

2010 FC 715
T-230-10

2010 CF 715
T-230-10

Omar Ahmed Khadr (*Applicant*)

Omar Ahmed Khadr (*demandeur*)

v.

c.

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

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

T-231-10

T-231-10

Omar Ahmed Khadr (*Applicant*)

Omar Ahmed Khadr (*demandeur*)

v.

c.

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

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

INDEXED AS: KHADR v. CANADA (PRIME MINISTER)

RÉPERTORIÉ : KHADR c. CANADA (PREMIER MINISTRE)

Federal Court, Zinn J.—Edmonton, June 8; Ottawa, July 5, 2010.

Cour fédérale, juge Zinn—Edmonton, 8 juin; Ottawa, 5 juillet 2010.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Judicial review of Canada's response to Supreme Court of Canada's decision in Canada (Prime Minister) v. Khadr (Khadr II) holding applicant's rights under Charter, s. 7 breached, issuing declaration providing legal framework for Canada to remedy breach — Applicant Canadian citizen held in custody by U.S. at Guantánamo Bay — Two decisions at issue: Executive's continuing policy of not requesting applicant's repatriation; diplomatic note to U.S. requesting that it not use information provided by Canadian officials in prosecuting applicant — Charter, s. 7 engaged by process Canada undertook to comply with Supreme Court's declaration in Khadr II — Charter remaining engaged until any breach thereof cured or all reasonably practicable steps to provide remedy for breach taken — Canada only sending diplomatic note to U.S. in response to Khadr II, doing nothing after receiving U.S. response — These actions not sufficient to remedy breach — Applicant entitled to receive procedural fairness, natural justice from Executive when latter deciding on Charter remedy to provide — Executive having duty to give applicant notice, opportunity to make written submissions regarding remedial action — Applications allowed.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire de la réponse donnée par le Canada à la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Canada (Premier ministre) c. Khadr (Khadr II) portant qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis au demandeur par l'art. 7 de la Charte, et prévoyant un jugement déclaratoire pour que le Canada remédie à cette violation — Le demandeur est un citoyen canadien détenu par les É.-U. à la baie de Guantánamo — Il y avait deux décisions en cause : le refus persistant du pouvoir exécutif de ne pas demander le rapatriement du demandeur et la note diplomatique envoyée au gouvernement des É.-U. lui demandant de n'utiliser aucun des renseignements fournis par les représentants canadiens dans sa poursuite contre le demandeur — L'art. 7 de la Charte est entré en jeu compte tenu du processus entrepris par le Canada pour se conformer au jugement déclaratoire de la Cour suprême dans l'arrêt Khadr II — La Charte demeure applicable jusqu'à ce que la violation ait été corrigée et que toutes les mesures raisonnablement possibles pour remédier à la violation ont été prises — Le Canada n'a envoyé la note diplomatique aux É.-U. qu'en réponse à l'arrêt Khadr II, et n'a rien fait d'autre depuis — Ces mesures ne suffisent pas à remédier à la violation — Le demandeur avait droit à l'équité

Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Supreme Court of Canada holding, in Canada (Prime Minister) v. Khadr (Khadr II), applicant's rights under Charter, s. 7 breached, issuing declaration providing legal framework for Canada to remedy breach — Applicant entitled to receive procedural fairness, natural justice in relation to Canada's response to Khadr II — Applicant having legitimate expectation Canada would effect remedy that would cure breach or ameliorate breach if no curative remedy available — Based on record, breach not cured — Even though remedy not within Canada's complete control because of need for U.S. consent, breaching party required to attempt to cure Charter breach — Role of Executive, after providing applicant with opportunity to be heard, to decide which alternative potential curative remedies to choose — Must continue to do so until applicant provided with effective remedy.

Administrative Law — Judicial Review — Judicial review pertaining to public statements made by government officials shortly after release of Supreme Court of Canada's decision in Canada (Prime Minister) v. Khadr that Executive would not be requesting applicant's repatriation from Guantánamo Bay — Whether those statements constituting "decision" subject to judicial review — Statements clearly stating Executive would not be seeking applicant's repatriation — Thus reflecting new decision made after that of Supreme Court — Executive's decision requesting U.S. not use information Canada shared therewith against applicant affecting applicant's Charter rights; therefore justiciable.

Crown — Prerogatives — Supreme Court of Canada holding, in Canada (Prime Minister) v. Khadr, applicant's rights under Charter, s. 7 breached, issuing declaration providing legal framework for Canada to remedy breach — If only one available remedy existing that potentially cures

procédurale et à la justice naturelle de la part du pouvoir exécutif quand celui-ci a décidé de la réparation qu'il lui fournirait en application de la Charte — Le pouvoir exécutif avait l'obligation d'informer le demandeur de sa décision et de lui donner la possibilité de présenter des observations écrites au sujet des mesures de réparation — Demandes accueillies.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — La Cour suprême du Canada a statué dans l'arrêt Canada (Premier ministre) c. Khadr (Khadr II) qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis au demandeur par l'art. 7 de la Charte et a établi un cadre juridique pour que le Canada remédie à cette violation — Le demandeur avait droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle relativement à la réponse du Canada à l'arrêt Khadr II — Le demandeur s'attendait légitimement à ce que le Canada prenne une mesure de réparation ayant pour effet de remédier à la violation, et que si une telle mesure de réparation s'avérait impossible, il opérerait pour une réparation ayant pour but de pallier la violation — Il ressortait du dossier de la Cour que la violation n'avait pas été corrigée — Même si la mesure de réparation n'était pas complètement du ressort du Canada parce que les É.-U. devaient y consentir, la partie à l'origine de la violation avait l'obligation d'essayer de corriger la violation — Il incombait à l'exécutif, après avoir accordé au demandeur la possibilité de se faire entendre, de décider lesquelles des mesures de réparation possibles il retiendrait — L'exécutif doit continuer ce processus jusqu'à ce que le demandeur bénéficie d'une mesure de réparation efficace qui défend ses droits.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Contrôle judiciaire relatif à des déclarations publiques faites par des représentants du gouvernement peu après la publication de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Canada (Premier ministre) c. Khadr selon lesquelles le pouvoir exécutif persistait dans son refus de ne pas demander le rapatriement du demandeur de la baie de Guantánamo — Il s'agissait de savoir si ces déclarations constituaient une « décision » susceptible de contrôle judiciaire — Les déclarations indiquaient clairement que le pouvoir exécutif n'opérerait pas pour le rapatriement du demandeur — Elles énonçaient donc une nouvelle décision prise après la décision rendue par la Cour suprême — La décision du pouvoir exécutif de demander aux É.-U. de ne pas utiliser les renseignements fournis par le Canada contre le demandeur influait sur les droits du demandeur garantis par la Charte et elle était donc justiciable.

