed that the purpose of paragraph 117(9)(d) is “not limited to deliberate or fraudulent non-disclosure but any non-disclosure which may prevent examination of a dependent”: *Adjani v.*

lial » bénéficiant d’un traitement préférentiel en vertu du droit et de la politique du Canada en matière d’immigration. Par exemple, leurs demandes sont traitées prioritairement suivant la politique.

[19] L’article 117 [mod. par DORS/2004-167, art. 41; 2005-61, art. 3] du Règlement définit qui appartient à la catégorie du « regroupement familial ». Selon le paragraphe 117(1), l’étranger fait partie de cette catégorie s’il est l’époux ou l’enfant à charge du répondant. L’alinéa 117(9)d définit ensuite qui appartient à cette même catégorie par l’exclusion de certains types de relations. À l’époque pertinente en l’espèce, l’alinéa 117(9)d prévoyait ce qui suit :

**117. (1) [...]**

(9) Ne sont pas considérées comme appartenant à la catégorie du regroupement familial du fait de leur relation avec le répondant les personnes suivantes :

[...]

d) sous réserve du paragraphe (10), dans le cas où le répondant est devenu résident permanent à la suite d’une demande à cet effet, l’étranger qui, à l’époque où cette demande a été faite, était un membre de la famille du répondant n’accompagnant pas ce dernier et n’a pas fait l’objet d’un contrôle.

[20] L’alinéa 117(9)d ne considère donc pas comme appartenant à la catégorie du « regroupement familial » les membres de la famille du répondant n’accompagnant pas ce dernier qui n’ont pas été déclarés, mais qui auraient dû l’être, à l’époque où le répondant a présenté sa demande de résidence permanente initiale. La Cour d’appel fédérale a précisé que l’expression « à l’époque où cette demande a été faite » figurant à l’alinéa 117(9)d s’entend de la durée de la demande, depuis la date à laquelle elle a été amorcée par le dépôt du formulaire officiel jusqu’à la date à laquelle l’intéressé obtient le statut de résident permanent au point d’entrée : *dela Fuente c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 186, [2007] 1 R.C.F. 387, au paragraphe 41.

[21] La Cour a également confirmé que la portée de l’alinéa 117(9)d « n’est pas limitée à la non-divulgarion délibérée ou frauduleuse, mais touche toute non-divulgarion qui pourrait empêcher le contrôle d’un

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 32, 332 F.T.R. 1, at paragraph 32.

[22] That being said, a foreign national may rely on subsection 25(1) of the IRPA in order to obtain an exemption from paragraph 117(9)(d), which reads as follows:

25. (1) The Minister shall, upon request of a foreign national in Canada who is inadmissible or who does not meet the requirements of this Act, and may, on the Minister's own initiative or on request of a foreign national outside Canada, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligation of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to them, taking into account the best interests of a child directly affected, or by public policy considerations.

[23] The existence of an H&C review offers an individual special and additional consideration for an exemption from Canadian immigration laws that are otherwise universally applied. The respondent, understandably, insisted on the exceptional character of this relief, stressing that the process is highly discretionary. As a result, it is argued, the onus is on an applicant to satisfy the Minister that there are sufficient H&C grounds to warrant a favorable decision. In order to provide guidance to its immigration officers in exercising that discretion, Citizenship and Immigration Canada released its Manual on *Overseas Processing Manual (OP)*, Chapter OP 2: Processing Members of the Family Class, where the following guidelines can be found with respect to the use of H&C considerations in relation to the exclusion mandated by paragraph 117(9)(d) of the Regulations [at pages 14–15]:

In considering the use of H&C for excluded family members, the officer should take into account all relevant factors including, but not limited to, those provided below.

enfant à charge » : *Adjani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 32, au paragraphe 32.

[22] Cela dit, un étranger peut invoquer le paragraphe 25(1) de la LIPR pour obtenir une dispense de l'alinéa 117(9)d), lequel est ainsi rédigé :

25. (1) Le ministre doit, sur demande d'un étranger se trouvant au Canada qui est interdit de territoire ou qui ne se conforme pas à la présente loi, et peut, de sa propre initiative ou sur demande d'un étranger se trouvant hors du Canada, étudier le cas de cet étranger et peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des circonstances d'ordre humanitaire relatives à l'étranger — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — ou l'intérêt public le justifient.

[23] La conduite d'un examen fondé sur des motifs d'ordre humanitaire offre à un demandeur une possibilité spéciale et additionnelle de dispense d'application des lois canadiennes sur l'immigration, qui sont par ailleurs d'application universelle. Le défendeur a insisté sur le caractère exceptionnel de ce recours, soulignant que le processus a un caractère fortement discrétionnaire. On prétend donc qu'il incombe aux demandeurs de convaincre le ministre qu'il existe des motifs d'ordre humanitaire suffisants pour justifier une décision favorable à leur égard. Afin de fournir des indications à ses agents d'immigration dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, Citoyenneté et Immigration Canada a publié son Guide sur le *Traitement des demandes à l'étranger (OP)*, Chapitre OP 2 : Traitement des demandes présentées par des membres de la catégorie du regroupement familial, dans lequel figurent les lignes directrices suivantes concernant les facteurs d'ordre humanitaire à prendre en considération pour l'application de l'exclusion prévue à l'alinéa 117(9)d) du Règlement [aux pages 16 et 17] :

Lorsqu'il considère les motifs d'ordre humanitaire pour les membres de la famille exclus, l'agent devrait tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris, entre autres, ceux présentés ci-dessous.

## General

- The onus is on the client to understand their obligations under the law. The information guides included with application kits and visa issuance letters give clear information on the need to declare and have examined all family members including new family members.
- The exclusion found in R117(9)(d) exists to encourage honesty and prevent applicants from circumventing immigration rules. Specifically, it exists to prevent applicants from later being able to sponsor otherwise inadmissible family members under the generous family class sponsorship rules when these family members would have prevented the applicant's initial immigration to Canada for admissibility reasons (i.e., excessive demand).
- The application of humanitarian and compassionate considerations may nonetheless be appropriate in cases that are exceptional and deserving from a reasonable person's point of view.

## Case-specific factors

- Canada's continuing obligations under the *Convention on the Rights of the Child* require that the Department consider the best interests of a child directly affected by the application whether they are explicitly mentioned by the applicant or are otherwise apparent....

...

When the client presents compelling reasons for not having disclosed the existence of a family member, it may also be appropriate to consider the use of H&C factors. For example:

- A refugee presents evidence that they believed their family members were dead or that their whereabouts were unknown; or
- A client presents evidence that the existence of a child was not disclosed because it would cause extreme hardship because the child was born out of wedlock in a culture that does not condone this.

[24] While these guidelines cannot be binding on the Minister and his officers as they are not law, they do provide useful guidance as to how humanitarian and

## Facteurs généraux

- Il incombe au client de comprendre ses obligations aux termes de la loi. Les guides d'information inclus dans les trousseaux de demande et jointes aux lettres de délivrance des visas présentent de l'information claire concernant la nécessité de déclarer tous les membres de sa famille, incluant les nouveaux membres, et de s'assurer qu'ils fassent l'objet d'un contrôle.
- Les motifs d'exclusion prévus au R117(9)d) existent en vue d'encourager l'honnêteté et d'empêcher les immigrants de contourner le règlement. Plus précisément, cet alinéa existe pour empêcher les demandeurs de pouvoir parrainer plus tard des membres de la famille autrement interdits de territoire aux termes des généreux règlements de parrainage de la catégorie de la famille alors que d'avoir déclaré ces mêmes membres aurait empêché l'immigration du demandeur au Canada pour des motifs relatifs à l'admissibilité (c.-à-d. fardeau excessif).
- L'application des motifs d'ordre humanitaire peut néanmoins être appropriée dans les cas exceptionnels et méritoires d'un point de vue raisonnable.

## Facteurs particuliers

- Les obligations du Canada dans le cadre de la *Convention relative aux droits de l'enfant* font en sorte que le Ministère doit envisager l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché par la demande, qu'il soit explicitement mentionné par le demandeur ou qu'il soit apparent par ailleurs [...]

[...]

Lorsque le client présente des motifs impérieux pour ne pas avoir révélé l'existence d'un membre de sa famille, il peut également être approprié d'envisager des motifs d'ordre humanitaire. Par exemple :

- un réfugié présente une preuve qu'il croyait que les membres de sa famille étaient décédés ou que le lieu où se trouvent ceux-ci était inconnu;
- un client présente une preuve que l'existence de l'enfant n'a pas été révélée car cela aurait causé un préjudice extrême parce que l'enfant est né hors des liens du mariage dans une culture où ce n'est pas accepté.

[24] Même si ces directives ne lient pas le ministre et ses agents du fait qu'elles n'ont pas force de loi, elles fournissent des orientations utiles sur la façon dont

compassionate considerations should be factored in when applying the exclusion found in paragraph 117(9)(d). On that basis, I agree with the respondent that immigration officers are invested with a broad discretion when exercising the powers conferred by the IRPA and that courts must accordingly show deference when reviewing their decisions, given the fact-specific nature of the H&C inquiry and its role within the statutory scheme as an exception. The respondent is also correct in stating that the onus is on the applicants to satisfy the Minister that there are sufficient H&C grounds to warrant a favorable decision.

[25] That being said, one must not forget that the presence of section 25 in the IRPA has been found to guard against IRPA non-compliance with the international human rights instruments to which Canada is signatory due to paragraph 117(9)(d): *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, at paragraphs 102–109. If that provision is to be meaningful, immigration officers must do more than pay lip service to the H&C factors brought forward by an applicant, and must truly assess them with a view to deciding whether they are sufficient to counterbalance the harsh provision of paragraph 117(9)(d). As my colleague Justice Kelen noted in *Hurtado v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 552, at paragraph 14, “if the applicant’s misrepresentation were the only factor to be considered, there would be no room for discretion left to the Minister under section 25 of the Act.” This is indeed recognized in the *Overseas Processing Manual (OP)*, Chapter OP 4: Processing of Applications under Section 25 of the IRPA, Appendix F, where officers are reminded that they should ensure “that their H&C assessments go beyond an explanation as to why applicants are described by R117(9)(d) to consider the positive factors an applicant has raised in support of his/her request for an exemption from R117(9)(d).”

[26] Turning now to the first argument put forward by the applicants, it is submitted that the immigration

devraient être pris en compte les facteurs d’ordre humanitaire lorsque l’on applique l’exclusion prévue à l’alinéa 117(9)d). Pour cette raison, je suis d’accord avec le défendeur pour dire que les agents d’immigration sont investis d’un vaste pouvoir discrétionnaire lorsqu’ils exercent les compétences que leur confère la LIPR, et que les tribunaux doivent faire preuve de déférence dans le contrôle de leurs décisions, compte tenu de la nature factuelle de l’enquête relative aux demandes d’ordre humanitaire et de son rôle dans le régime législatif en tant qu’exception. Le défendeur a aussi raison lorsqu’il affirme qu’il incombe aux demandeurs de convaincre le ministre qu’il existe des motifs d’ordre humanitaire suffisants pour justifier une décision qui leur serait favorable.

[25] Cela dit, il ne faut pas oublier qu’il a été conclu que l’article 25 de la LIPR visait à protéger contre le non-respect des instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire en raison de l’alinéa 117(9)d) : *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655, aux paragraphes 102 à 109. Pour donner un sens à cette disposition, les agents d’immigration doivent non seulement répondre superficiellement aux facteurs d’ordre humanitaire invoqués par un demandeur, mais ils doivent bien les évaluer pour déterminer s’ils sont suffisants pour contrebalancer la disposition draconienne 117(9)d). Comme mon collègue le juge Kelen a fait remarquer dans *Hurtado c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 552, au paragraphe 14, « si la fausse indication donnée par le demandeur constituait le seul facteur à considérer, le ministre n’aurait plus aucun pouvoir discrétionnaire en vertu de l’article 25 de la Loi. » Cette directive a effectivement été reconnue dans le Guide sur le *Traitement des demandes à l’étranger (OP)*, Chapitre OP 4 : Traitement des demandes présentées en vertu de l’article 25 de la LIPR, à l’appendice F, où l’on rappelle que l’agent doit s’assurer « que son évaluation CH ne fait pas qu’expliquer pourquoi le demandeur est visé au R117(9)d) pour tenir compte des facteurs favorables présentés par le demandeur à l’appui de sa demande de dispense de l’application du R117(9)d) ».

[26] Pour ce qui est du premier argument formulé par les demandeurs, on fait valoir que l’agent d’immigration

officer did not provide fair and proper consideration of the humanitarian factors and compassionate reasons for the applicants and the sponsor's request. The respondent, on the other hand, is of the view that the decision clearly indicates that the immigration officer conducted a thorough assessment of the H&C factors raised by the applicants.

[27] It was certainly appropriate for the immigration officer to consider the sponsor's explanation for failing to declare his family as that was one of the grounds upon which the applicants sought an exemption. Similarly, the immigration officer correctly noted that the sponsor took the advice of an immigration consultant and chose not to declare his family members, as he did not want to slow down the processing of his application. This was clearly not a compelling reason for not having disclosed the existence of a family member: *Pascual v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 993, at paragraph 19. As for the improper advice from the consultant, it could not, in and of itself, excuse the sponsor for withholding material information: *Cove v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 266, at paragraphs 6–7.

[28] What I find more troubling, however, is the assessment made by the immigration officer of the impact of the separation on the sponsor and on the applicants. The reasons for dismissing the consequences of the separation on the mental health of the sponsor (no proof of the accidents and no evidence to conclusively link any such accidents directly to the separation and no treatment plan, medication nor remedies in the psychologist report) are, at best, highly debatable. Similarly, the statement that there is no conclusive proof of recent, continued and regular contact between Mr. Arif and his wife is questionable, in light of their undisputed testimony that they call each other on a regular basis, and may even be inconsistent with the previous finding that the applicants and the sponsor have a genuine and well-documented relationship. Despite the Court's reservations as to the appropriateness of these findings, however, these assessments of the immigration officer would not provide a sufficient basis to intervene as they relate

n'a pas fait un examen équitable et adéquat des facteurs d'ordre humanitaire soulevés dans leur demande et celle de leur répondant. Le défendeur, par contre, est d'avis qu'il ressort clairement de la décision que l'agent d'immigration a fait un examen approfondi des facteurs d'ordre humanitaire invoqués par les demandeurs.

[27] Il était certes approprié que l'agent d'immigration prenne en compte la raison donnée par le répondant pour expliquer pourquoi il n'avait pas déclaré sa famille, puisqu'il s'agissait de l'un des motifs à l'appui de la demande de dispense des demandeurs. De même, l'agent d'immigration a noté avec raison que le répondant avait suivi le conseil d'un consultant en immigration et qu'il avait choisi de ne pas déclarer les membres de sa famille pour ne pas ralentir le traitement de sa demande. De toute évidence, l'omission de déclarer un membre de la famille n'équivaut pas à un motif impérieux : *Pascual c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 993, au paragraphe 19. Quant au mauvais conseil donné par le consultant, il ne peut en soi constituer une excuse pour avoir dissimulé des renseignements importants : *Cove c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 266, aux paragraphes 6 et 7.