Couronne — Prerogatives — La Cour suprême du Canada a statué dans l'arrêt Canada (Premier ministre) c. Khadr qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis au demandeur par l'art. 7 de la Charte et a prévu un jugement déclaratoire pour établir un cadre juridique pour que le Canada remédie à cette

breach of person's Charter rights, then Court must order remedy even if order involving exercise of royal prerogative.

Practice — Res Judicata — Judicial review of Canada's response to Supreme Court of Canada's decision in Canada (Prime Minister) v. Khadr (Khadr II) holding applicant's rights under Charter, s. 7 breached, issuing declaration providing legal framework for Canada to remedy breach — Applicant seeking to have decision to send diplomatic note in response to Khadr II set aside on ground procedural fairness not followed — Canada's response not res judicata — That question not before any of the courts in Khadr II.

These were applications for judicial review pertaining to the Government of Canada's response following the release of the Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Prime Minister) v. Khadr (Khadr II)* on January 29, 2010. In that decision, the Supreme Court held that the applicant's rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been breached by Canada and issued a declaration to provide the legal framework for Canada to take steps to remedy the breach. On February 3, 2010, the Associate Director of Communications for the Prime Minister of Canada and the Minister of Foreign Affairs stated that the Executive was continuing its policy of not requesting the U.S. to repatriate the applicant from Guantánamo Bay. This constituted the decision under review in Court file T-231-10 (Decision I). On February 16, 2010, Canada sent a diplomatic note to the U.S. Government requesting that it not use any of the information provided to it by Canada in its prosecution of the applicant. This constituted the decision under review in Court file T-230-10 (Decision II).

The applicant is a Canadian citizen who has spent most of his life abroad. In July 2002, while the applicant was a minor in Afghanistan, he was accused of killing a U.S. soldier during a gun battle. The applicant was taken into U.S. custody and eventually transferred to Guantánamo Bay. In 2003 and again in 2004, Canadian officials travelled to Guantánamo Bay and questioned the applicant. The information obtained by these Canadian officials, who eventually became aware that the applicant had been mistreated by U.S. authorities, was provided to the U.S. In November 2005, the applicant was formally charged with a number of offences. He has been seeking his return to Canada for more than five years.

violation — S'il n'y avait qu'une seule mesure de réparation susceptible de corriger la violation des droits d'une personne garantis par la Charte, alors la Cour doit ordonner la prise d'une telle mesure de réparation, même si cette dernière relève de l'exercice de la prérogative royale.

Pratique — Res judicata — Contrôle judiciaire de la réponse donnée par le Canada à la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Canada (Premier ministre) c. Khadr (Khadr II) portant que le Canada avait violé les droits garantis au demandeur par l'art. 7 de la Charte, et prévoyant un jugement déclaratoire pour établir un cadre juridique pour que le Canada remédie à cette violation — Le demandeur voulait faire annuler la décision d'envoyer une note diplomatique en réponse à l'arrêt parce qu'il n'avait pas bénéficié de l'équité procédurale — La réponse du Canada n'était pas chose jugée — Aucun des tribunaux dans l'arrêt Khadr II n'avait été saisi de cette question.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire relatives à la réponse donnée par le gouvernement du Canada au jugement déclaratoire rendu par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr (Khadr II)* le 29 janvier 2010. Dans cet arrêt, la Cour suprême a statué que le Canada avait violé les droits garantis au demandeur par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et a prononcé un jugement déclaratoire pour établir un cadre juridique dans lequel le Canada devait prendre des mesures pour remédier à cette violation. Le 3 février 2010, le directeur adjoint des communications pour le Premier ministre du Canada et le ministre des Affaires étrangères ont déclaré que le pouvoir exécutif persistait dans son refus de ne pas demander aux États-Unis de renvoyer le demandeur de la baie de Guantánamo. Il s'agissait de la décision faisant l'objet du contrôle judiciaire dans le dossier de la Cour T-231-10 (la Décision I). Le 16 février 2010, le Canada a envoyé une note diplomatique au gouvernement des États-Unis dans laquelle il lui demandait de n'utiliser aucun des renseignements fournis par le Canada dans sa poursuite contre le demandeur. Il s'agissait de la décision faisant l'objet du contrôle judiciaire dans le dossier de la Cour T-230-10 (la Décision II).

Le demandeur est un citoyen canadien qui a passé la majorité de sa vie à l'étranger. En juillet 2002, lorsque le demandeur était un mineur en Afghanistan, il a été accusé d'avoir tué un soldat américain dans le cadre d'un échange de coups de feu. Le demandeur a été fait prisonnier par les États-Unis et il a par la suite été transféré à la baie de Guantánamo. En 2003 et en 2004, des représentants canadiens se sont rendus à la baie de Guantánamo pour interroger le demandeur. Les représentants canadiens, qui ont par la suite appris que le demandeur avait été maltraité par les autorités américaines, ont fourni les renseignements qu'ils avaient obtenus aux États-Unis. En novembre 2005, le demandeur a

The actions of these Canadian officials were soundly criticized by the Supreme Court in *Khadr II*, which found that their conduct had violated the principles of fundamental justice. After the public statements at issue herein were made and before Canada's diplomatic note was sent, the applicant's counsel wrote to counsel for Canada asserting that the applicant was entitled to procedural fairness and natural justice in the Executive's consideration of a remedy. The applicant had no knowledge of the action Canada would be taking or an opportunity to make submissions concerning it before Canada sent the diplomatic note to the U.S.

The issues were: whether Decision I constituted a "decision" subject to judicial review; whether Decision II was subject to judicial review; whether the applicant was entitled to receive procedural fairness and natural justice in relation to Canada's response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada in *Khadr II*; if the applicant was entitled to receive procedural fairness and natural justice, whether he actually received it; and, if the applicant was not provided procedural fairness and natural justice in relation to Canada's response to the Supreme Court of Canada's declaration, what, if any, order should issue as a consequence.