[28] Cependant, ce qui me préoccupe davantage, c'est l'évaluation de l'agent d'immigration concernant l'incidence de la séparation sur le répondant et les demandeurs. Les motifs de rejet des conséquences de la séparation sur la santé mentale du répondant (absence de preuve des accidents, rien pour établir de façon concluante un lien direct entre ces accidents et la séparation, ainsi qu'aucun plan de traitement, ni médicaments, ni autres remèdes prévus dans le rapport de la psychologue) sont pour le moins fortement discutables. Pareillement, la déclaration selon laquelle il n'y a aucune preuve concluante d'un récent lien constant et régulier entre M. Arif et son épouse est contestable, eu égard à leur témoignage non contredit dans lequel ils ont affirmé qu'ils se téléphonaient régulièrement, et cette déclaration va peut-être même à l'encontre de la conclusion antérieure voulant que les demandeurs et le répondant entretiennent une véritable relation, laquelle est bien documentée. Malgré les réserves de la Cour quant à la pertinence de

to his weighing of the evidence, a function that is at the core of his expertise.

[29] The same cannot be said of the importance apparently given by the immigration officer to the failure to disclose as the basis of rejecting any consideration of the H&C factors. A careful reading of the CAIPS notes reveals that the immigration officer, on more than one occasion, considers the failure to disclose as a paramount factor precluding any possibility that H&C factors could overcome the exclusion mandated by paragraph 117(9)(d). The following two paragraphs illustrates the immigration officer's apparent state of mind (application record, Tab 2, page 11):

SPR states in his submissions that he feels 'alone and hopeless' and that it disturbs him so much that he 'was hardly able to continue my work, or to do my job properly'. He states that his mental health is 'serious' and that he is 'very depressed'. Letter from FN's employer indicates that he is 'sad, confused, and unfocused', which causes problems on the job. Employer states that 'he had three accidents due to lack (sic) of concentration'. Letters submitted written by friends of SPR also state that he is 'very sad', and explain that he has been in some accidents and 'paying maximum (sic) insurance premium to keep the job'. However, no proof of such accidents has been submitted, and there is no evidence on file which can conclusively link any such accidents directly to this separation (which, it should be noted, was caused by the sponsor intentionally withholding material information from our office as well as the POE officer).

...

FN states that she is suffering from 'mental unrest' due to the separation and the 'prevailing law and order situation' in Pakistan. However, I am not satisfied that the separation, which was caused by her husband knowingly and purposefully withholding information about the change in his marital status and family composition from both our office and the examining officer at the port of entry, causes undue, undeserved or disproportionate hardship. [Emphasis added.]

ces conclusions, il reste que ces évaluations faites par l'agent d'immigration ne pourraient constituer un motif suffisant pour justifier une intervention puisqu'ils portent sur l'appréciation de la preuve, une compétence qui fait partie de son expertise fondamentale à lui.

[29] On ne peut en dire autant de l'importance qu'aurait accordée l'agent d'immigration à l'omission de déclarer certains membres comme motif de rejet de tout examen des facteurs d'ordre humanitaire. Une lecture attentive des notes du STIDI révèle que l'agent d'immigration a considéré à plus d'une reprise l'omission de déclarer des membres de la famille comme un facteur primordial excluant toute possibilité que les facteurs d'ordre humanitaire puissent l'emporter sur l'exclusion prévue à l'alinéa 117(9)d). Les deux paragraphes suivants témoignent de l'état d'esprit apparent de l'agent d'immigration (dossier de la demande, l'onglet 2, page 11) :

[TRADUCTION] Dans ses observations, SPR affirme qu'il se sent « seul et désespéré » et que cela le dérange tellement qu'il « a beaucoup de difficultés à continuer de travailler, ou à bien faire son travail ». Il ajoute que sa santé mentale est dans un état « grave » et qu'il est « très déprimé ». Une lettre de l'employeur de FN indique qu'il est « triste, confus et qu'il manque de concentration », ce qui pose problème au travail. L'employeur nous dit qu'« il a subi trois accidents à cause de son manque de concentration ». Des lettres fournies par des amis de SPR indiquent également qu'il est très attristé, et on y explique qu'il a été impliqué dans des accidents et qu'il « paie une prime d'assurance maximale pour conserver son emploi ». Cependant, aucune preuve n'a été produite concernant ces accidents et il n'y a rien au dossier qui permet d'établir de façon concluante un lien direct entre ces accidents et la séparation (laquelle, signalons, a été causée par le répondant qui a sciemment et délibérément caché des renseignements tant à notre bureau qu'à l'agent au point d'entrée).

[...]

FN affirme qu'elle souffre de « troubles mentaux » en raison de la séparation et de la « situation de l'ordre public qui règne » au Pakistan. Cependant, je ne suis pas convaincu que la séparation, qui a été causée par l'époux qui a sciemment et délibérément caché des renseignements sur le changement de son état matrimonial et l'existence de membres de sa famille tant à notre bureau qu'à l'agent examinateur au point d'entrée, entraîne des difficultés inhabituelles, injustifiées ou excessives. [Non souligné dans l'original.]



[30] This fixation on the failure of the sponsor to declare his family members prevented the immigration officer from genuinely assessing the H&C considerations submitted by the applicants. I agree with the respondent that this is not a case where the immigration officer, as in *David v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, above, or in *Hurtado v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, above, made no findings of fact or failed to consider the positive factors. In the present case, the immigration officer did look at the various considerations advanced by the applicants. Nonetheless, at the end of the day, his notes read as if the failure to disclose was the overriding consideration, and that the sponsor had brought upon himself all his and his family's misfortunes. This, in turn, led the immigration officer to analyse the positive factors supporting the sponsorship application through the prism of the sponsor's conduct at the time of his own application to become a permanent resident, and to overlook the genuineness and stability of his relationship with his wife and children, the sincere remorse of the sponsor and the likely impact of the decision on any future prospect for this family to be reunited, as Mrs. Sultana will likely not be eligible for permanent resident status under any other category given her severely limited education and language skills and the non-existence of employment skills or experience.

[31] In so doing, the immigration officer fettered his discretion under subsection 25(1) of the IRPA and effectively allowed the applicants' exclusion under paragraph 117(9)(d) to unduly influence his opinion as to whether the applicants' personal circumstances warranted exemption for H&C reasons. As a result, I am of the view that the immigration officer made a reviewable error, not so much because he came to questionable conclusions in his assessment of the evidence, but more fundamentally because he misunderstood the interplay between section 25 of the IRPA and section 117 of the Regulations.

[32] This conclusion, in itself, would be sufficient to dispose of this application for judicial review. I wish,

[30] Cette fixation sur l'omission du répondant de déclarer des membres de sa famille a empêché l'agent d'immigration de véritablement évaluer les facteurs d'ordre humanitaire invoqués par les demandeurs. Je suis d'accord avec le défendeur qu'il ne s'agit pas d'une affaire, comme dans *David c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* ou *Hurtado c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précitées, où l'agent d'immigration n'a tiré aucune conclusion de fait ou n'a pas examiné les facteurs favorables. Dans la présente affaire, l'agent d'immigration a pris en compte les divers facteurs invoqués par les demandeurs. Néanmoins, au bout du compte, ses notes pouvaient être interprétées comme si l'omission de déclarer des membres de la famille était l'élément déterminant, et comme si le répondant avait lui-même attiré tous ses propres malheurs et ceux de sa famille. Cela a ensuite amené l'agent d'immigration à analyser les facteurs invoqués à l'appui de la demande de parrainage en fonction de la conduite du répondant à l'époque où il avait présenté sa propre demande en vue de devenir résident permanent, et à perdre de vue l'authenticité et la stabilité de sa relation avec son épouse et ses enfants, ses sincères regrets et l'incidence probable de la décision sur toute possibilité de réunification de cette famille, puisque M<sup>me</sup> Sultana ne sera probablement pas admissible au statut de résidente permanente dans une autre catégorie en raison de ses études et de ses compétences linguistiques fortement insuffisantes et de l'absence de compétences ou d'expérience sur le plan professionnel.

[31] En agissant ainsi, l'agent d'immigration a entravé l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 25(1) de la LIPR, et il a effectivement permis que l'exclusion des demandeurs en application de l'alinéa 117(9)d influence indûment son opinion quant à savoir si la situation personnelle des demandeurs justifiait une dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire. Par conséquent, je suis d'avis que l'agent d'immigration a commis une erreur susceptible de contrôle, pas tant parce qu'il a tiré des conclusions discutables dans son évaluation de la preuve, mais essentiellement parce qu'il a mal compris l'interaction entre l'article 25 de la LIPR et l'article 117 du Règlement.

[32] Cette conclusion serait suffisante en soi pour trancher la présente demande de contrôle judiciaire. Je

however, to make the following remarks with respect to the best interests of the applicant children, if only to provide guidance to the immigration officer who will be called upon to make a fresh determination of this sponsorship application.

[33] The applicants contend that the immigration officer failed to adequately assess the best interests of the children affected by the decision to deny them family reunification with the sponsor, and that he did not mention, refer to or analyse the level of dependency between the children and the sponsor and how the H&C decision would affect them. The only reference to the children is found in the following paragraph of the CAIPS notes:

Best interests of the children have been considered, and I note that 2 of FN's 3 children were born after SPR had already landed in Canada. Children are now 8, 7 and 4 Yo. SPR sends money to support FN and children and has visited on 2 occasions (for fairly lengthy durations each time). Also note that FN has both parents and 5 siblings as well as in laws to whom she and the children can turn for emotional and other support here in Pakistan. FN and her spouse have been separated for nearly 7 years. However, SPR returned to Pakistan on several occasions and is free to continue to do so.

[34] I agree with the applicants that this falls far short of the duty to consider the best interests of the children and to be "alive, alert and sensitive" to those interests. The immigration officer fails to have regard to their specific gender, age, and education-related needs; that two of the children are boys and require a father figure; that the mother only has a grade eight education and no paid labour force experience; that Pakistan is a male-dominated society where single female households are looked down upon and how all of this will impact the children. Moreover, there is no evidence to support the immigration officer's bald assertion and presumption that the mother and her children could turn to her parents/siblings and in-laws for emotional and other support, when the evidence indicates otherwise as they live a few hours away. There is no consideration of the consequences of growing up without their father and it is not explained why the policy considerations underlying paragraph 117(9)(d) of the Regulations should outweigh the hardships faced by these children when there is no

tiens toutefois à faire les observations qui suivent concernant l'intérêt supérieur des enfants demandeurs, ne serait-ce que pour donner des indications à l'agent d'immigration qui sera appelé à rendre une nouvelle décision relativement à la présente demande de parrainage.

[33] Les demandeurs prétendent que l'agent d'immigration n'a pas tenu adéquatement compte de l'intérêt supérieur des enfants touchés par la décision qui les prive d'une réunification avec le répondant, et qu'il n'a pas fait mention, ni état, ni analyse du degré de dépendance entre les enfants et le répondant et de l'incidence qu'aurait sur eux la décision pour des motifs d'ordre humanitaire. La seule mention des enfants se trouve au paragraphe suivant des notes STIDI :

[TRADUCTION] L'intérêt supérieur des enfants a été examiné, et je note que 2 des 3 enfants de FN sont nés une fois que SPR était déjà établi au Canada. Les enfants sont maintenant âgés de 8, 7 et 4 ans. SPR envoie de l'argent pour aider FN et les enfants et leur a rendu visite à deux reprises (pendant une période assez longue à chaque fois). De plus, je signale que FN a sa mère, son père et cinq frères et sœurs, ainsi que des beaux-parents, à qui elle et ses enfants peuvent s'adresser pour obtenir, entre autres, le soutien affectif dont ils ont besoin au Pakistan. FN et son époux sont séparés depuis presque 7 ans. Cependant, SPR est retourné au Pakistan à plusieurs occasions et peut continuer de le faire.

[34] Je conviens avec les demandeurs que cela est loin de répondre à l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur des enfants et à celle d'être « réceptif, attentif et sensible » à cet intérêt. L'agent d'immigration n'a pas pris en considération le sexe, l'âge et les besoins éducatifs propres aux enfants; le fait que deux des enfants sont des garçons et qu'il leur faut une figure paternelle; que la mère n'a que huit années de scolarité et aucune expérience d'emploi; que le Pakistan est une société dominée par les hommes où les familles dirigées par des femmes célibataires sont méprisées et de la façon dont les enfants seront touchés par cette situation. En outre, aucun élément de preuve n'appuie la simple présomption et assertion selon laquelle la mère et ses enfants a ses parents, ses frères et sœurs et des beaux-parents pour lui apporter notamment un soutien affectif, alors que la preuve révèle le contraire, du fait qu'ils habitent à quelques heures de distance. On n'examine aucunement les conséquences pour les enfants de grandir sans la présence de leur père, et on n'explique pas pourquoi les

indication that they would have been inadmissible if listed and have already suffered seven years away from their father.

[35] The respondent retorts that the immigration officer's analysis was commensurate with the submissions made by the applicants and that there was insufficient evidence before the immigration officer that the principal applicant is unable to assist her children with school-work or that she cannot turn to her five siblings and in-laws for support. With all due respect, this argument appears to me to be disingenuous.

[36] The immigration officer had before him evidence that the main applicant had limited schooling, that the applicants lived with a single, elderly female relative, that they resided in a different part of the country from the applicant's parents and siblings, that the applicant's siblings were all younger than her, and that the sponsor was the sole support for the applicant and her children. How more explicit were the applicants expected to be? An immigration officer that is alive, alert and sensitive to the children's best interests should have been in a position to draw, and ought to have drawn, some inferences from these facts. I agree with the respondent that the onus lies upon the applicants to make the case for the children's best interests. However, I strongly disagree that the submissions made to the immigration officer were oblique, cursory or obscure. While an immigration official should not be left to speculate as to how a child will be impacted by his or her decision, it would be preposterous to require from an applicant a detailed and minute demonstration of the negative consequences of such a decision when they can be reasonably deduced from the facts brought to his or her attention.

[37] For these reasons, I am of the view that this application for judicial review ought to be allowed.

considérations de politique qui sous-tendent l'alinéa 117(9)d) du Règlement devraient l'emporter sur les difficultés auxquelles sont exposés ces enfants, alors qu'il n'y aucune indication que ceux-ci auraient été inadmissibles s'ils avaient été déclarés, et on ne tient pas compte du fait qu'ils vivent loin de leur père depuis sept ans.

[35] Le défendeur réplique que l'analyse de l'agent d'immigration s'accordait avec les observations présentées par les demandeurs et que la preuve fournie à l'agent d'immigration était insuffisante pour établir que la demanderesse principale n'était pas en mesure d'aider les enfants avec leurs travaux scolaires ou d'obtenir du soutien de la part de ses cinq frères et sœurs et des beaux-parents. Avec égards, cet argument me semble fallacieux.