Held, the applications should be allowed.

The statements made by government officials to the media in Decision I reflect a new decision made after the declaration of the Supreme Court in *Khadr II* had issued. They clearly indicate that the Executive would not be seeking the applicant's repatriation. To find that these statements were not reflective of a new decision in these circumstances would require a finding that the Prime Minister's Associate Communications Director and the Minister of Foreign Affairs were speaking without the authority of a decision by the Executive having been made. There was no evidence to support such a finding.

The doctrine of *res judicata* was not applicable to Decision II. The applicant sought to have that decision set aside because he was not afforded procedural fairness in Canada's response to the Supreme Court of Canada's declaration in *Khadr II*. That question was not before any of the courts in *Khadr II* nor could it have been. Furthermore, section 7 of the Charter was engaged by the process Canada undertook to comply with the Supreme Court's declaration in *Khadr II*. If it has been found that a person's rights under the

officiallement été accusé de certaines infractions. Il cherche à revenir au Canada depuis plus de cinq ans.

Dans l'arrêt *Khadr II*, les actes de ces représentants canadiens ont été vertement critiqués par la Cour suprême, qui a conclu que leur conduite allait à l'encontre des principes de justice fondamentale. Après le prononcé des déclarations publiques en cause en l'espèce mais avant l'envoi de la note diplomatique du Canada, l'avocat du demandeur a écrit à son homologue du gouvernement canadien soutenant que le demandeur avait droit à ce que l'exécutif respecte les droits du demandeur à l'équité procédurale et à la justice naturelle. Le demandeur n'avait pas connaissance des gestes que le Canada allait poser ou de la possibilité pour l'exécutif de présenter des observations à ce sujet, avant que le Canada n'envoie la note diplomatique aux États-Unis.

Les questions en litige étaient celles de savoir si la Décision I constituait une « décision » susceptible de contrôle judiciaire; si la Décision II était susceptible de contrôle judiciaire; si le demandeur avait droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle relativement à la réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Khadr II*; dans l'éventualité où le demandeur avait droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle, s'il en a bénéficié et si le demandeur n'a pas bénéficié de l'équité procédurale et de la justice naturelle relativement à la réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada, quelle ordonnance, le cas échéant, la Cour devait rendre en conséquence.

Jugement : les demandes doivent être accueillies.

Les déclarations faites aux médias par les représentants du gouvernement dans la décision I énoncent une nouvelle décision prise après le jugement déclaratoire rendu par la Cour suprême dans l'arrêt *Khadr II*. Elles indiquent clairement que le pouvoir exécutif n'opterait pas pour le rapatriement du demandeur. Conclure que ces déclarations ne traduisaient pas une nouvelle décision dans les circonstances mènerait à une conclusion que le directeur adjoint des communications du Premier ministre et le ministre des Affaires étrangères ont fait des déclarations sans y être autorisés par une décision du pouvoir exécutif. Or, aucune preuve n'était cette conclusion.

La doctrine de l'autorité de la chose jugée ne s'appliquait pas à la Décision II. Le demandeur cherchait à faire annuler cette décision parce qu'il n'avait pas bénéficié de l'équité procédurale lorsque le Canada a répondu au jugement déclaratoire rendu par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Khadr II*. Aucun des tribunaux n'avait été saisi de cette question dans l'arrêt *Khadr II*, et aucun n'aurait pu l'être. En outre, l'article 7 de la Charte est entré en jeu compte tenu du processus entrepris par le Canada pour se conformer au

Charter have been infringed by the government and that infringement is ongoing, then the Charter remains engaged until the government has taken steps to cure the breach or has satisfied a court of competent jurisdiction that it cannot be cured and that it has taken all reasonably practicable steps to provide a remedy for its breach. Canada took only one positive action in response to the declaration that it breached the applicant's rights, i.e. it sent the diplomatic note to the U.S. It received a response and did nothing further. In its actions to date, Canada did not remedy the breach. There were other potential curative remedies available.

The applicant was entitled to receive procedural fairness and natural justice in relation to Canada's response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada. The applicant's section 7 rights were engaged. Whether the remedy the Executive chose cured the breach or not, its decision certainly affected the applicant's Charter rights and was therefore justiciable. Moreover, the applicant had a legitimate expectation based on the declaration of the Supreme Court that Canada would effect a remedy that would cure the breach; and, if no such curative remedy was available, then it would effect a remedy that would ameliorate the breach. This expectation was founded on section 24 of the Charter and the words of the Supreme Court in *Khadr II* that its declaration provided "the legal framework for the executive to exercise its functions and to consider what actions to take in respect of Mr. Khadr, in conformity with the *Charter*." The option of doing nothing was not an option that was legally available to Canada. The applicant was entitled to receive procedural fairness and natural justice from the Executive as it reached its decision as to the Charter remedy it would provide. When Canada decided not to seek his repatriation but to fashion a different remedy, then the applicant was entitled to be afforded procedural fairness and natural justice.

Even though the level of fairness required in this case was at the low end of the scale, the applicant did not receive fairness. The most basic requirement of justice is that a person affected by a decision be given notice of it. That basic principle applies all the more when the decision being taken directly affects one individual and is being taken to cure or ameliorate a previous breach of that individual's Charter rights. When the Supreme Court provided the Executive with an opportunity to fashion a remedy and after the Executive decided that it would not seek the applicant's return as he had requested, the Executive then had a duty to inform the

jugement déclaratoire de la Cour suprême prononcé dans l'arrêt *Khadr II*. S'il a été conclu que le gouvernement a violé les droits garantis à une personne par la Charte et que cette violation perdure, la Charte demeure applicable jusqu'à ce que le gouvernement ait pris des mesures pour corriger la violation, ou qu'il ait convaincu un tribunal compétent qu'il est impossible de corriger la violation et qu'il a pris toutes les mesures raisonnablement possibles pour remédier à la violation. Le Canada n'a pris qu'une seule mesure concrète pour répondre au jugement déclaratoire portant qu'il avait violé les droits du demandeur, soit l'envoi d'une note diplomatique aux États-Unis. Il a reçu une réponse à cette note, et n'a rien fait d'autre depuis. Le Canada, par les mesures qu'il a prises à ce jour, n'a pas corrigé la violation. Il y avait d'autres mesures correctives.