[36] L'agent d'immigration disposait de la preuve qui indiquait que la demanderesse principale avait un faible niveau de scolarité, que les demandeurs vivaient avec une parente âgée célibataire, qu'ils demeuraient dans une région du pays autre que celle des parents et frères et sœurs de la demanderesse, que les frères et sœurs de cette dernière sont tous plus jeunes qu'elle, et que le répondant était pour la demanderesse et ses enfants leur seul soutien. Pouvait-on vraiment s'attendre à ce que les demandeurs soient plus explicites? L'agent d'immigration qui est réceptif, attentif et sensible à l'intérêt supérieur de l'enfant aurait dû être en mesure de tirer certaines inférences d'après les faits ou aurait dû le faire. Je suis d'accord avec le défendeur pour dire qu'il appartient aux demandeurs de prouver leur argument fondé sur l'intérêt supérieur des enfants. Cependant, je suis en profond désaccord avec la prétention selon laquelle les observations de l'agent d'immigration étaient indirectes, succinctes et vagues. L'agent d'immigration ne devrait pas avoir à présumer sur la façon dont un enfant sera touché par sa décision, mais il serait ridicule d'exiger que le demandeur fasse une démonstration détaillée et minutieuse des conséquences défavorables d'une telle décision lorsque celles-ci peuvent être déduites des faits qui ont été portés à son attention.

[37] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir la présente demande de contrôle judiciaire.

[38] Counsel for the applicants has submitted the following question for certification:

In an application for Permanent Resident status made by family members, of a Canadian citizen or Permanent Resident who wishes to sponsor them, where some members of the sponsor's family are excluded pursuant to s. 117(9)(d) of the *Regulations*, but others are not, is there a requirement by the non-excluded Applicants to submit a separate application(s) for Permanent Residence status or must the visa officer consider processing the Application(s) for the non-excluded members of the sponsor's family?

[39] It is clear from the record that the two youngest sons of the sponsor are members of the family class in relation to the sponsor pursuant to paragraph 117(1)(b) of the *Regulations*. They are not just accompanying members of the sponsor's excluded family, but are "dependent children" of the sponsor under the family class, with their own right to be sponsored. It is clear, therefore, that section 42 of the IRPA does not apply to exclude the two younger children.

[40] I agree with the respondent that the submitted question does not contemplate an issue of broad significance or general application. There is no dispute that section 42 of the IRPA did not apply to the potential sponsorship by their father of the two children born after he was landed in Canada. Indeed, the immigration officer wrote in the CAIPS notes that these two children were not excluded. The only reason the immigration officer did not separate out the two non-excluded children appears to be the absence of any hint from the sponsoring father that he wished separate processing for them in the event that their mother was found to be excluded by application of paragraph 117(9)(d) of the *Regulations*. The issue raised by the applicants in the proposed question is therefore quite factual and thus does not transcend the interests of the parties.

[41] As a result, there is no need to certify the question proposed by the applicants.

[38] L'avocate des demandeurs a présenté pour certification la question suivante :

[TRADUCTION] Dans une demande de statut de résident permanent présentée par des membres de la famille d'un citoyen canadien ou d'un résident permanent qui souhaite les parrainer, à l'égard de laquelle certains membres de la famille du répondant sont exclus en application de l'alinéa 117(9)d) du Règlement, alors que d'autres ne le sont pas, les demandeurs non exclus doivent-ils présenter une demande de résidence permanente distincte, ou l'agent des visas est tenu d'examiner les demandes des membres non exclus de la famille du répondant?

[39] Il ressort clairement du dossier que les deux fils les plus jeunes du répondant font partie de la catégorie du regroupement familial du fait de leur relation avec le répondant en application de l'alinéa 117(1)b) du Règlement. Non seulement sont-ils des membres accompagnant de la famille exclue du répondant, mais ils sont également des « enfants à charge » du répondant dans la catégorie du regroupement familial, et ils sont par eux-mêmes admissibles à un parrainage. Il est donc évident que l'article 42 de la LIPR ne peut être invoqué pour exclure les deux enfants les plus jeunes.

[40] Je suis d'accord avec le défendeur pour affirmer que la question proposée ne soulève pas de question grave ou de portée générale. Il n'est pas contesté que l'article 42 de la LIPR ne s'appliquait pas au parrainage possible du père pour le compte de ses deux enfants nés après son établissement au Canada. En effet, l'agent d'immigration a écrit dans les notes du STIDI que ces deux enfants n'étaient pas exclus. L'unique raison pour laquelle l'agent d'immigration n'a pas examiné séparément la situation des deux enfants non exclus semble reposer sur l'absence d'une indication du père répondant de son intention que la demande de ses deux enfants soit traitée de manière distincte, au cas où leur mère serait déclarée exclue en application de l'alinéa 117(9)d) du Règlement. Ainsi, la proposition de question formulée par les demandeurs est de nature plutôt factuelle et ne transcende donc pas l'intérêt des parties.

[41] Par conséquent, il n'est pas nécessaire de certifier la question proposée par les demandeurs.

## ORDER

THIS COURT ORDERS that this application for judicial review is granted. The decision made on July 28, 2008, is therefore quashed, and the matter is remitted back for redetermination by a different immigration officer. No question is certified.

## ODONNANCE

LA COUR ORDONNE que la présente demande de contrôle judiciaire soit accueillie. La décision rendue le 28 juillet 2008 est donc annulée, et l'affaire est renvoyée à un autre agent d'immigration pour qu'il rende une nouvelle décision. Aucune question n'est certifiée.

A-194-08  
2009 FCA 16

A-194-08  
2009 CAF 16

**Glenora Distillers International Ltd. (Appellant)**

**Glenora Distillers International Ltd. (appelante)**

v.

c.

**The Scotch Whisky Association (Respondent)**

**Scotch Whisky Association (intimée)**

**INDEXED AS: SCOTCH WHISKY ASSN. v. GLENORA DISTILLERS INTERNATIONAL LTD. (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : SCOTCH WHISKY ASSN. c. GLENORA DISTILLERS INTERNATIONAL LTD. (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Nadon, Sexton and Evans JJ.A.—Ottawa, December 16, 2008 and January 22, 2009.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Sexton et Evans, J.C.A.—Ottawa, 16 décembre 2008 et 22 janvier 2009.

*Trade-marks — Registration — Appeal from Federal Court decision allowing appeal from Trade-marks Opposition Board decision — Federal Court holding appellant not entitled to register GLEN BRETON trade-mark — Respondent claiming “glen” resulting in association with whiskies distilled in Scotland — Federal Court erring by failing to consider whether “glen” mark within meaning of Trade-marks Act, s. 10 — Mark not necessarily trade-mark — Trade-marks generally not dissected, analyzed syllable by syllable — Improper herein to segment GLEN BRETON — Trade-mark registrable if prohibited mark not dominating — “Glen” not prohibited mark within meaning of Act, s. 10 — Appeal allowed.*

*Marques de commerce — Enregistrement — Appel de la décision de la Cour fédérale faisant droit à l'appel d'une décision de la Commission des oppositions des marques de commerce — La Cour fédérale a statué que l'appelante ne pouvait pas enregistrer GLEN BRETON comme marque de commerce — L'intimée affirmait que le mot « glen » entraînait une association avec les whiskys distillés en Écosse — La Cour fédérale a commis une erreur en ne se demandant pas si le mot « glen » constituait une marque au sens de l'art. 10 de la Loi sur les marques de commerce — Une marque n'est pas nécessairement une marque de commerce — Les marques de commerce, en principe, ne devraient pas être disséquées ni être analysées syllabe par syllabe — Il était injustifié en l'espèce de fractionner la marque GLEN BRETON — Une marque de commerce est enregistrable si le mot interdit ne domine pas — Le mot « glen » n'est pas une marque interdite au sens de l'art. 10 de la Loi — Appel accueilli.*

This was an appeal from a decision of the Federal Court allowing the respondent's appeal from a decision of the Trade-marks Opposition Board. The appellant, a distiller in Nova Scotia, applied to register the trade-mark GLEN BRETON for its whisky. The respondent claimed that the appellant's use of “glen” resulted in an association with whiskies distilled in Scotland. The Board found that “glen” had not become recognized through “ordinary and *bona fide* commercial use” as designating the geographic origin of whisky, and was not a prohibited mark pursuant to section 10 of the *Trade-marks Act*. The Federal Court was of the opinion that there was an extensive reputation associated with “glen”-prefixed Scotch whisky brands. It also found that there was confusion in the marketplace, and that some consumers were not aware that the appellant's product was not a Scotch distilled in Scotland. Contrary to the Board, the Federal Court concluded that the word “glen” had become recognized in Canada as designating Scotch whisky, and was therefore a prohibited mark.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a fait droit à l'appel interjeté par l'intimée d'une décision de la Commission des oppositions des marques de commerce. L'appelante, une entreprise de distillation située en Nouvelle-Écosse, a présenté une demande en vue de faire enregistrer GLEN BRETON comme marque de commerce en liaison avec son whisky. L'intimée affirmait que l'emploi, par l'appelante, du mot « glen » a entraîné une association avec les whiskys distillés en Écosse. La Commission a conclu que le mot « glen » n'était pas, du fait « d'une pratique commerciale ordinaire et authentique », devenu reconnu comme désignant le lieu d'origine du whisky, de sorte qu'il ne s'agissait pas d'une marque interdite au sens de l'article 10 de la *Loi sur les marques de commerce*. La Cour fédérale estimait que les marques à préfixe « glen » employées en liaison avec le whisky écossais bénéficiaient d'une réputation plus vaste. De même, elle a conclu que de la confusion avait été créée sur le marché et que certains consommateurs n'étaient pas conscients du fait que le produit de l'appelante n'était pas du scotch

*Held*, the appeal should be allowed.

The Federal Court made an error of law by failing to consider whether the word “glen” is a mark within the meaning of section 10 of the Act. While “glen” has never been used as a trade-mark in Canada, it has been used as a prefix for trade-marks associated with Scotch whisky, and for other products and services. A mark is not necessarily a trade-mark, and trade-marks should generally not be dissected and analyzed syllable by syllable. It would therefore be improper to segment GLEN BRETON. By considering “glen” as a mark on its own, it would be afforded stronger trade protection than is due. If a prohibited word is combined with a distinctive element such that the prohibited word does not dominate, the trade-mark will still be registrable. “Glen” was not shown to constitute a mark within the meaning of section 10 of the Act, and cannot be prohibited. Alternatively, even if “glen” were a prohibited mark, it would not dominate GLEN BRETON.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, ss. B.02.016, B.02.020 (as am. by SOR/93-145, s. 10; 2000-51, s. 1).  
*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2 “trade-mark”, 10, 11.12 (as enacted by S.C. 1994, c. 47, s. 192), 12(1) (as am. by S.C. 1990, c. 20, s. 81; 1993, c. 15, s. 59(F); 1994, c. 47, s. 193; 2007, c. 25, s. 14).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Thomas J. Lipton, Ltd. v. Salada Foods Ltd.*, [1980] 1 F.C. 740, (1979), 45 C.P.R. (2d) 157 (T.D.); *Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413, 130 N.R. 223 (F.C.A.).

##### CONSIDERED:

*Bank of Montreal v. Merrill Lynch & Co. Inc.* (1997), 84 C.P.R. (3d) 262 (T.M.O.B.).

distillé en Écosse. Contrairement à la Commission, la Cour fédérale a conclu que le mot « glen » était devenu reconnu au Canada comme désignant le whisky écossais, de sorte qu’il s’agissait d’une marque interdite.

*Arrêt* : l’appel doit être accueilli.

La Cour fédérale a commis une erreur de droit en ne se demandant pas si le mot « glen » constituait une marque au sens de l’article 10 de la Loi. Même si le mot « glen » n’a jamais été utilisé comme marque de commerce au Canada, il a été employé comme préfixe pour bon nombre de marques de commerce associées à du whisky écossais et pour d’autres produits et services. Une marque n’est pas nécessairement une marque de commerce, et les marques de commerce, en principe, ne devraient pas être disséquées ni être analysées syllabe par syllabe. Il serait donc injustifié de fractionner la marque GLEN BRETON. En considérant le mot « glen » comme une marque en soi, on lui accorderait une protection commerciale injustifiée. Si un mot interdit est employé en combinaison avec un élément distinctif sans aller jusqu’à dominer ce dernier, la marque de commerce sera quand même enregistrable. Il n’a pas été démontré que le mot « glen » constitue une marque au sens de l’article 10 de la Loi et on ne peut l’interdire. À titre subsidiaire, même si le mot « glen » était une marque interdite, il ne dominerait pas la marque GLEN BRETON.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2 « marque de commerce », 10, 11.12 (édicte par L.C. 1994, ch. 47, art. 192), 12(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 20, art. 81; 1993, ch. 15, art. 59(F); 1994, ch. 47, art. 193; 2007, ch. 25, art. 14).  
*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. B.02.016, B.02.020 (mod. par DORS/93-145, art. 10; 2000-51, art. 1).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Thomas J. Lipton, Ltd. c. Salada Foods Ltd.*, [1980] 1 C.F. 740 (1<sup>re</sup> inst.); *Park Avenue Furniture Corp. c. Wickes/Simmons Bedding Ltd.*, [1991] A.C.F. n° 546 (C.A.) (QL).

##### DÉCISION EXAMINÉE :

*Bank of Montreal v. Merrill Lynch & Co. Inc.* (1997), 84 C.P.R. (3d) 262 (C.O.M.C.).

## REFERRED TO:

*Christian Dior, S.A. v. Dion Neckwear Ltd.*, 2002 FCA 29, [2002] 3 F.C. 405, 216 D.L.R. (4th) 451, 20 C.P.R. (4th) 336; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *John Labatt Ltd. v. Molson Companies Ltd.* (1983), 2 C.P.R. (3d) 150 (T.M.O.B.); *Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. Empresa Cubana Del Tabaco* (1975), 23 C.P.R. (2d) 274 (T.M.O.B.).

## AUTHORS CITED

Fox, Harold G. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1972.  
Gill, Kelly and R. Scott Jolliffe. *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, 4th ed. loose-leaf. Toronto: Carswell, 2002.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2008 FC 425, 292 D.L.R. (4th) 567, 65 C.P.R. (4th) 441, 327 F.T.R. 32) allowing the respondent's appeal from a decision of the Trade-marks Opposition Board ([2007] T.M.O.B. No. 4 (QL)). Appeal allowed.

## APPEARANCES

*David A. Copp* for appellant.  
*Rose-Marie Perry, Q.C.* and *Todd J. Burke* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*David Copp*, Halifax, for appellant.  
*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for respondent.

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

[1] SEXTON J.A.: This is an appeal from a decision of Justice Harrington [2008 FC 425], allowing the Scotch Whisky Association's (the Association) appeal from a decision of the Trade-marks Opposition Board [*Scotch Whisky Assn. v. Glenora Distillers International Ltd.*, [2007] T.M.O.B. No. 4 (QL)]. He held that the appellant, Glenora Distillers International Ltd. (Glenora), was not entitled to register the trade-mark GLEN BRETON, for use in association with a single malt whisky, as it was a mark prohibited by section 10 of the *Trade-marks Act*

## DÉCISIONS CITÉES :

*Christian Dior, S.A. c. Dion Neckwear Ltd.*, 2002 CAF 29, [2002] 3 C.F. 405; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *John Labatt Ltd. v. Molson Companies Ltd.* (1983), 2 C.P.R. (3d) 150 (C.O.M.C.); *Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. Empresa Cubana Del Tabaco* (1975), 23 C.P.R. (2d) 274 (C.O.M.C.).

## DOCTRINE CITÉE

Fox, Harold G. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3<sup>e</sup> éd. Toronto : Carswell, 1972.  
Gill, Kelly et R. Scott Jolliffe. *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, 4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles). Toronto : Carswell, 2002.

APPEL de la décision (2008 CF 425) par laquelle la Cour fédérale a fait droit à l'appel interjeté par l'intimée d'une décision de la Commission des oppositions des marques de commerce ([2007] C.O.M.C. n° 4 (QL)). Appel accueilli.

## ONT COMPARU

*David A. Copp* pour l'appelante.  
*Rose-Marie Perry, c.r.* et *Todd J. Burke* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*David Copp*, Halifax, pour l'appelante.  
*Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L.*, Ottawa, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE SEXTON, J.C.A. : La Cour statue sur l'appel d'une décision [2008 CF 425] par laquelle le juge Harrington a fait droit à l'appel interjeté par la Scotch Whisky Association (l'Association) d'une décision de la Commission des oppositions des marques de commerce [*Scotch Whisky Assoc. c. Glenora Distillers International Ltd.*, [2007] C.O.M.C. n° 4 (QL)]. Le juge a estimé que l'appelante, Glenora Distillers International Ltd. (Glenora), n'avait pas le droit de faire enregistrer la marque de commerce GLEN BRETON, en



[R.S.C., 1985, c. T-13]. For the reasons that follow, I am of the opinion that the decision of Justice Harrington should be set aside, and Glenora should be entitled to register its proposed trade-mark.

## RELEVANT LEGISLATIVE PROVISIONS

[2] Subsection 12(1) [as am. by S.C. 1990, c. 20, s. 81; 1993, c. 15, s. 59(F); 1994, c. 47, s. 193; 2007, c. 25, s. 14] of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, sets out the circumstances in which a trade-mark is not registrable:

**12.** (1) Subject to section 13, a trade-mark is registrable if it is not

(a) a word that is primarily merely the name or the surname of an individual who is living or has died within the preceding thirty years;

(b) whether depicted, written or sounded, either clearly descriptive or deceptively misdescriptive in the English or French language of the character or quality of the wares or services in association with which it is used or proposed to be used or of the conditions of or the persons employed in their production or of their place of origin;

(c) the name in any language of any of the wares or services in connection with which it is used or proposed to be used;

(d) confusing with a registered trade-mark;

(e) a mark of which the adoption is prohibited by section 9 or 10;

(f) a denomination the adoption of which is prohibited by section 10.1;

(g) in whole or in part a protected geographical indication, where the trade-mark is to be registered in association with a wine not originating in a territory indicated by the geographical indication;

vue de l'employer en liaison avec du whisky de *single malt*, étant donné qu'il s'agissait d'une marque interdite par l'article 10 de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), ch. T-13]. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la décision du juge Harrington devrait être annulée et que Glenora devrait être autorisée à enregistrer sa marque de commerce projetée.

## DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

[2] Le paragraphe 12(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 20, art. 81; 1993, ch. 15, art. 59(F); 1994, ch. 47, art. 193; 2007, ch. 25, art. 14] de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, expose les circonstances dans lesquelles une marque de commerce n'est pas enregistrable :

**12.** (1) Sous réserve de l'article 13, une marque de commerce est enregistrable sauf dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) elle est constituée d'un mot n'étant principalement que le nom ou le nom de famille d'un particulier vivant ou qui est décédé dans les trente années précédentes;

b) qu'elle soit sous forme graphique, écrite ou sonore, elle donne une description claire ou donne une description fausse et trompeuse, en langue française ou anglaise, de la nature ou de la qualité des marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée, ou à l'égard desquels on projette de l'employer, ou des conditions de leur production, ou des personnes qui les produisent, ou du lieu d'origine de ces marchandises ou services;

c) elle est constituée du nom, dans une langue, de l'une des marchandises ou de l'un des services à l'égard desquels elle est employée, ou à l'égard desquels on projette de l'employer;

d) elle crée de la confusion avec une marque de commerce déposée;

e) elle est une marque dont l'article 9 ou 10 interdit l'adoption;

f) elle est une dénomination dont l'article 10.1 interdit l'adoption;

g) elle est constituée, en tout ou en partie, d'une indication géographique protégée et elle doit être enregistrée en liaison avec un vin dont le lieu d'origine ne se trouve pas sur le territoire visé par l'indication;

(h) in whole or in part a protected geographical indication, where the trade-mark is to be registered in association with a spirit not originating in a territory indicated by the geographical indication; and

(i) subject to subsection 3(3) and paragraph 3(4)(a) of the *Olympic and Paralympic Marks Act*, a mark the adoption of which is prohibited by subsection 3(1) of that Act.

[3] Paragraph 12(1)(e) states, in part, that a trade-mark is not registrable if it is a prohibited mark within the meaning of section 10 of the Act, which reads:

**10.** Where any mark has by ordinary and *bona fide* commercial usage become recognized in Canada as designating the kind, quality, quantity, destination, value, place of origin or date of production of any wares or services, no person shall adopt it as a trade-mark in association with such wares or services or others of the same general class or use it in a way likely to mislead, nor shall any person so adopt or so use any mark so nearly resembling that mark as to be likely to be mistaken therefor.

## FACTS

[4] Glenora is a distiller located in Cape Breton, Nova Scotia. In 1990, it began distilling a single malt whisky, claiming to use the traditional Scottish method. It claims that its product has the taste, character, and aroma of a Scotch whisky. However, Glenora is not permitted to call its whisky “Scotch”. “Scotch whisky” is a protected geographical designation pursuant to section 11.12 [as enacted by S.C. 1994, c. 47, s. 192] of the *Trade-marks Act*, and may only be used in association with whiskies produced in Scotland.

[5] Section B.02.016 of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, also states that in order to be labelled “Scotch” or “Scotch whisky”, a product must have been distilled in Scotland, in accordance with the laws of the United Kingdom. Ironically, Glenora is also not entitled to call its product “Canadian whisky”, as it does not have the taste, character, and aroma associated with Canadian whisky, as required by section B.02.020

h) elle est constituée, en tout ou en partie, d’une indication géographique protégée et elle doit être enregistrée en liaison avec un spiritueux dont le lieu d’origine ne se trouve pas sur le territoire visé par l’indication;

i) elle est une marque dont l’adoption est interdite par le paragraphe 3(1) de la *Loi sur les marques olympiques et paralympiques*, sous réserve du paragraphe 3(3) et de l’alinéa 3(4)a) de cette loi.

[3] L’alinéa 12(1)e) prévoit notamment qu’une marque de commerce n’est pas enregistrable si elle est une marque interdite au sens de l’article 10, qui dispose :

**10.** Si une marque, en raison d’une pratique commerciale ordinaire et authentique, devient reconnue au Canada comme désignant le genre, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, le lieu d’origine ou la date de production de marchandises ou services, nul ne peut l’adopter comme marque de commerce en liaison avec ces marchandises ou services ou autres de la même catégorie générale, ou l’employer d’une manière susceptible d’induire en erreur, et nul ne peut ainsi adopter ou employer une marque dont la ressemblance avec la marque en question est telle qu’on pourrait vraisemblablement les confondre.

## FAITS

[4] Glenora est une entreprise de distillation située au cap Breton (Nouvelle-Écosse). En 1990, elle a commencé à distiller un whisky de *single malt*, en affirmant employer la méthode écossaise traditionnelle. Elle affirme que son produit a l’arôme, le goût et les caractéristiques d’un whisky écossais. Glenora n’est toutefois pas autorisée à qualifier son whisky de « scotch » ou de « whisky écossais ». Le « whisky écossais » est une indication géographique protégée, au sens de l’article 11.12 [édicte par L.C. 1994, ch. 47, art. 192] de la *Loi sur les marques de commerce* et il ne peut être employé qu’en liaison avec des whiskys produits en Écosse.

[5] L’article B.02.016 du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, précise par ailleurs que le « whisky écossais » doit être du whisky qui a été distillé en Écosse, conformément aux lois du Royaume-Uni. Ironiquement, Glenora n’a pas non plus le droit de qualifier son produit de « whisky canadien », parce qu’il ne possède pas l’arôme, le goût et les caractéristiques attribués au whisky canadien, comme l’exige l’article

[as am. by SOR/93-145, s. 10; 2000-51, s. 1] of the same Regulations.

[6] Thus, Glenora's product is called simply "single malt whisky". Nevertheless, its marketing has capitalized greatly on the similarities between its whisky and Scotch whiskies, and Glenora states that it considers its product to be in direct competition with single malts distilled in Scotland. I believe it is fair to say that Glenora has marketed its product as being like a single malt Scotch in everything but name.

[7] Glenora applied to register GLEN BRETON as a trade-mark for use in association with its whisky in 2000. That application was opposed by the Association. The Association takes exception to Glenora using a mark prefixed with the word "glen" for its whisky. It claims that the use of "glen"-prefixed marks in association with several well-known single malt Scotches, including Glenlivet, Glenmorangie and Glenfiddich, has resulted in an association between the word "glen" and whiskies distilled in Scotland. The grounds of opposition relevant to this appeal are premised on this alleged association.

[8] The Trade-marks Opposition Board rejected the Association's objection. Although there was evidence of "glen"-prefixed marks used by Scotch whisky distillers, the Board found that this use was not widespread enough to have instructed Canadian consumers to associate the word "glen" with Scotch whiskies. Accordingly, it found that "glen" had not become recognized through "ordinary and *bona fide* commercial use" as designating the geographic origin of whisky, and was not a prohibited mark pursuant to section 10 of the *Trade-marks Act*.

B.02.020 [mod. par DORS/93-145, art. 10; 2000-51, art. 1] du même Règlement.

[6] Le produit de Glenora est donc tout simplement désigné sous l'appellation de « whisky de *single malt* ». Néanmoins, pour sa commercialisation, Glenora a beaucoup capitalisé sur les similitudes qui existent entre son whisky et les whiskys écossais, et elle affirme qu'elle considère que son produit fait directement concurrence aux *single malts* qui sont distillés en Écosse. Je crois qu'on peut légitimement dire que Glenora a commercialisé son produit en tablant sur ses ressemblances avec un whisky écossais de *single malt*, à part le nom.

[7] Glenora a présenté en l'an 2000 une demande en vue de faire enregistrer GLEN BRETON comme marque de commerce en vue de l'employer en liaison avec son whisky. L'Association s'est opposée à cette demande. Elle s'oppose à ce que Glenora emploie pour désigner son whisky une marque comportant le mot « glen » comme préfixe. Elle affirme que l'emploi de marques comportant le préfixe « glen » en liaison avec divers whiskys écossais de *single malt* bien connus, dont Glenlivet, Glenmorangie et Glenfiddich, a entraîné une association entre le mot « glen » et les whiskys distillés en Écosse. Les motifs d'opposition qui nous intéressent dans le présent appel reposent tous sur cette association prétendue.

[8] La Commission des oppositions des marques de commerce a rejeté l'objection formulée par l'Association. Malgré le fait que, suivant la preuve, les distillateurs de whisky écossais employaient des marques comportant le mot « glen » comme préfixe, la Commission a conclu que cet usage n'était pas suffisamment répandu pour amener les consommateurs canadiens à associer le mot « glen » aux whiskys écossais. La Commission a par conséquent conclu que le mot « glen » n'était pas, du fait « d'une pratique commerciale ordinaire et authentique », devenu reconnu au Canada comme désignant le lieu d'origine du whisky, de sorte qu'il ne s'agissait pas d'une marque interdite au sens de l'article 10 de la *Loi sur les marques de commerce*.

## DECISION BELOW

[9] The Association applied to the Federal Court for judicial review of the Board's decision, filing significant new evidence on the issue of confusion in the marketplace. Justice Harrington found that the new evidence was sufficiently material that it would have affected the Board's decision, and that he was therefore entitled to review that decision on a standard of correctness (*Christian Dior, S.A. v. Dion Neckwear Ltd.*, 2002 FCA 29, [2002] 3 F.C. 405, at paragraph 8).

[10] Unlike the Board, Justice Harrington was of the opinion that there was a more extensive reputation associated with "glen"-prefixed Scotch whisky brands. He stated (2008 FC 425, at paragraphs 18–19):

The record shows that in 2000 some 896,607 cases of Scotch whisky were imported into Canada. This works out to some ten million six hundred twenty five thousand three hundred and seventy-six (10,625,376) 75cl bottles. The malt whisky portion thereof came to 132,000 cases, *i.e.* some 1,584,000 bottles, representing approximately 15% of Scotch whisky sales.

The "Glen" single malts came to 933,000 bottles or close to 59% of the single malts.

[11] He also considered that a "glen"-prefixed mark had not been used in Canada in recent memory in association with a whisky that was not a Scotch whisky.

[12] Perhaps more importantly, Justice Harrington found that there was actual confusion in the marketplace, and that some consumers were not aware that Glenora's product was not a Scotch distilled in Scotland. In reaching this conclusion, he had particular regard to evidence that Glenora's whisky had been listed on several bar and restaurant lists under the heading "Scotch", albeit occasionally with some sort of note attempting to clarify that it was Canadian. There was also evidence before him that similar mistakes had been made by a few independent critics and reviewers.

## DÉCISION DE PREMIÈRE INSTANCE

[9] L'Association a saisi la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission. Elle a soumis un grand nombre de nouveaux éléments de preuve sur la question de la confusion sur le marché. Le juge Harrington a estimé que les nouveaux éléments de preuve étaient suffisamment importants pour avoir une incidence sur la décision de la Commission. Il a ajouté qu'il avait donc le droit de contrôler cette décision en appliquant la norme de la décision correcte (*Christian Dior, S.A. c. Dion Neckwear Ltd.*, 2002 CAF 29, [2002] 3 C.F. 405, au paragraphe 8).

[10] À la différence de la Commission, le juge Harrington s'est dit d'avis que les marques à préfixe « glen » employées en liaison avec le whisky écossais bénéficiaient d'une réputation plus vaste. Voici les propos qu'il a tenus (2008 CF 425, aux paragraphes 18 et 19) :

Selon le dossier, en l'an 2000, quelque 896 607 caisses de whisky écossais ont été importées au Canada. Cela donne environ dix millions six cent vingt-cinq mille trois cent soixante-seize (10 625 376) bouteilles de 75 cl. La partie « whisky de malt » de cette quantité équivalait à 132 000 caisses, soit 1 584 000 bouteilles, ce qui représente environ 15 % des ventes de whisky écossais.