Le demandeur avait droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle relativement à la réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada. Les droits du demandeur garantis à l'article 7 étaient en jeu. Que la réparation choisie par le pouvoir exécutif ait corrigé ou non la violation, la décision a certainement touché les droits du demandeur prévus à la Charte, et était donc justiciable. De plus, le demandeur s'attendait légitimement, étant donné le jugement déclaratoire de la Cour suprême, à ce que le Canada prenne une mesure de réparation ayant pour effet de remédier à la violation, et que si une telle mesure de réparation s'avérait impossible, il opterait pour une réparation ayant pour but de pallier la violation. Cette attente repose sur l'article 24 de la Charte, ainsi que sur les termes employés par la Cour suprême dans l'arrêt *Khadr II* selon lesquels son jugement déclaratoire fournissait à l'exécutif « le cadre juridique en vertu duquel il devra exercer ses fonctions et examiner les mesures qu'il conviendra de prendre à l'égard de M. Khadr, en conformité avec la *Charte* ». Le choix de ne rien faire n'était pas juridiquement valable pour le Canada. Le demandeur avait droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle de la part du pouvoir exécutif quand celui-ci a décidé de la réparation qu'il lui fournirait en application de la Charte. Lorsque le Canada a pris la décision de ne pas réclamer son rapatriement, mais plutôt d'élaborer une réparation différente, alors le demandeur avait droit à ce que l'équité procédurale et la justice naturelle lui soient accordées.

Même si le degré d'équité auquel il avait droit en l'espèce se situait au bas de l'échelle, le demandeur n'a pas bénéficié de l'équité. La justice la plus élémentaire exige qu'une personne concernée par une décision soit avisée de celle-ci. Ce principe de base s'applique d'autant plus lorsque la décision prise touche directement une personne, et que la décision vise à corriger ou à pallier une violation antérieure des droits de cette personne garantis par la Charte. Lorsque la Cour suprême a donné au pouvoir exécutif la possibilité de concevoir une réparation, le pouvoir exécutif avait l'obligation d'informer le demandeur de sa décision de ne pas

applicant of that decision, the remedy it was considering and the action it would be taking. It also had a duty to give the applicant an opportunity to make written submissions as to remedial action(s) that would be appropriate before it unilaterally imposed its purported remedy.

While the initial breach could not be cured, the ongoing breach may have been curable. Two possible remedies, assuming acceptance by the U.S., were to ask the U.S. to end the applicant's detention and return him to Canada or to ask the U.S. not to use the information Canada provided so that if his detention continued, the detention would not be causally linked to Canada's actions. It was clear on the record that the breach had not been cured. The U.S. did not accede to Canada's request not to use the information it provided against the applicant's interests and following the response by the U.S. government to Canada's request, the information was used by the U.S. in prosecuting the applicant. The Charter and the rule of law require that government breaches of Charter rights be remedied. Even though the remedy was not within Canada's complete control because of the need for the consent of the U.S., the breaching party remains required to attempt to cure the breach. It is only if a cure is not possible that a remedy that merely ameliorates the breach is warranted and must be attempted.

If there is only one available remedy that potentially cures the breach of one person's Charter rights, then that remedy must be ordered by the Court even if the order involves the exercise of the royal prerogative. It is the role of the Executive, after providing the applicant an opportunity to be heard, to decide which of the alternative potential curative remedies to choose. It must continue that process until the applicant is provided with an effective remedy that vindicates his rights. If after such a process, there remains but one potential remedy that can cure the breach, then Canada must advance it; it is the only "appropriate and just" remedy.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Act of Settlement, 1700 (U.K.), 12 & 13 Will. III, c. 2.
An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown, 1688 (U.K.), 1 Will. & Mary, Sess. 2, c. 2 (Bill of Rights).

réclamer son rapatriement comme ce dernier le lui avait demandé, de la réparation qu'il envisageait, et de la mesure qu'il allait prendre. Il avait aussi l'obligation de donner au demandeur la possibilité de présenter des observations écrites au sujet des mesures de réparation qui seraient appropriées avant d'imposer sa prétendue mesure de réparation.

Bien que la violation initiale ne puisse pas être corrigée, il était toutefois possible de remédier au caractère continu de cette violation. Deux mesures de réparation possibles, dans l'hypothèse où les États-Unis les acceptaient, visaient notamment à demander aux États-Unis de libérer le demandeur et de le renvoyer au Canada ou de demander aux États-Unis de ne pas utiliser les informations fournies par le Canada, de sorte que, si sa détention se poursuivait, celle-ci ne serait pas directement attribuable aux gestes posés par le Canada. Il ressortait clairement du dossier de la Cour que la violation n'avait pas été corrigée. Les États-Unis n'avaient pas fait droit à la demande du Canada de ne pas utiliser les renseignements que celui-ci lui avait divulgués à l'encontre des intérêts du demandeur et après la réponse du gouvernement des États-Unis à la demande du Canada, les États-Unis ont utilisé les renseignements dans le cadre du procès du demandeur. La Charte et la primauté du droit exigent que les violations, par le gouvernement, des droits que garantit la Charte fassent l'objet d'une réparation. Même si la mesure de réparation n'était pas complètement du ressort du Canada parce que les États-Unis devaient y consentir, la partie à l'origine de la violation a tout de même l'obligation d'essayer de corriger la violation. C'est seulement lorsqu'il est impossible d'apporter un correctif qu'une mesure de réparation visant à pallier la violation est justifiée, et qu'il faut essayer de prendre cette mesure.

S'il n'y avait qu'une seule mesure de réparation susceptible de corriger la violation des droits d'une personne garantis par la Charte, alors la Cour doit ordonner la prise d'une telle mesure de réparation, même si cette dernière relève de l'exercice de la prérogative royale. Il incombe à l'exécutif, après avoir accordé au demandeur la possibilité de se faire entendre, de décider lesquelles des mesures de réparation possibles il retiendra. L'exécutif doit continuer ce processus, jusqu'à ce que le demandeur bénéficie d'une mesure de réparation efficace qui défend ses droits. Si, après un tel processus, il ne reste qu'une seule mesure de réparation susceptible de corriger la violation, le Canada doit aller de l'avant avec celle-ci; elle est la seule et unique mesure de réparation « convenable et juste ».