Les *single malts* de type « *Glen* » équivalaient à 933 000 bouteilles, soit près de 59 % des *single malts*.

[11] Il a également tenu compte du fait qu'aucune marque à préfixe « glen » n'avait, de mémoire récente, été employée au Canada en liaison avec un whisky qui n'était pas un whisky écossais.

[12] Mais fait peut-être encore plus important, le juge Harrington a conclu que de la confusion avait effectivement été créée sur le marché et que certains consommateurs n'étaient pas conscients du fait que le produit de Glenora n'était pas du scotch distillé en Écosse. Pour en arriver à cette conclusion, le juge Harrington a tenu compte en particulier des éléments de preuve suivants : lesquels le whisky de Glenora figurait dans la catégorie des scotchs sur un certain nombre de cartes des consommations de bars et de restaurants, bien qu'à l'occasion avec une note censée indiquer qu'il s'agissait d'un whis-

[13] Justice Harrington did not accept the argument that any confusion was due to the fact that Glen Breton has many of the characteristics of a Scotch (flavour, aroma, and so forth), and found on a balance of probabilities that the confusion was due to the use of a “glen”-prefixed mark. He concluded that the word “glen” had, by ordinary and *bona fide* commercial use, become recognized in Canada as designating Scotch whisky, and was thus a prohibited mark pursuant to section 10 of the Act. He therefore allowed the application, and directed the Registrar of Trade-marks to refuse Glenora’s application to register GLEN BRETON.

[14] Glenora now appeals to this Court.

#### STANDARD OF REVIEW

[15] The first role of this Court in reviewing the Federal Court’s decision is to ensure that Justice Harrington selected and applied the appropriate standard of review to the decision of the Trade-marks Opposition Board. I agree that Justice Harrington was entitled to review the Board’s decision on a standard of correctness, given the quantity of new evidence before him, and his conclusion that the new evidence would have affected the Board’s decision.

[16] As Justice Harrington was entitled to apply the standard of correctness, this Court may only interfere with his decision if he made a palpable and overriding error in resolving a question of fact, or made an error of law in his analysis (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

ky canadien. Suivant la preuve qui lui avait été soumise, certains critiques et chroniqueurs indépendants avaient commis la même erreur.

[13] Le juge Harrington n’a pas accepté l’argument que la confusion était attribuable au fait que le Glen Breton possédait bon nombre des caractéristiques d’un scotch (goût, arôme, et ainsi de suite) et il a conclu, selon la prépondérance de la preuve, que cette confusion était imputable au préfixe « glen ». Il a conclu que le mot « glen » était, en raison d’une pratique commerciale ordinaire et authentique, devenu reconnu au Canada comme désignant le whisky écossais, de sorte qu’il s’agissait d’une marque interdite au sens de l’article 10 de la Loi. Il a donc fait droit à la demande et a ordonné au registraire des marques de commerce de refuser la demande présentée par Glenora en vue de faire enregistrer sa marque GLEN BRETON.

[14] La Cour est saisie de l’appel interjeté par Glenora de cette décision.

#### NORME DE CONTRÔLE

[15] Le premier rôle de la Cour, dans le cadre de la présente demande de contrôle de la décision de la Cour fédérale, est de s’assurer que le juge Harrington a appliqué la norme de contrôle appropriée à la décision de la Commission des oppositions des marques de commerce. Je suis d’accord pour dire que le juge Harrington avait le droit de contrôler la décision de la Commission en fonction de la norme de la décision correcte, compte tenu de la quantité de nouveaux éléments de preuve qui lui avaient été soumis, et de sa conclusion que les nouveaux éléments de preuve en question auraient eu une incidence sur la décision de la Commission.

[16] Comme le juge Harrington avait le droit d’appliquer la norme de la décision correcte, la Cour ne peut modifier sa décision que s’il a commis une erreur manifeste et dominante en tranchant une question de fait ou si son analyse était entachée d’une erreur de droit (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

## ANALYSIS

[17] I am of the view that Justice Harrington made an error of law by failing to consider whether the word “glen”, having only previously been used as part of various registered trade-marks, is in fact a “mark” within the meaning of section 10 of the *Trade-marks Act*. Counsel advised this Court at the oral hearing that this argument was put before the Federal Court, but it is not addressed in the reasons.

[18] In its memorandum of fact and law, the Association suggests that Justice Harrington held, at paragraph 16 of his reasons, that “glen”, as a mark, has become recognized as designating Scotch whisky in Canada. However, he did not address specifically the argument that “glen”, being only a segment of the mark GLEN BRETON, and only a segment of any registered trade-mark (e.g. GLENFIDDICH) was not in itself a mark. He stated only that [at paragraph 16]:

I am, therefore, satisfied that Glen Breton is not registrable under section 12(1)(e) of the Act because its adoption is prohibited by section 10 as no person shall adopt a mark as a trade-mark if it has by “ordinary and *bona fide* commercial usage become recognized in Canada as designating the — place of origin — of any wares — of the same general class”.

[19] There was no express finding that “glen” was a mark, and no evidence has been shown to us that would justify such a finding.

[20] The word “glen”, standing alone, has never been used as a trade-mark in Canada, for any product. However, it has been used as a prefix for many trade-marks associated with Scotch whisky, most famously GLENFIDDICH, GLENMORANGIE and GLENLIVET. Trade-marks incorporating the word “glen” have also been registered for many products and services completely outside the liquor and beverage trade (for example, GLENCOE for plows and GLEN ABBEY for real estate development services).

## ANALYSE

[17] Je suis d’avis que le juge Harrington a commis une erreur de droit en ne se demandant pas si le mot « glen », qui avait déjà été employé pour diverses marques de commerce enregistrées, constituait effectivement une « marque » au sens de l’article 10 de la *Loi sur les marques de commerce*. Les avocats ont fait savoir à la Cour, à l’audience, que cet argument avait été plaidé devant la Cour fédérale, mais que celle-ci n’en faisait pas état dans ses motifs.

[18] Dans son mémoire des faits et du droit, l’Association signale qu’au paragraphe 16 de ses motifs, le juge Harrington déclare que la marque « glen » est devenue reconnue comme désignant du whisky de l’Écosse au Canada. Il n’a pas toutefois abordé expressément l’argument que le mot « glen », qui ne constituait qu’un élément de la marque GLEN BRETON, et, partant, un élément de toute marque déposée (par ex. GLENFIDDICH), ne constituait pas en soi une marque. Il s’est contenté de dire [au paragraphe 16] :

Je suis donc persuadé que Glen Breton n’est pas enregistrable en vertu de l’alinéa 12(1)e) de la Loi parce que l’article 10 en interdit l’adoption étant donné que nul ne peut adopter une marque comme marque de commerce si cette marque « en raison d’une pratique commerciale ordinaire et authentique, devient reconnue au Canada comme désignant le [...] le lieu d’origine [...] de marchandises [...] de la même catégorie générale ».

[19] Le juge n’a pas expressément conclu que le mot « glen » était une marque et on n’a porté à notre connaissance aucun élément de preuve qui nous justifierait de tirer une telle conclusion.

[20] Le mot « glen », employé seul, n’a jamais été utilisé comme marque de commerce au Canada, pour quelque produit que ce soit. Il a cependant été utilisé comme préfixe pour bon nombre de marques de commerce associées à du whisky écossais, dont quelques-unes des plus réputées sont les marques GLENFIDDICH, GLENMORANGE et GLENLIVET. Des marques de commerce incorporant le mot « glen » ont également été enregistrées pour de nombreux produits et services qui n’ont rien à voir avec le commerce des alcools et des boissons (ainsi, la marque GLENCOE, employée

[21] “Mark”, as it appears in section 10, is not defined by the Act. A “trade-mark” is defined in section 2, in part, as “a mark that is used by a person for the purpose of distinguishing or so as to distinguish wares or services manufactured, sold, lease, hired or performed by him from those manufactured, sold, leased, hired or performed by others”. The respondent argues that the term “mark” is clearly broader than the term “trade-mark”, and suggests that the word “glen”, which forms part of many registered trade-marks, can be considered on its own as a “mark” for the purposes of section 10.

[22] I agree with the first part of this argument, that a mark is not necessarily a trade-mark. Fox on Trade-marks [*Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*] makes clear that a mark that is used for purely decorative or warehouse purposes will not be considered a trademark unless it has actually come to distinguish the trader of the goods (4th ed. loose-leaf. Toronto: Carswell, 2002, at pages 3-14 to 3-16). For instance, a sticker affixed to a ware to indicate to warehouse employees the date of manufacture would most likely not fall within the definition of a “trade-mark”. Likewise, a certification mark (a mark used to indicate that goods meet a defined standard, such as being “organic”), which may be used by many different traders, is a “mark” but not a “trade-mark”, as it is not unique to any particular trader.

[23] However, this Court has not been referred to any authority for the proposition that a segment of a trade-mark can stand alone as a mark. In my view, this would run counter to numerous authorities, albeit outside the context of section 10, stating that trade-marks should

pour des charrues, et la marque GLEN ABBEY, employée en liaison avec des services d’aménagement immobilier).

[21] La Loi ne définit pas le terme « marque » qui figure à l’article 10. L’article 2 définit en partie l’expression « marque de commerce » comme suit : « marque employée par une personne pour distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés, par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d’autres ». L’intimée soutient que le mot « marque » est de toute évidence plus large que l’expression « marque de commerce » et elle avance l’idée que le mot « glen », qui fait partie de bon nombre de marques de commerce enregistrées, peut être considéré en soi comme une « marque » pour l’application de l’article 10.

[22] Je retiens la première partie de cet argument, suivant lequel une marque n’est pas nécessairement une marque de commerce. Dans l’ouvrage Fox on Trade-marks [*Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*], on précise bien qu’une marque qui est employée à des fins purement décoratives ou qui n’est employée que dans un entrepôt ne sera considérée comme une marque de commerce que si elle sert effectivement à distinguer le commerçant des marchandises (4<sup>e</sup> éd., feuilles mobiles. Toronto : Carswell, 2002, aux pages 3-14 à 3-16). Par exemple, l’étiquette fixée à une marchandise pour indiquer aux employés d’un entrepôt la date de fabrication ne répondrait probablement pas à la définition de « marque de commerce ». De même, une marque de certification (une marque servant à indiquer que les marchandises répondent à une norme déterminée, en étant par exemple un produit « biologique »), qui peut être employée par de nombreux commerçants différents, est une « marque », mais pas une « marque de commerce », parce qu’elle n’est pas unique à un commerçant déterminé.

[23] On n’a cependant cité à la Cour aucun précédent à l’appui de la proposition qu’un élément d’une marque de commerce peut constituer à lui seul une marque. À mon avis, une telle proposition irait à l’encontre de nombreux précédents — qui débordent néanmoins le cadre de

generally not be dissected and analysed syllable by syllable.

[24] Two such authorities are *Thomas J. Lipton, Ltd. v. Salada Foods Ltd.*, [1980] 1 F.C. 740 (T.D.) and *Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (F.C.A.). In *Lipton*, the applicant sought to register LIPTON CUP.A.TEA to be used in association with tea, disclaiming the word “tea”, but not “cup”. The opponent argued that the CUP.A.TEA was not registrable as it was clearly descriptive of Lipton’s product (as contemplated in paragraph 12(1)(b) of the Act), and therefore additionally could not be distinctive. Justice Addy cited Dr. Fox for the proposition that “It is clear that, when assessing a trade mark to determine whether it is distinctive, the mark must be looked at as a whole. It is not proper to dissect it” (at page 746).

[25] In the *Park Avenue* case, the applicant sought to register POSTURE-BEAUTY for beds, mattresses, and other furniture. The opponent claimed that the mark would be confusing with several of its already registered marks (including BEAUTYREST and BEAUTY-SLEEP), and was therefore not registrable pursuant to paragraph 12(1)(d) of the Act. Writing for this Court, Justice Desjardins held that the marks were to be considered in their entirety to discern the likelihood of confusion. She found that by improperly segmenting the mark, the Trial Judge had given the opponent very strong trade protection for the word “beauty”, which Justice Desjardins described as “a common English word” and a “weak mark” (at pages 426–427). She cited the following passage from Fox on Trade-marks [*The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1972] (at page 426):

In applying these tests the first principle to be invoked is that the marks are to be looked at as totalities and not as dissected items. The idea of each mark, that is, the net impression left by the mark as a whole upon the mind is to be considered. It is the mark taken in its entirety that is to be examined and a decision then arrived at whether such mark is likely to cause

l’article 10 — qui affirment qu’en principe, on ne doit pas disséquer les marques de commerce, ni les analyser syllabe par syllabe.

[24] Parmi ces précédents, citons la décision *Thomas J. Lipton Ltd. c. Salada Foods Ltd.*, [1980] 1 C.F. 740 (1<sup>re</sup> inst.), et l’arrêt *Park Avenue Furniture Corp. c. Wickes/Simmons Bedding Ltd.*, [1991] A.C.F. n° 546 (C.A.) (QL). Dans l’affaire *Lipton*, la demanderesse cherchait à faire enregistrer la marque LIPTON CUP.A.TEA en liaison avec du thé; elle avait renoncé à revendiquer le mot « *tea* » mais pas le mot « *cup* ». L’opposante soutenait que la marque CUP.A.TEA n’était pas enregistrable parce qu’elle donnait une description claire du produit de Lipton (au sens de l’alinéa 12(1)b) de la Loi) et qu’en outre, elle ne pouvait donc pas être distinctive. Le juge Addy a cité Fox à l’appui de la proposition suivant laquelle « [i] est clair que pour déterminer si une marque de commerce est distinctive, il faut considérer celle-ci dans son ensemble. Il ne convient pas de la disséquer » (à la page 746).

[25] Dans l’affaire *Park Avenue*, la demanderesse sollicitait l’enregistrement de la marque POSTURE-BEAUTY pour des meubles, et notamment pour des lits et des matelas. L’opposante affirmait que la marque créerait de la confusion avec plusieurs de ses marques déjà enregistrées (dont BEAUTYREST et BEAUTY-SLEEP), et qu’elle n’était donc pas enregistrable au sens de l’alinéa 12(1)d) de la Loi. Sous la plume de la juge Desjardins, la Cour a expliqué que, pour apprécier la probabilité de confusion, il fallait examiner les marques dans leur ensemble. Elle a conclu qu’en fragmentant de façon injustifiée la marque, le juge de première instance avait accordé à l’opposante une très forte protection au mot « *beauty* », un mot que la juge Desjardins a qualifié de « mot courant en anglais » et de « marque faible » (aux pages 426 et 427). Elle a cité l’extrait suivant de Fox on Trade-marks [*The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3<sup>e</sup> éd. Toronto : Carswell, 1972] (à la page 426) :

[TRADUCTION] Pour appliquer ces critères, le premier principe à invoquer est celui selon lequel les marques doivent être examinées dans leur ensemble et non en tant qu’éléments distincts. Il faut analyser l’idée qu’évoque chaque marque, c’est-à-dire l’impression nette qu’elle laisse globalement dans l’esprit. C’est la marque en son entier qu’il faut examiner



confusion with one already registered ... The true test is whether the totality of the mark proposed to be registered is such that it is likely to cause mistake or deception or confusion in the minds of persons accustomed to the existing trade mark. It is the combination of the marks as a whole that is to be regarded and the effect or idea of the whole that is to be compared.

[26] While neither of these cases deal directly with section 10 of the Act, in my view, the same essential logic applies, and it would be improper for this Court to segment the previously registered marks, or the appellant's mark GLEN BRETON, as the respondent suggests. First, these authorities disclose a broader pattern of the courts refusing to dissect trade-marks as part of a registrability analysis, which is itself persuasive. Further, the reasoning of *Park Avenue* is compelling. The word "glen", being a common word and forming part of numerous registered trade-marks, is at best a weakly distinctive component of those trade-marks. However, by segmenting those trade-marks to consider "glen" as a mark on its own, this Court would be affording stronger trade protection to that word than is due.

[27] The Trade-marks Opposition Board has also held that the totality of a trade-mark must be considered in the section 10 analysis. Even where a particular word is prohibited, if the word is used in combination with a distinctive element such that the prohibited word does not dominate, the trade-mark will still be registrable. Citing *Lipton* for the non-dissection principle, the Board allowed the registration of MOLSON EXPORT, notwithstanding the argument that export was prohibited (*John Labatt Ltd. v. Molson Companies Ltd.* (1983), 2 C.P.R. (3d) 150 (T.M.O.B.)). On my reading, the Board in this case applied the same approach, when it stated that "[e]ven if GLEN had been established as a mark prohibited by Section 10, the applicant's mark GLEN BRETON does not so nearly resemble the word GLEN as to be likely to be mistaken for it" (at paragraph 28).

pour en arriver ensuite à une décision sur la question de savoir si cette marque est susceptible de créer de la confusion avec une marque déjà enregistrée [...] Le véritable critère est celui de savoir si l'ensemble de la marque dont on projette l'enregistrement risque de causer une erreur, de tromper ou de créer de la confusion dans l'esprit des personnes habituées à la marque de commerce existante. C'est la combinaison des marques dans leur ensemble qu'il faut examiner, et c'est leur effet ou idée générale qu'il faut comparer.

[26] Bien qu'aucun de ces précédents ne porte directement sur l'article 10 de la Loi, j'estime que la même logique essentielle s'applique et qu'il serait injustifié de la part de la Cour de fractionner les marques déjà enregistrées ou la marque GLEN BRETON de l'appelante, comme l'intimée nous y invite. En premier lieu, ces précédents révèlent une tendance lourde de la part des tribunaux, qui refusent de fragmenter les marques de commerce lorsqu'ils les analysent pour déterminer si elles sont enregistrables, ce qui, en soi, est convaincant. De plus, le raisonnement suivi dans l'arrêt *Park Avenue* est solide. Le mot « glen », qui est un mot courant qui fait partie d'un grand nombre de marques de commerce enregistrées, est, au mieux, une composante distinctive faible des marques de commerce en question. Cependant, en fragmentant ces marques de commerce pour considérer le mot « glen » comme une marque en soi, la Cour accorderait à ce mot une protection commerciale injustifiée.

[27] La Commission des oppositions des marques de commerce a également déclaré qu'il fallait tenir compte de l'ensemble de la marque de commerce lorsqu'on procède à une analyse fondée sur l'article 10. Même lorsqu'un mot déterminé est interdit, si ce mot est employé en combinaison avec un élément distinctif sans aller jusqu'à dominer ce dernier, la marque de commerce sera quand même enregistrable. Citant la décision *Lipton* à l'appui du principe interdisant la fragmentation, la Commission a autorisé l'enregistrement de la marque MOLSON EXPORT, en dépit de l'argument que le mot export était interdit (*John Labatt Ltd. v. Molson Companies Ltd.* (1983), 2 C.P.R. (3d) 150 (C.O.M.C.)). Si j'ai bien compris, dans le cas qui nous occupe, la Commission a appliqué le même raisonnement en déclarant que « [m]ême s'il avait été établi que GLEN est une marque interdite en raison de l'article 10, la marque de la demanderesse GLEN BRETON ne ressemble pas

[28] I therefore conclude that the word “glen” has not been shown to constitute a mark within the meaning of section 10 of the *Trade-marks Act*, and therefore cannot be prohibited. Alternatively, even if “glen” could be considered a mark and is prohibited, I find that it does not dominate GLEN BRETON as contemplated in *Molson*, when that trade-mark is considered as a whole.

[29] I also briefly note that this is a somewhat unusual case under section 10 of the Act. Fox on Trade-marks [*Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*] describes the purpose of this section as follows (at page 5-66.5):

This section is obviously designed...to prohibit the adoption of such marks as the hall mark for silver and such other well-known marks indicative of quality or origin.

[30] All of the section 10 cases to which we were referred concerned the prohibition of particular words or phrases (as opposed to designs or other symbols). In all of these authorities, the words in question have been inherently descriptive of the character or quality of the products being sold. For instance, in *Bank of Montreal v. Merrill Lynch & Co. Inc.* (1997), 84 C.P.R. (3d) 262, the Trade-marks Opposition Board held that CASH MANAGEMENT ACCOUNT was prohibited in association with financial services, as it was commonly understood as “designating a type of financial service through which one can consolidate and manage cash investments and credit through one account” (at page 275).

[31] Similarly, the Board held that HABANOS was a prohibited mark for tobacco products, as it resembled the marks HABANA and HAVANA commonly used by traders and understood, among other uses, as designating Cuban tobacco by reference to Cuba’s capital (*Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. Empresa Cubana Del Tabaco*

au mot GLEN au point d’être vraisemblablement confondue avec celui-ci » (au paragraphe 28).

[28] Je conclus donc qu’il n’a pas été démontré que le mot « glen » constitue une marque au sens de l’article 10 de la *Loi sur les marques de commerce* et j’estime donc qu’on ne peut l’interdire. À titre subsidiaire, même si le mot « glen » pouvait être considéré comme une marque et était, de ce fait, interdit, j’estime qu’il ne domine pas la marque GLEN BRETON au sens de la décision *Molson*, lorsqu’on examine la marque de commerce dans son ensemble.

[29] Je signale par ailleurs brièvement qu’il s’agit d’une situation quelque peu inusitée, s’agissant de l’article 10 de la Loi. Voici comment Fox explique l’objet de cet article dans son ouvrage Fox on Trade-marks [*Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*] (à la page 5-66.5) :

[TRADUCTION] Cet article vise de toute évidence [...] à empêcher l’adoption de marques comme les marques de contrôle apposées sur l’argent ou toute autre marque bien connue servant à indiquer la qualité ou l’origine du produit.

[30] Toutes les décisions relatives à l’article 10 qui nous ont été citées concernaient l’interdiction de mots ou d’expressions déterminées (par opposition à des dessins ou à d’autres symboles). Dans toutes ces affaires, les mots en question donnaient de façon inhérente une description de la nature ou de la qualité des produits qui étaient vendus. Ainsi, dans la décision *Bank of Montreal v. Merrill Lynch & Co. Inc.* (1997), 84 C.P.R. (3d) 262, la Commission des oppositions des marques de commerce a conclu que les mots CASH MANAGEMENT ACCOUNT étaient interdits en liaison avec des services financiers, car ils étaient couramment considérés comme [TRADUCTION] « désignant un type de services financiers grâce auxquels on peut consolider et gérer des placements de fonds liquides et du crédit par le truchement d’un seul compte » (à la page 275).

[31] Dans le même ordre d’idées, la Commission a estimé que la marque HABANOS était une marque interdite dans le cas des produits du tabac, parce qu’elle ressemblait aux marques HABANA et HAVANA, qui étaient couramment utilisées par les commerçants et qui étaient considérées comme évoquant notamment le

(1975), 23 C.P.R. (2d) 274 (T.M.O.B.)). In cases like these, section 10 prevents a single trader from having a monopoly over a mark that is common to the trade and well understood as designating a particular quality of wares or services.

[32] Naturally, it would be possible for a mark that is not inherently descriptive of any quality of a product, through ordinary and *bona fide* commercial usage, to become a designator mark. This is an unusual section 10 case, however, in that the respondent is essentially seeking to establish a monopoly over a word, which is not inherently descriptive, for a group of traders (namely, its members), when it is not clear that any of the Association's members incorporated the word into their trade-marks for the purpose of designating their whiskies as being from Scotland.

[33] Counsel for the Association insisted at the hearing that even if a "glen"-prefixed mark was prohibited by section 10, its members would be entitled to continue using their own "glen"-prefixed marks, since they distill Scotch whiskies. This is completely contrary to the plain wording of the provision, which states that "no person" shall adopt a prohibited mark as a trade-mark.

[34] In short, success in this appeal would jeopardize the trade-marks of many of the Association's members. In my view, this cannot be the correct result, and is not true to the spirit and purpose of section 10 of the Act. Accordingly, I would allow the appeal, and direct the Registrar to allow Glenora's application for the registration of GLEN BRETON.

[35] Finally, Justice Harrington also made a distinct finding that GLEN BRETON was not clearly descriptive or deceptively misdescriptive of the appellant's wares, within the meaning of paragraph 12(1)(b) of the Act.

tabac cubain en rapport avec la capitale de Cuba (*Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. Empresa Cubana Del Tabaco* (1975), 23 C.P.R. (2d) 274 (C.O.M.C.)). Dans ce cas, l'interdiction prévue à l'article 10 permet d'empêcher un commerçant de monopoliser à son profit une marque qui est communément employée dans un secteur d'activité déterminé et dont il est entendu qu'elle désigne des marchandises ou des services d'une certaine qualité.

[32] Évidemment, il serait possible pour une marque qui ne donne pas de façon inhérente une description d'une des qualités du produit, en raison d'une pratique commerciale ordinaire et authentique, de devenir une marque désignative. La présente affaire, qui concerne l'article 10, est toutefois inusitée, étant donné que l'intimée cherche essentiellement à revendiquer un monopole sur un mot qui n'est pas intrinsèquement descriptif pour un groupe de commerçants (en l'occurrence, ses membres) alors qu'on ne sait pas avec certitude si l'un quelconque des membres de l'Association a effectivement incorporé ce mot dans sa marque de commerce dans le but de faire savoir que son whisky est d'origine écossaise.

[33] L'avocat de l'Association a insisté à l'audience pour dire que, même si une marque comportant le mot « glen » comme préfixe était interdite par l'article 10, les membres de l'Association auraient le droit de continuer à utiliser leur propre marque à préfixe « glen » étant donné qu'ils distillent des whiskys écossais. Cette assertion contredit carrément le libellé de cette disposition, qui déclare clairement que « nul ne peut » adopter une marque interdite comme marque de commerce.

[34] En résumé, donner gain de cause à l'appelante dans le cadre du présent appel compromettrait le sort des marques de commerce de bon nombre des membres de l'Association. À mon sens, une telle solution ne se justifierait pas et elle ne serait pas fidèle à l'esprit et à l'objet de l'article 10 de la Loi. En conséquence, j'accueillerais l'appel et d'enjoindrais au registraire de faire droit à la demande présentée par Glenora en vue de faire enregistrer la marque GLEN BRETON.

[35] Enfin, le juge Harrington a également conclu dans les termes les plus nets que la marque GLEN BRETON ne donnait pas une description claire ou ne donnait pas une description fausse et trompeuse des marchandises

While the respondent argued this point again in its written submissions before this Court, it did not point to any particular error in the reasons, and it did not pursue the issue in oral argument. I do not see any error in Justice Harrington's conclusion on paragraph 12(1)(b) meriting this Court's intervention.

#### CONCLUSION

[36] For the foregoing reasons, I would allow this appeal with costs, here and below, and issue an order directing the Registrar to allow Glenora's application to register GLEN BRETON.

NADON J.A.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

de l'appelante au sens de l'alinéa 12(1)b) de la Loi. Bien qu'elle ait défendu cet argument une fois de plus dans les observations écrites qu'elle a soumises à la Cour, l'intimée n'a signalé aucune erreur précise dans les motifs du juge Harrington et elle n'a pas repris la question lors de la plaidoirie. Je ne décèle, dans la conclusion que le juge Harrington a tirée au sujet de l'alinéa 12(1)b), aucune erreur qui justifierait l'intervention de la Cour.

#### DISPOSITIF

[36] Pour les motifs que je viens d'exposer, j'accueillerai le présent appel avec dépens, tant en appel qu'en première instance, et je rendrais une ordonnance enjoignant au registraire de faire droit à la demande présentée par Glenora en vue de faire enregistrer sa marque GLEN BRETON.

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

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



# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

*\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

---

## ABORIGINAL PEOPLES

Appeal from Federal Court decision (2007 FC 1036) dismissing application for judicial review of decision by Minister of Indian and Northern Affairs Canada refusing financial assistance under Elementary/Secondary Education Program to student members of Micmac Nation of Gespeg (Band)—Under Program, Minister may contribute to funding of education services offered in band schools and federal schools for students listed on nominal roll as ordinarily resident on reserve—Band herein having no reserve, students therefore excluded for failing to meet residence criterion—Whether criterion of residence on reserve of no force or effect with regard to landless bands because criterion interfering with equality rights of landless bands as guaranteed by *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. 15—Exclusion of students not living on reserve, within meaning of Program not in violation of s. 15(1)—Allegation of discrimination may have merit, either on one of nine grounds enumerated at s. 15(1) or on analogous ground of discrimination—Appellants failed to demonstrate sufficiency of evidence in record to recognize [TRANSLATION] “characteristic of being a landless band” as new analogous ground—Appeal dismissed.

MICMAC NATION OF GESPEG V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS) (A-593-07, 2009 FCA 377, Trudel J.A., judgment dated December 22, 2009, 26 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### STATUS IN CANADA

#### *Persons in Need of Protection*

Judicial Review of Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board decision applicant neither Convention refugee nor person in need of protection—Applicant fleeing Haiti for United States in 1994, arriving in Canada in 2007—RPD finding applicant not discharging burden of showing well-founded fear of persecution pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 96—RPD also denying Act, s. 97 claim (person in need of protection) on basis risk of persecution generalized risk of becoming target of criminal activity faced by all Haitians—Pursuant to dominant interpretation of Act, s. 97, risk restricted to instances where applicant satisfying RPD of individual connection to risk—Thus, generalized risk could be experienced by subset of nation’s population, however membership in that category not sufficient to personalize risk—Risk must be particularized to personal circumstances of claimant—Membership in Haitian diaspora not sufficient to attract personal risk herein—Application dismissed.

MARCELIN GABRIEL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1816-09, 2009 FC 1170, Pinard J., judgment dated November 19, 2009, 12 pp.)