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Act of Settlement, 1700 (R.-U.), 12 & 13 Will. III, ch. 2.
An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown, 1688 (R.-U.), 1 Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2 (Bill of Rights).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 24.
Magna Carta (1215).
Military Commissions Act of 2006, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600.
Military Commissions Act of 2009, Pub. L. 111-84, 123 Stat. 2574.

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 24.
Magna Carta (1215).
Military Commissions Act of 2006, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600.
Military Commissions Act of 2009, Pub. L. 111-84, 123 Stat. 2574.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, 213 U.N.T.S. 221.
Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, August 12, 1949, being Schedule III of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, qui constitue l'annexe III de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Prime Minister) v. Khadr, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, 315 D.L.R. (4th) 1, 71 C.R. (6th) 201, revg in part *sub nom. Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FCA 246, [2010] 1 F.C.R. 73, 310 D.L.R. (4th) 462, 195 C.R.R. (2d) 72, affg 2009 FC 405, [2010] 1 F.C.R. 34, 188 C.R.R. (2d) 342, 341 F.T.R. 300; *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 the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.); *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, 206 D.L.R. (4th) 444, 159 C.C.C. (3d) 321; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173.

DISTINGUISHED:

1099065 Ontario Inc. (c.o.b. Outer Space Sports) v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness), 2008 FCA 47, 375 N.R. 368; *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; *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; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, (1990), 106 A.R. 321, 68 D.L.R. (4th) 69; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, (1997), 151 D.L.R. (4th) 577, [1998] 1 W.W.R. 50.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Premier ministre) c. Khadr, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, infirmant en partie *sub nom. Khadr c. Canada (Premier ministre)*, 2009 CAF 246, [2010] 1 R.C.F. 73, confirmant 2009 CF 405, [2010] 1 R.C.F. 34; *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 the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.); *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

1099065 Ontario Inc. (f.a.s. Outer Space Sports) c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile), 2008 CAF 47; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

CONSIDERED:

Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004); *Khadr v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2005 FC 135, 249 D.L.R. (4th) 515, 268 F.T.R. 254; *Khadr v. Canada*, 2005 FC 1076, [2006] 2 F.C.R. 505, 257 D.L.R. (4th) 577, 133 C.R.R. (2d) 189; *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.

REFERRED TO:

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; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, 201 D.L.R. (4th) 193, 34 Admin. L.R. (3d) 163; *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248, (1974), 47 D.L.R. (3d) 544, 74 DTC 6278.

AUTHORS CITED

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf. Toronto: Canvasback, 2010.

Jones, David Phillip and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2009.

United States. Department of Defense. *Manual for Military Commissions*, online: <<http://www.defense.gov/news/commissionsmanual.html>>.

APPLICATIONS for judicial review of the Government of Canada's response to the Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Prime Minister) v. Khadr* holding that the applicant's rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been breached. Applications allowed.

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.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004); *Khadr c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2005 CF 135; *Khadr c. Canada*, 2005 CF 1076, [2006] 2 R.C.F. 505; *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.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Justice) c. Khadr, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Angle c. M.N.R.*, [1975] 2 R.C.S. 248.

DOCTRINE CITÉE

Brown, Donald J. M. et John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles. Toronto : Canvasback, 2010.

États-Unis. Department of Defense. *Manual for Military Commissions*, en ligne : <<http://www.defense.gov/news/commissionsmanual.html>>.

Jones, David Phillip et Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 5^e éd. Toronto : Carswell, 2009.

DEMANDES de contrôle judiciaire relatives à la réponse donnée par le gouvernement du Canada à la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr* portant que le Canada avait violé les droits garantis au demandeur par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Demandes accueillies.

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.

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

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

[1] ZINN J.: These applications, at their heart, ask whether Mr. Khadr was entitled to procedural fairness by the Executive in making its decision as to how Canada would respond to the declaration issued by the Supreme Court of Canada in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44 (*Khadr II*). In *Khadr II*, the Court held that 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 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (*Charter*)] had been breached by Canada, and issued a declaration to provide the legal framework for Canada to take steps to remedy that breach. For the reasons that follow, in the unique circumstances of this case, I find that Omar Khadr was entitled to procedural fairness by the Executive when making its decision as to the appropriate remedy to take. I further find that the Executive failed to provide Mr. Khadr with the level of fairness that was required when making its decision. Both the degree of fairness to which he was entitled and the remedy for having failed to provide it are unique and challenging issues.

[1] LE JUGE ZINN : Les présentes demandes visent essentiellement à savoir si M. Khadr avait droit à l'équité procédurale de la part du pouvoir exécutif lorsque celui-ci a pris sa décision concernant la manière dont le Canada allait répondre au jugement déclaratoire rendu par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Premier Ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44 (*Khadr II*). Dans cet arrêt, la Cour a statué que le Canada avait violé les droits garantis à M. Khadr par l'article 7 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 a prononcé un jugement déclaratoire pour établir un cadre juridique dans lequel le Canada doit prendre des mesures pour remédier à cette violation. Pour les motifs qui suivent, compte tenu des circonstances exceptionnelles de la présente affaire, je conclus qu'Omar Khadr avait droit à l'équité procédurale de la part du pouvoir exécutif lorsque celui-ci a pris sa décision relativement à la mesure de réparation appropriée en l'espèce. Je conclus aussi que le pouvoir exécutif n'a pas accordé à M. Khadr le degré d'équité procédurale requis lorsqu'il a pris sa décision. Tant le degré d'équité procédurale auquel il avait droit que la mesure de réparation à prendre pour ne pas le lui avoir accordé sont des questions en litiges exceptionnelles et difficiles à trancher.

Background

[2] The facts surrounding Mr. Khadr, his beliefs, his actions, his treatment by the United States of America (U.S.) while in custody in Afghanistan and Guantánamo Bay in Cuba, the validity of the charges against him, and the legitimacy and fairness of the process he is currently facing are not at issue here. The facts that are relevant to these applications are few, less controversial, and are not in dispute.

Contexte

[2] Les faits entourant la situation de M. Khadr, les croyances et les actes de celui-ci, la manière dont il a été traité par les États-Unis d'Amérique (É.-U.) alors qu'il était en détention en Afghanistan et à la baie de Guantánamo, à Cuba, la validité des accusations qui pèsent contre lui ainsi que la légitimité et l'équité du processus dont il fait présentement l'objet ne sont pas en litige en l'espèce. Les faits pertinents pour les présentes demandes sont peu nombreux, moins controversés et ne sont pas contestés.

[3] Omar Khadr was born in Toronto in 1986. He is a Canadian citizen. He has spent most of his life away from Canada in Pakistan, Afghanistan, and most recently in Guantánamo Bay, Cuba.

[4] In July 2002, there was a gun battle at Khost, Afghanistan, between troops from the U.S. and persons alleged by the U.S. to be terrorists. During that battle, a U.S. soldier was killed by a grenade which the U.S. alleges was thrown by Mr. Khadr, who was then 15 years old.

[5] Mr. Khadr was seriously injured in this battle. He was taken into U.S. custody and treated by U.S. troops. He spent some time at Bagram Air Base in Afghanistan before being transferred to Guantánamo Bay on October 28, 2002. He remains there.

[6] President George W. Bush, by Presidential Military Order in 2001, established the detention camp at Guantánamo Bay for the detention and prosecution of non-U.S. citizens who were believed to be members of Al-Qaida or engaged in international terrorism. Jurisdiction to try such persons was given to military commissions. The persons subject to these orders, one of whom is Mr. Khadr, were described as enemy combatants.

[7] In February and September 2003, agents from the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) and the Foreign Intelligence Division of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) travelled to Guantánamo Bay and questioned Mr. Khadr. The information obtained by these Canadian officials was provided to the U.S. Mr. Khadr was interviewed again in March 2004 by a DFAIT official who knew, prior to the interview, that Mr. Khadr had been subjected by U.S. authorities to a program of sleep deprivation. A report¹ described this technique and its purpose:

¹Reproduced at para. 15 of *Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 405, [2010] 1 F.C.R. 34. The report identifies Mr. Khadr as “Umar”.

[3] Omar Khadr est né à Toronto en 1986. Il est citoyen canadien. Il a passé la majorité de sa vie à l’extérieur du Canada, soit au Pakistan, en Afghanistan et, plus récemment, à la baie de Guantánamo, à Cuba.

[4] En juillet 2002, un échange de coups de feu a eu lieu à Khost, en Afghanistan, entre des soldats américains et des individus qui, aux dires des É.-U., sont des terroristes. Au cours de cet échange, un soldat américain a été tué par une grenade, et les É.-U. allèguent que celle-ci a été lancée par M. Khadr, qui avait alors 15 ans.

[5] M. Khadr a été grièvement blessé lors de cette bataille. Il a été fait prisonnier par les États-Unis, et ce sont les soldats américains qui l’ont soigné. Il a passé quelque temps à la base aérienne de Bagram en Afghanistan, avant d’être transféré à la baie de Guantánamo le 28 octobre 2002. Il s’y trouve encore.

[6] Le président George W. Bush a établi, par décret militaire présidentiel, le camp de détention de la baie de Guantánamo pour la détention et la poursuite de citoyens non américains soupçonnés d’appartenir à Al-Qaïda ou de se livrer par ailleurs au terrorisme international. Le pouvoir de traduire en justice ces individus a été conféré à des commissions militaires. Les individus faisant l’objet de ces décrets, dont M. Khadr, y étaient décrits comme des combattants ennemis.

[7] En février et en septembre 2003, des représentants du Service canadien de renseignements et de sécurité (SCRS) et de la Direction du renseignement extérieur du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI) se sont rendus à la baie de Guantánamo pour interroger M. Khadr. Les représentants ont fourni les renseignements qu’ils ont obtenus aux États-Unis. M. Khadr a été interrogé une fois de plus en mars 2004 par un représentant du MAECI qui savait, avant que l’entrevue n’ait lieu, que M. Khadr avait été assujéti à une technique de privation de sommeil par les autorités américaines. Cette technique, ainsi que l’objectif de celle-ci, ont été décrits dans un rapport¹ :

¹Reproduit au par. 15 de *Khadr c. Canada (Premier ministre)*, 2009 CF 405, [2010] 1 R.C.F. 34. Dans ce rapport, « Umar » représente M. Khadr.

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 hour intervals he is moved to another cell block, thus denying him uninterrupted sleep and a continuous change of neighbours. He will soon be placed in isolation for up to three weeks and then will be interviewed again.

[8] The actions of these Canadian officials were soundly criticized by the Supreme Court of Canada which found that their conduct violated the principles of fundamental justice (*Khadr II*, at paragraph 25):

This conduct establishes Canadian participation in state conduct that violates the principles of fundamental justice. Interrogation of a youth, to elicit statements about the most serious criminal charges while detained in these conditions and without access to counsel, and while knowing that the fruits of the interrogations would be shared with the U.S. prosecutors, offends the most basic Canadian standards about the treatment of detained youth suspects.

[9] On March 15, 2004, Mr. Khadr commenced an action against the Crown relating to Canada’s actions while he was in Guantánamo Bay (Court file T-536-04). In that action he is seeking a declaration that his Charter rights have been breached, damages, and an injunction against further interrogation by Canadian government officials. That action continues.

[10] In June 2004, the U.S. Supreme Court² recognized the power of the Government of the U.S. to detain enemy combatants, but ruled that detainees who are U.S. citizens must have the ability to challenge their detention before an impartial judge. The Court’s holdings were limited to detainees who were U.S. citizens; however, four of the justices, relying on the Geneva Convention [*Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*, August 12, 1949, being Schedule III of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3], held that *habeas corpus* should be

[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.

[8] Les actes de ces représentants canadiens ont été vertement critiqués par la Cour suprême du Canada, qui a conclu que leur conduite allait à l’encontre des principes de justice fondamentale (*Khadr II*, au paragraphe 25) :

Ces faits établissent la participation du Canada à une conduite étatique violant les principes de justice fondamentale. Le fait d’avoir interrogé un adolescent, pour lui soutirer des déclarations relatives aux accusations criminelles les plus sérieuses qui soient, alors qu’il était détenu dans ces conditions et qu’il ne pouvait pas consulter un avocat et même si l’on savait que les fruits des interrogatoires seraient communiqués aux procureurs américains, contrevient aux normes canadiennes les plus élémentaires quant aux traitements à accorder aux suspects adolescents .