## FEDERAL COURT JURISDICTION

Parties seeking ruling on Court's jurisdiction— Respondent, Canadian Society of Immigration Consultants, non-governmental organization charged with regulating its members, who are recognized as “authorized representatives” under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227—Applicant, member of Society, currently under investigation for possible breaches of Society's Code of Discipline—Seeking various declarations pertaining to eligibility to run for office, validity of nomination, election procedures, other relief—Issue whether Society constituting federal board, commission or other tribunal within meaning of *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 and if so, whether activities in question having public aspect, connotation, or whether merely incidental to Society's status as corporation—Although regulation of profession in general falling upon provinces, if pith, substance of profession falling within federal field such as immigration, Parliament having regulatory jurisdiction to determine who may act as agent, represent people, have standing before federal bodies—While some decisions of Society not subject to judicial review, management of Society cannot be segregated from its sole object, i.e. regulation of immigration consultants—Federal Court thus having jurisdiction—Society purporting to exercise authority over applicant as member of Society—Applicant entitled to seek judicial review as directly affected within meaning of *Federal Courts Act*, s. 18.

ONUSCHAK V. CANADIAN SOCIETY OF IMMIGRATION CONSULTANTS (T-1425-09, 2009 FC 1135, Harrington J., order dated November 5, 2009, 20 pp.)

## FISHERIES

Judicial review of Minister of Fisheries and Oceans' decision rejecting applicant's appeal for reinstatement of certain fishing licences, vessel registrations—Upon written request of Mr. James Harnum (applicant's father), Department of Fisheries and Oceans (DFO) approving reissuance of certain licences, vessel registrations, known as “core enterprise”, to applicant—Meanwhile, Supreme Court of Newfoundland and Labrador rendering judgment in favour of Charles Green, finding that partnership existed between Green, James Harnum from 1987 to 1999, James Harnum accountable to Green for half the income, assets of partnership—Upon learning of reissuance of licences to applicant, which was done without notice to Green and in defiance of order directing James Harnum retain partnership assets, trial judge adding applicant as defendant to action in Supreme Court of Newfoundland and Labrador—In the meantime, DFO approving request to reissue core enterprise from applicant to Clyde Boland—Applicant arguing Minister erred by failing to follow certain policies set out in *Commercial Fisheries Licensing Policy for Eastern Canada*—Policies not having force of law, but existing as guide to implementation of legislation—Bar against reissuance of licenses more than once in 12 month period matter of policy, not law—Implementation of policy regarding fishing, other licences under Act lies in discretion of Minister, having regard to relevant circumstances, including outcome of judicial proceedings before Supreme Court of Newfoundland and Labrador—Minister's action herein reasonable—Applicant relying on Charter to argue he suffered discrimination, has been deprived of licences by unreasonable seizure—No unreasonable seizure as licenses not property, but grants of privilege wholly in discretion of Minister—Applicant attempting to challenge findings of Supreme Court of Newfoundland and Labrador in proceeding factually concerned with another matter, i.e. dismissal of appeal relating to non-issuance to him of core enterprise he formerly held—Application dismissed.

HARNUM V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-960-08, 2009 FC 1184, Heneghan J., judgment dated November 18, 2009, 21 pp.)

## INCOME TAX

### NON-RESIDENTS

Appeal from Federal Court judgment (2009 FC 434) requiring Minister of National Revenue to provide RCI Trust with written decision as to whether certain property of RCI Trust “treaty exempt property” based on Court's conclusion RCI Trust resident of Barbados—RCI Trust disposing of certain shares of taxable Canadian corporation, resulting in capital gain—Applying under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 116 for certificate relieving purchaser of shares from obligation under Act, s. 116(5) to withhold part of proceeds of disposition, remit withheld amount on behalf of RCI Trust to Receiver General—Act, s. 116(2) requiring RCI Trust either pay Minister specified percentage of capital gain as or on account of tax payable by RCI Trust under Part I of Act, or provide security acceptable to Minister—RCI doing neither of these things—Nothing in Act relieving person

**INCOME TAX—Concluded**

from obligation to make payment, provide security when applying for s. 116 certificate—However, Minister adopting policy of providing discretionary relief where non-resident claiming treaty exemption, providing specified documentation—Person seeking discretionary relief must satisfy Minister as to certain elements of claimed exemption—While Federal Court having jurisdiction to entertain judicial review of refusal by Minister to issue s. 116 certificate, Federal Court should not exercise that jurisdiction in situation where person seeking s. 116 certificate may have recourse to Tax Court of Canada by filing income tax return—Appeal allowed.

MORRIS v. M.N.R. (A-219-09, 2009 FCA 373, Sharlow J.A., judgment dated December 17, 2009, 7 pp.)

**PRACTICE**

Summary application for compliance order pursuant to *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 231.7(1) directing respondent conform to information, documents request—Applicant acting under authority conferred by Act, s. 231.2(1)—Applicant seeking Net Worth Statements for purpose of collecting outstanding interest and penalties on assessment from 1986 against respondent in latter's capacity as director of Pacific Refineries Inc.—In related application heard concurrently with applicant's, respondent applying for judicial review of notices of requirement for information—Whether Minister having authority under Act to collect interest on assessment—Substantive authority for accrual of interest on liability of director assessed pursuant to s. 227(10) found in Act, s. 227.1—No need to read authority into Act—Parliament intending to hold directors liable, on ongoing basis, for interest and penalties on amounts outstanding under s. 227.1—S. 227(10) expressly providing for modification of wording of Act to ensure liability, doing so not resulting in substantive change to Act—Therefore, Minister may properly claim interest on assessment under s. 227.1—Application allowed.

M.N.R. v. ZEN (T-1360-06, T-1024-08, 2009 FC 531, Blanchard J., judgment dated May 26, 2009, 14 pp.)

Applicants challenging requirements for information (RFIs) issued under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1—RFIs at issue signed by Wayne Fjoser, Team Leader in Special Enforcement Program at Canada Revenue Agency—Authority to issue RFIs, power of Minister to do so grounded in Act, s. 231.2(1)—Pursuant to Act, s. 220(2.01), possible for Minister to delegate this power to several upper levels of bureaucracy, such as Director, but not to position of Team Leader—Fjoser's director purporting to delegate her powers to him—However, Act, s. 220(2.01) not permitting such further delegation of powers—This view supported by *delegatus non potest delegare* (a delegate cannot delegate) maxim—Nothing in legislation, delegation scheme supporting sub-delegation—RFIs issued without proper legal authority, thus invalid—However, assuming Fjoser had proper delegated authority, Court addressing other grounds of judicial review, i.e. that RFIs not materially related to administration, enforcement of Act—Absent evidence to contrary, Minister presumed to be validly issuing RFIs—Having chosen most obtrusive method of service, respondent surrendering control of process to police, actively engaging in breaches of confidentiality requirements of Act—Under guise of service of RFIs, police engaging in activities of information gathering not otherwise available except by search warrant—Flagrant contravention of privacy provision of Act, s. 241(1) seriously calling into question goal of issuance of RFIs—Because no serious, genuine inquiry into tax liabilities of applicants, RFIs should be quashed—Application allowed.

MURPHY v. M.N.R. (T-555-08, 2009 FC 1226, Phelan J., judgment dated December 2, 2009, 35 pp.)

**PATENTS**

Judicial review of decisions by Patented Medicines Prices Review Board determining applicant priced its medicine Copaxone excessively, required to pay \$2 417 223.29 to Crown—*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 96(4) providing that Board may issue guidelines with respect to any matter within its jurisdiction, but clearly specifying that such guidelines not binding—Among many things covered in guidelines prepared by Board (Guidelines) is Board's approach to question of excessive pricing—Guidelines, s. 6 setting out number of "tests"—Guidelines, ss. 7.1, 9 also setting out two presumptions of excessive pricing: (1)



**PATENTS—Concluded**

if price in Canada exceeding that of all other countries listed in *Patented Medicines Regulations*, SOR/94-688; (2) if price increase over benchmark price exceeding cumulative consumer price index (CPI) increase during pricing period—*Patent Act*, s. 85(1) providing that Board shall take into consideration five factors to the extent that information on factors available to Board—Each factor must be given reasonable consideration, no factor can be ignored, nor can any one factor be given such dominance that others essentially irrelevant—Board's Guidelines, in particular s. 9.1, providing that if price increases exceeding cumulative CPI increase in relevant period, price presumed to be "excessive"—Such presumption effectively ignoring other factors of s. 85(1)—Board only focusing on CPI factor in s. 85(1)(d), no proper weighing of any kind given to other factors (ss. 85(1)(a),(b),(c))—Board acting unreasonably, outside mandate given under *Patent Act*, ss. 85(1),(2)—Applications allowed.

TEVA NEUROSCIENCE G.P.-S.E.N.C. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-470-08, T-939-08, 2009 FC 1155, Hughes J., judgment dated November 12, 2009, 38 pp.)

**PUBLIC SERVICE****JURISDICTION**

Judicial review of decision by adjudicator regarding grievance referred to adjudication pursuant to *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 209 (PSLRA), but settled before decision rendered on merits—Respondent challenging 20-day disciplinary suspension without pay—At hearing, parties reaching settlement set out in memorandum of agreement (MOA)—Following MOA, respondent not withdrawing grievance, asking Board reopen adjudication on ground Deputy Head failing to comply with MOA—Adjudicator ordering hearing resume for purpose of determining whether Deputy Head complying or not with terms of MOA—Issue whether adjudicator exceeding jurisdiction when ordering resumption of hearing for above-mentioned purpose—While other labour relations regimes allowing adjudicator to retain jurisdiction over grievance once settlement reached, not the case so far within public service—No clear indication Parliament, in adopting PSLRA, sought to change this—Pursuant to PSLRA, s. 226(2) (power to mediate), when agreement signed, only possible for adjudicator to proceed with grievance of unresolved issues that are not included in MOA—MOA evidencing parties' intention to abandon procedure under PSLRA, s. 209—Parties' dispute brought to an end by MOA, adjudicator's jurisdiction ceasing to exist—Application allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. AMOS (T-1627-08, 2009 FC 1181, Boivin J., judgment dated November 20, 2009, 30 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.

---

## BREVETS

Contrôle judiciaire des décisions par lesquelles le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés a estimé que la demanderesse avait vendu son médicament, le Copaxone, à un prix excessif, et l'a condamnée à verser 2 417 223,29 \$ à la Couronne—L'art. 96(4) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, prévoit que le Conseil peut formuler des directives sur toutes questions relevant de sa compétence, tout en précisant bien qu'elles n'ont aucun caractère obligatoire—Parmi les nombreuses questions traitées dans les lignes directrices formulées par le Conseil (les lignes directrices), il y a la méthode employée par le Conseil pour déterminer si le prix d'un médicament est excessif—L'art. 6 des lignes directrices énonce plusieurs « critères »—De même, les art. 7.1 et 9 des lignes directrices prévoient deux situations où le Conseil présume que le prix est excessif : 1) si le prix demandé au Canada est plus élevé que celui exigé dans les différents pays nommés dans le *Règlement sur les médicaments brevetés*, DORS/94-688; et 2) si l'augmentation d'un prix par rapport à un prix de référence excède les variations de l'indice des prix à la consommation (IPC) pendant la période de prix—L'art. 85(1) de la *Loi sur les brevets* dispose que le Conseil doit tenir compte de cinq facteurs dans la mesure où des renseignements sur ces facteurs lui sont disponibles—Le Conseil doit tenir raisonnablement compte de chaque facteur, il ne peut ignorer aucun d'entre eux et il ne peut accorder à l'un d'entre eux une importance qui a pour effet d'éclipser tous les autres—Les lignes directrices du Conseil, en particulier l'art. 9.1, prévoient que le prix est présumé « excessif » s'il est plus élevé que le prix de référence rajusté pour tenir compte des variations de l'IPC pendant la période pertinente—Cette présomption méconnaissait les autres facteurs de l'art. 85(1)—Le Conseil ne s'était tenu qu'au facteur de l'IPC prévu à l'art. 85(1)d) et il n'avait pas effectué d'appréciation en bonne et due forme des autres facteurs (art. 85(1)a), 1b) et c)—Le Conseil a agi de manière déraisonnable et a débordé le cadre du mandat que lui confèrent les art. 85(1) et (2) de la *Loi sur les brevets*—Demandes accueillies.

TEVA NEUROSCIENCE G.P.-S.E.N.C. C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-470-08, T-939-08, 2009 CF 1155, juge Hughes, jugement en date du 12 novembre 2009, 38 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### STATUT AU CANADA

#### *Personnes à protéger*

Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que la demanderesse n'avait ni la qualité de réfugié ni celle de personne à protéger—La demanderesse a fui Haïti pour se rendre aux États-Unis en 1994; elle est arrivée au Canada en 2007—La SPR a conclu que la demanderesse ne s'était pas acquittée du fardeau d'établir qu'elle craignait avec raison d'être persécutée en application de l'art. 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—En outre, la SPR a rejeté la demande reposant sur l'art. 97 de la Loi (personne à protéger) au motif que le risque de persécution constituait un risque généralisé de devenir la cible d'activités criminelles auquel tous les Haïtiens sont confrontés—Selon l'interprétation principale de l'art. 97 de la Loi, le risque doit être limité

# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.

---

## BREVETS

Contrôle judiciaire des décisions par lesquelles le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés a estimé que la demanderesse avait vendu son médicament, le Copaxone, à un prix excessif, et l'a condamnée à verser 2 417 223,29 \$ à la Couronne—L'art. 96(4) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, prévoit que le Conseil peut formuler des directives sur toutes questions relevant de sa compétence, tout en précisant bien qu'elles n'ont aucun caractère obligatoire—Parmi les nombreuses questions traitées dans les lignes directrices formulées par le Conseil (les lignes directrices), il y a la méthode employée par le Conseil pour déterminer si le prix d'un médicament est excessif—L'art. 6 des lignes directrices énonce plusieurs « critères »—De même, les art. 7.1 et 9 des lignes directrices prévoient deux situations où le Conseil présume que le prix est excessif : 1) si le prix demandé au Canada est plus élevé que celui exigé dans les différents pays nommés dans le *Règlement sur les médicaments brevetés*, DORS/94-688; et 2) si l'augmentation d'un prix par rapport à un prix de référence excède les variations de l'indice des prix à la consommation (IPC) pendant la période de prix—L'art. 85(1) de la *Loi sur les brevets* dispose que le Conseil doit tenir compte de cinq facteurs dans la mesure où des renseignements sur ces facteurs lui sont disponibles—Le Conseil doit tenir raisonnablement compte de chaque facteur, il ne peut ignorer aucun d'entre eux et il ne peut accorder à l'un d'entre eux une importance qui a pour effet d'éclipser tous les autres—Les lignes directrices du Conseil, en particulier l'art. 9.1, prévoient que le prix est présumé « excessif » s'il est plus élevé que le prix de référence rajusté pour tenir compte des variations de l'IPC pendant la période pertinente—Cette présomption méconnaissait les autres facteurs de l'art. 85(1)—Le Conseil ne s'était tenu qu'au facteur de l'IPC prévu à l'art. 85(1)d) et il n'avait pas effectué d'appréciation en bonne et due forme des autres facteurs (art. 85(1)a), 1b) et c)—Le Conseil a agi de manière déraisonnable et a débordé le cadre du mandat que lui confèrent les art. 85(1) et (2) de la *Loi sur les brevets*—Demandes accueillies.