[9] Le 15 mars 2004, M. Khadr a intenté une action contre la Couronne relativement aux gestes posés par le Canada alors qu’il était à la baie de Guantánamo (dossier de la Cour T-536-04). Dans cette demande, il sollicite un jugement déclaratoire portant que ses droits garantis par la Charte ont été violés, des dommages-intérêts, ainsi qu’une injonction interdisant tout autre interrogatoire par des représentants du gouvernement canadien. Cette demande est toujours pendante.

[10] En juin 2004, la Cour suprême des États-Unis² a reconnu le pouvoir du gouvernement américain de détenir des combattants ennemis, mais a statué que les détenus ayant la citoyenneté américaine doivent avoir la capacité de contester leur détention devant un juge impartial. Les conclusions de la Cour se limitaient aux citoyens américains; cependant, quatre des juges, en se fondant sur la Convention de Genève [*Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, qui constitue l’annexe III de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3], ont

²*Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

²*Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

available to any alleged enemy combatant. In response, the U.S. Department of Defense instituted Combatant Status Review Tribunals for all those held at Guantánamo Bay, Cuba.

[11] On August 31, 2004, after Mr. Khadr had been questioned by the Canadian officials, a summary of evidence memo was prepared for his Combatant Status Review Tribunal. The summary alleged that Omar Khadr had admitted he threw a grenade which killed a U.S. soldier, attended an Al-Qaida training camp in Kabul and worked as a translator for Al-Qaida to co-ordinate landmine missions. In addition, he was accused of helping to plant the landmines between Khost and Ghardez, and having visited an airport near Khost to collect information on U.S. convoy movements.³ The Supreme Court found that “[t]he record suggests that the interviews conducted by CSIS and DFAIT provided significant evidence in relation to these charges”: *Khadr II*, paragraph 20 (emphasis added). The Combatant Status Review Tribunal reviewed Mr. Khadr’s status and concluded that he was an enemy combatant. In so ruling, Mr. Khadr’s continued detention by the U.S. was legal, according to American law.

[12] On February 8, 2005, following his status review, Mr. Khadr brought a motion in this Court (Court file T-536-04) seeking an interlocutory injunction to prevent Canadian officials from interviewing him further. Justice von Finckenstein granted that injunction on August 8, 2005: *Khadr v. Canada*, 2005 FC 1076, [2006] 2 F.C.R. 505.

[13] On November 7, 2005, Mr. Khadr was formally charged with a number of offences. As a result of irregularities in the process and procedure followed by

³The summary of evidence and the conclusions of the Combatant Status Review Tribunal may be found in the decision of Justice von Finckenstein in *Khadr v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2005 FC 135, 249 D.L.R. (4th) 515.

statué que tout présumé combattant ennemi doit bénéficier de l’*habeas corpus*. En réponse, le département de la Défense des États-Unis a institué un tribunal d’examen du statut de combattant (Combatant Status Review Tribunals) pour tous les individus détenus à la baie de Guantánamo, à Cuba.

[11] Le 31 août 2004, après que M. Khadr eut été interrogé par les représentants canadiens, une note de résumé de la preuve a été rédigée pour son audience devant le tribunal d’examen du statut de combattant. Selon le résumé, Omar Khadr avait admis avoir lancé une grenade ayant tué un soldat américain, a participé à un camp d’entraînement d’Al-Qaïda à Kaboul, et a œuvré comme traducteur pour Al-Qaïda afin de coordonner des missions d’installation de mines antipersonnel. De plus, il a été accusé d’avoir aidé à installer des mines antipersonnel entre Khost et Ghardez, ainsi que d’avoir visité un aéroport situé près de Khost dans le but de recueillir des renseignements au sujet des déplacements des convois des États-Unis³. La Cour suprême a conclu que « [l]e dossier indique que les interrogatoires menés par le SCRS et le MAECI ont fourni des éléments de preuve importants au sujet des accusations dont M. Khadr fait l’objet » : *Khadr II*, paragraphe 20 (non souligné dans l’original). Le tribunal d’examen du statut de combattant s’est penché sur le statut de M. Khadr et a conclu que celui-ci était un combattant ennemi. Étant donné cette décision, la détention continue de M. Khadr par les autorités américaines était légale, selon le droit américain.

[12] Le 8 février 2005, à la suite de l’examen de son statut, M. Khadr a introduit une requête à la Cour (dossier de la Cour T-536-04) dans laquelle il sollicite une injonction interlocutoire interdisant tout autre interrogatoire par les représentants canadiens. Le juge von Finckenstein a accordé cette injonction le 8 août 2005 : *Khadr c. Canada*, 2005 CF 1076, [2006] 2 R.C.F. 505.

[13] Le 7 novembre 2005, M. Khadr a été officiellement accusé de certaines infractions. Compte tenu d’irrégularités dans le processus et la procédure adoptée

³Le résumé de la preuve et les conclusions du tribunal d’examen du statut de combattant peuvent être consultés dans la décision du juge von Finckenstein dans *Khadr c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2005 CF 135.

the U.S. government, the charges against Mr. Khadr have been re-laid at least twice. He currently stands charged with five offences pursuant to the *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600 and the *Manual for Military Commissions* [United States. Department of Defense, online <<http://www.defense.gov/news/commissionsmanual.html>>]: (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. His trial on these charges is scheduled to commence at Guantánamo Bay on August 10, 2010.

[14] Mr. Khadr has been seeking his return to Canada for more than five years through numerous avenues and intermediaries. A request made by his solicitors on July 28, 2008 directly to Canada and the failure of Canada to respond to it led to an application to this Court for judicial review (Court file T-1228-08).

[15] On April 23, 2009, Justice O'Reilly allowed the application for judicial review of the "ongoing decision and policy" of the Government of Canada not to seek the repatriation of Mr. Khadr to Canada: *Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 405, [2010] 1 F.C.R. 34. He found that Canada had infringed Mr. Khadr's rights under section 7 of the Charter, which provides that:

Life, liberty
and security of
person

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.