TEVA NEUROSCIENCE G.P.-S.E.N.C. C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-470-08, T-939-08, 2009 CF 1155, juge Hughes, jugement en date du 12 novembre 2009, 38 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### STATUT AU CANADA

#### *Personnes à protéger*

Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que la demanderesse n'avait ni la qualité de réfugié ni celle de personne à protéger—La demanderesse a fui Haïti pour se rendre aux États-Unis en 1994; elle est arrivée au Canada en 2007—La SPR a conclu que la demanderesse ne s'était pas acquittée du fardeau d'établir qu'elle craignait avec raison d'être persécutée en application de l'art. 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—En outre, la SPR a rejeté la demande reposant sur l'art. 97 de la Loi (personne à protéger) au motif que le risque de persécution constituait un risque généralisé de devenir la cible d'activités criminelles auquel tous les Haïtiens sont confrontés—Selon l'interprétation principale de l'art. 97 de la Loi, le risque doit être limité

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

aux situations où le demandeur convainc la SPR qu'il existe un lien personnel avec le risque—Ainsi, un sous-ensemble de la population d'un pays pourrait être exposé à un risque généralisé, mais l'appartenance à cette catégorie ne suffit pas à rendre le risque personnel—Le risque doit être propre à la situation personnelle du demandeur—L'appartenance à la diaspora haïtienne ne suffit pas pour que le risque personnel entre en jeu en l'espèce—Demande rejetée.

MARCELIN GABRIEL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1816-09, 2009 CF 1170, juge Pinard, jugement en date du 19 novembre 2009, 12 p.)

## COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Les parties cherchaient à obtenir une décision quant à la compétence de la Cour—L'intimée, la Société canadienne de consultants en immigration, est une organisation non gouvernementale chargée de réglementer ses membres, qui sont reconnus comme des « représentants autorisés » en application du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227—La demanderesse, qui est membre de la Société, fait actuellement l'objet d'une enquête pour manquements possibles au code de discipline de la Société—Elle sollicitait divers jugements déclaratoires quant au droit de se présenter aux élections, à la validité de la nomination, à la procédure relative à l'élection et à d'autres mesures réparatoires—Il s'agissait de savoir si la Société constitue un office fédéral au sens de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et, si oui, si les activités en cause avaient une connotation ou un aspect public ou si elles étaient tout simplement accessoires au statut de la Société en tant que personne morale—Bien que la réglementation de la profession en général relève des provinces, si le caractère véritable de la profession relève d'une compétence fédérale comme l'immigration, le législateur dispose du pouvoir réglementaire d'établir qui peut faire fonction de mandataire, peut représenter des personnes et a qualité pour agir devant des organismes fédéraux—Même si certaines décisions de la Société ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire, la gestion de la Société ne peut pas être scindée de son unique objet, soit la réglementation des consultants en immigration—La Cour fédérale avait donc compétence—La Société était censée exercer son autorité sur la demanderesse en qualité de membre de la Société—La demanderesse avait le droit de demander le contrôle judiciaire parce qu'elle était directement touchée au sens de l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

ONUSCHAK C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DE CONSULTANTS EN IMMIGRATION (T-1425-09, 2009 CF 1135, juge Harrington, ordonnance en date du 5 novembre 2009, 20 p.)

## FONCTION PUBLIQUE

### COMPÉTENCE

Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre concernant un grief renvoyé à l'arbitrage conformément à l'art. 209 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22 (LRTFP), mais qui a été tranché avant qu'une décision ne soit rendue sur le fond—Le défendeur contestait une suspension disciplinaire de 20 jours sans solde—À l'audience, les parties en sont arrivées au règlement énoncé dans un mémoire d'entente—Après l'établissement du mémoire d'entente, le défendeur n'a pas retiré le grief; il a demandé à la Commission de rouvrir l'arbitrage au motif que le sous-ministre ne se conformait pas au mémoire d'entente—L'arbitre a ordonné la reprise de l'audience pour trancher la question de savoir si le sous-ministre observait ou non le mémoire d'entente—Il s'agissait de savoir si l'arbitre avait outrepassé sa compétence lorsqu'il a ordonné la reprise de l'audience aux fins susmentionnées—Même si d'autres régimes de relations de travail permettent à l'arbitre de conserver sa compétence à l'égard d'un grief après que les parties en soient arrivées à un règlement, ce n'est pas le cas au sein de la fonction publique—Il n'y avait aucune indication claire que le législateur voulait modifier cela lorsqu'il a adopté la LRTFP—Selon l'art. 226(2) de la LRTFP (médiation), lorsqu'un mémoire a été conclu, l'arbitre peut seulement procéder à l'arbitrage de questions non réglées exclues du mémoire d'entente—Le mémoire d'entente faisait état de l'intention des parties de se soustraire à la procédure prévue à l'art. 209 de la LRTFP—Comme le mémoire d'entente a mis fin au différend entre les parties, la compétence de l'arbitre a cessé—Demande accueillie.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. AMOS (T-1627-08, 2009 CF 1181, juge Boivin, jugement en date du 20 novembre 2009, 30 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## NON-RÉSIDENTS

Appel de la décision (2009 CF 434) de la Cour fédérale exigeant que le ministre du Revenu national remette à la fiducie RCI une décision écrite quant à la question de savoir si certains biens de la fiducie RCI sont des « biens exonérés en raison d'une convention fiscale » en se fondant sur la conclusion de la Cour selon laquelle la fiducie RCI est résidente de la Barbade—La fiducie RCI a disposé de certaines actions d'une société canadienne imposable, donnant ainsi lieu à un gain en capital—Elle a présenté une demande en vertu de l'art. 116 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, pour obtenir un certificat déchargeant l'acheteur des actions de son obligation de retenir, en application de l'art. 116(5) de la Loi, une partie du produit de la disposition et de remettre ce montant au Receveur général, au nom de la fiducie RCI—L'art. 116(2) exige que la fiducie RCI paie au ministre un pourcentage précis du gain en capital au titre d'un impôt payable par la fiducie RCI en vertu de la Partie I de la Loi ou qu'elle fournisse une garantie acceptable au ministre—RCI n'a payé aucune somme et n'a fourni aucune garantie—Rien dans la Loi ne décharge une personne de l'obligation d'effectuer un paiement ou de fournir une garantie lorsqu'elle présente une demande de certificat en vertu de l'art. 116—Cependant, le ministre a adopté une politique qui consiste à accorder une dispense discrétionnaire lorsqu'une personne non-résidente cherche à se prévaloir d'une exonération en vertu d'une convention fiscale et fournit les documents précisés—La personne qui demande la dispense discrétionnaire doit satisfaire aux exigences du ministre concernant certains éléments de l'exonération demandée—Si la Cour fédérale a compétence pour être saisie d'une demande de contrôle judiciaire en ce qui a trait au refus du ministre de délivrer le certificat prévu à l'art. 116, elle ne devrait pas exercer cette compétence lorsque la personne cherchant à obtenir ce certificat peut s'adresser à la Cour canadienne de l'impôt en produisant une déclaration de revenus—Appel accueilli.

MORRIS C. M.R.N. (A-219-09, 2009 CAF 373, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 17 décembre 2009, 7 p.)

## PRATIQUE

Demande sommaire visant à obtenir une ordonnance en vertu de l'art. 231.7(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 enjoignant au défendeur de se conformer à une demande de renseignements et de documents, le demandeur se fondant sur les pouvoirs lui étant conférés par l'art. 231.2(1) de la Loi—Le demandeur réclame des relevés de la valeur nette du patrimoine du défendeur dans le but de percevoir les intérêts et pénalités impayés sur une cotisation établie en 1986 contre le défendeur en sa qualité d'administrateur de Pacific Refineries Inc.—Le défendeur sollicite quant à lui, dans une demande connexe instruite en même temps que celle du demandeur, le contrôle judiciaire des demandes de renseignements—Il s'agissait de savoir si le ministre du Revenu national est autorisé par la Loi à percevoir des intérêts sur la cotisation—Le pouvoir fondamental de percevoir des intérêts sur le montant de la cotisation établie à l'égard d'un administrateur en vertu de l'art. 227(10) se trouve à l'art. 227.1 de la Loi—Il n'est pas nécessaire d'inclure ce pouvoir dans la Loi—Le législateur voulait que les administrateurs soient tenus, de façon permanente, au paiement des intérêts et des pénalités afférents au montants impayés visés par cette disposition—L'art. 227(10) permet expressément d'adapter le libellé de la Loi pour parvenir à ce résultat, et cette adaptation ne se traduit pas par une modification de fond de la Loi—Le ministre peut ainsi régulièrement réclamer des intérêts sur la cotisation en vertu de l'art. 227.1—Demande accueillie.

M.R.N. C. ZEN (T-1360-06, T-1024-08, 2009 CF 531, juge Blanchard, jugement en date du 26 mai 2009, 14 p.)

Les demandeurs s'opposaient aux demandes de renseignements remises en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1—Les demandes de renseignements en cause avaient été signées par Wayne Fjoser, chef d'équipe du Programme spécial d'exécution de l'Agence du revenu du Canada—L'autorité de transmettre des demandes de renseignements et le pouvoir du ministre de le faire sont prévus à l'art. 231.2(1) de la Loi—Selon l'art. 220(2.01) de la Loi, le ministre peut déléguer ce pouvoir à plusieurs échelons supérieurs de la bureaucratie, notamment à un directeur, mais pas à un chef d'équipe—La directrice de Fjoser lui avait prétendument délégué ses pouvoirs—Toutefois, l'art. 220(2.01) de la Loi ne permet pas cette délégation supplémentaire de pouvoirs—Le dicton *delegatus non potest delegare* (le délégué ne peut pas déléguer) appuie cette position—Rien dans la législation ou le régime de délégation n'appuie la sous-délégation—Les demandes de renseignements avaient été remises sans l'autorisation légale requise et elles étaient donc invalides—Cependant, dans l'hypothèse où Fjoser disposait de l'autorité déléguée appropriée, la Cour a tenu compte d'autres motifs de contrôle judiciaire, soit que les demandes de renseignements n'avaient pas un lien important à l'administration et à l'exécution de la Loi—En l'absence d'une preuve

### IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

contraire, le ministre est réputé transmettre valablement des demandes de renseignements—Ayant choisi le mode de signification le plus importun, le défendeur a cédé le contrôle du processus à la police et a manqué effectivement aux exigences de la Loi en matière de confidentialité—En prétendant signifier des demandes de renseignements, la police s’est livrée à des activités de cueillette de renseignements qui ne sont pas par ailleurs disponibles, sauf avec un mandat de perquisition—Il s’agit d’un manquement flagrant à la disposition sur la vie privée énoncée à l’art. 241(1) de la Loi et qui met sérieusement en doute l’objet visé par la transmission de demandes de renseignements—Parce qu’il n’y avait pas d’enquête sérieuse et authentique quant aux obligations fiscales des demandeurs, les demandes de renseignements devaient être annulées—Demande accueillie.

MURPHY C. M.R.N. (T-555-08, 2009 CF 1226, juge Phelan, jugement en date du 2 décembre 2009, 35 p.)

### PÊCHES

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre des Pêches et des Océans a rejeté l’appel du demandeur visant le rétablissement de certains permis de pêche et de certaines immatriculations de bateaux—À la demande écrite de M. James Harnum (le père du demandeur), le ministre des Pêches et des Océans (le MPO) a approuvé la réattribution de certains permis et de certaines immatriculations de bateaux, appelés « l’entreprise du noyau », au demandeur—Entre-temps, la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador a rendu un jugement en faveur de Charles Green, concluant qu’une société de personnes existait entre M. Green et James Harnum de 1987 à 1999 et que James Harnum devait rendre compte à M. Green de la moitié des revenus et des éléments d’actif de la société de personnes—Lorsqu’il a appris que des permis avaient été réattribués au demandeur, ce qui a été fait sans aviser M. Green et au mépris d’une ordonnance enjoignant à James Harnum de conserver les éléments d’actif de la société de personnes, le juge du procès a ajouté le demandeur à titre de défendeur dans l’action devant la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador—Dans l’intervalle, le MPO a approuvé la demande de réattribuer l’entreprise du noyau du demandeur à Clyde Boland—Le demandeur soutenait que le ministre avait commis une erreur en omettant de suivre certaines politiques énoncées dans la *Politique d’émission des permis pour la pêche commerciale dans l’Est du Canada*—Les politiques n’ont pas force de loi, mais elles existent pour orienter la mise en œuvre des lois—L’interdiction de la réattribution des permis plus d’une fois au cours d’une période de 12 mois est une question de politique, pas une question de loi—La mise en œuvre d’une politique concernant les permis de pêche et autres permis en vertu de la Loi relève du pouvoir discrétionnaire du ministre, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, y compris l’issue d’une instance judiciaire devant la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador—L’action du ministre en l’espèce était raisonnable—Le demandeur a invoqué la Charte pour soutenir qu’il a été victime de discrimination et qu’il a été privé des permis en vertu d’une saisie abusive—Il ne pouvait y avoir saisie abusive car les permis ne constituent pas des biens, mais l’octroi d’un privilège qui relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du ministre—Le demandeur tentait de contester les conclusions de la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador dans une instance dont les faits portaient sur une autre question, soit le rejet d’un appel concernant la non-réattribution au demandeur de l’entreprise du noyau qu’il détenait auparavant—Demande rejetée.

HARNUM C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-960-08, 2009 CF 1184, juge Heneghan, jugement en date du 18 novembre 2009, 21 p.)

### PEUPLES AUTOCHTONES

Appel d’une ordonnance de la Cour fédérale (2007 CF 1036) par laquelle a été rejetée la demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien de refuser les services d’aide financière prévus au Programme d’enseignement primaire et secondaire aux élèves membres de la Nation Micmac de Gespeg (la bande)—Dans le cadre de ce programme, le ministre peut contribuer au financement des services d’éducation offerts dans les écoles de bandes et dans des écoles fédérales pour les élèves dont le nom apparaît sur une liste nominative, c.-à.-d. ceux résidant habituellement sur une réserve—La bande en l’espèce est sans réserve, donc les élèves sont écartés parce qu’ils ne rencontrent pas le critère de la résidence—Il s’agissait de savoir si le critère de résidence sur réserve est inopérant à l’égard des bandes sans assise territoriale parce qu’il brime leurs droits à l’égalité garantis par l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi*

**PEUPLES AUTOCHTONES—Fin**

*constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]—L'exclusion des élèves qui ne résident pas sur une réserve, au sens du Programme, ne contrevient pas à l'art. 15(1) de la Charte—Une allégation de discrimination peut être fondée soit sur l'un des neufs motifs énumérés à l'art. 15(1), soit sur un motif de discrimination analogue à ceux-ci—Les appelants n'ont pas démontré l'existence au dossier d'éléments de preuve suffisants pour reconnaître la « qualité d'être une bande sans terre » comme un nouveau motif analogue—Appel rejeté.

NATION MICMAC DE GESPEG c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (A-593-07, 2009 CAF 377, juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 22 décembre 2009, 26 p.)