[16] Justice O'Reilly ordered Canada to remedy this breach of the Charter by requesting the U.S. to "return Mr. Khadr to Canada as soon as practicable."

[17] A majority of the Federal Court of Appeal dismissed an appeal by the Crown: *Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FCA 246, [2010] 1 F.C.R. 73. The Federal Court of Appeal stated [at paragraph 1]: "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

par le gouvernement américain, les accusations à l'endroit de M. Khadr ont dû être présentées de nouveau, et ce, à au moins deux reprises. Il est toujours accusé de cinq infractions prévues à la *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600 et au *Manual for Military Commissions* [États-Unis. Department of Defense, en ligne : <<http://www.defense.gov/news/commissionsmanual.html>>] : 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. Son procès sur ces accusations doit débiter à la baie de Guantánamo, le 10 août 2010.

[14] M. Khadr cherche à revenir au Canada par toutes sortes de moyens depuis plus de cinq ans. Une demande a été présentée par ses avocats le 28 juillet 2008 directement au Canada, et l'absence de réponse du pays a conduit à la présentation d'une demande de contrôle judiciaire devant la Cour (dossier de la Cour T-1228-08).

[15] Le 23 avril 2009, le juge O'Reilly a accueilli la demande de contrôle judiciaire portant sur la « décision courante et la politique » du gouvernement du Canada de refuser de réclamer son rapatriement : *Khadr c. Canada (Premier Ministre)*, 2009 CF 405, [2010] 1 R.C.F. 34. Il a conclu que le Canada avait violé les droits garantis à M. Khadr par l'article 7 de la Charte, qui prévoit que :

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.

Vie, liberté et
sécurité

[16] Le juge O'Reilly a ordonné au Canada de donner réparation à M. Khadr pour cette infraction à la Charte en demandant aux États-Unis de « renvoyer M. Khadr au Canada aussi tôt que possible ».

[17] Une majorité des juges de la Cour d'appel fédérale a rejeté un appel interjeté par la Couronne : *Khadr c. Canada (Premier ministre)*, 2009 CAF 246, [2010] 1 R.C.F. 73. La Cour d'appel fédérale a déclaré [au paragraphe 1] ce qui suit : « 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

exclusive authority to conduct foreign affairs.” On this issue, the Federal Court of Appeal held that the Supreme Court had already found that the Charter was engaged in the circumstances of Omar Khadr in its earlier decision in *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125 (*Khadr I*).

[18] The Federal Court of Appeal held that there was no factual basis for Canada’s submission that an order to seek repatriation constituted a “serious intrusion into the Crown’s responsibility for the conduct of Canada’s foreign affairs” [at paragraph 59] and that “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” [at paragraph 60].

[19] In *Khadr II* the Supreme Court upheld the finding that Mr. Khadr’s rights under section 7 of the Charter had been breached, but varied the remedy that had been ordered. In place of the remedy ordered by Justice O’Reilly and affirmed by the Federal Court of Appeal, the Supreme Court issued the following declaration which defined the Charter breach [at paragraph 48]:

... through the conduct of Canadian officials in the course of interrogations in 2003-2004, as established on the evidence before us, Canada actively participated in a process contrary to Canada’s international human rights obligations and contributed to Mr. Khadr’s ongoing detention so as to deprive him of his right to liberty and security of the person guaranteed by s. 7 of the *Charter*, contrary to the principles of fundamental justice.

[20] The Supreme Court [at paragraph 30] found that “the breach of Mr. Khadr’s s. 7 *Charter* rights remains ongoing and that the remedy sought [of asking the U.S. to repatriate Mr. Khadr to Canada] could potentially vindicate those rights” (emphasis added). However, the Court held that the remedy of repatriation sought by Mr. Khadr and ordered by the lower Courts was not

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. » À ce sujet, la Cour d’appel fédérale a statué que la Cour suprême avait déjà conclu dans son arrêt antérieur *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125 (*Khadr I*), que la Charte était applicable dans la situation d’Omar Khadr.

[18] La Cour d’appel fédérale a statué qu’il n’y avait aucun fondement factuel à l’observation présentée par le Canada portant qu’une ordonnance réclamant le rapatriement constituait une « ingérence grave dans la compétence de la Couronne en ce qui concerne la conduite des affaires extérieures du Canada » [au paragraphe 59] et que « [l]e 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 » [au paragraphe 60].

[19] Dans l’arrêt *Khadr II*, la Cour suprême a confirmé la conclusion que les droits garantis à M. Khadr par l’article 7 de la Charte avaient été violés, mais a modifié la réparation qui avait été ordonnée. Pour remplacer la réparation ordonnée par le juge O’Reilly et maintenue par la Cour d’appel fédérale, la Cour suprême a déclaré ce qui suit, au sujet de la violation de la Charte [au paragraphe 48] :

[...] compte tenu de la conduite de responsables canadiens lors d’interrogatoires menés en 2003 et 2004, telle qu’elle est établie par la preuve, le Canada a activement participé à un processus contraire aux obligations internationales qui lui incombent en matière de droits de la personne et a contribué à la détention continue de M. Khadr, de telle sorte qu’il a porté atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui garantit l’art. 7 de la *Charte* et ce, de manière incompatible avec les principes de justice fondamentale.

[20] La Cour suprême [au paragraphe 30] a conclu que « la violation des droits garantis à M. Khadr par l’art. 7 de la *Charte* est toujours en cours et que la réparation sollicitée [demander aux États-Unis de renvoyer M. Khadr au Canada] pourrait défendre ces droits » (non souligné dans l’original). Cependant, la Cour a statué que le rapatriement réclamé par M. Khadr en guise de

“appropriate and just in the circumstances” before it [at paragraph 29].

[21] The Supreme Court gave three reasons why the order of repatriation was not appropriate and just in the circumstances before it. First, in ordering Canada to seek Mr. Khadr’s repatriation it said [at paragraph 39] that the lower Courts gave “too little weight to the constitutional responsibility of the executive to make decisions on matters of foreign affairs”. Second, it held that it was unclear whether the U.S. would agree to a request that Mr. Khadr be repatriated to Canada. Third [at paragraph 44], it expressed concern that it did not have a complete record from which it could obtain a complete picture of the “range of considerations currently faced by the government in assessing Mr. Khadr’s request.”

[22] It may be inferred from the judgment that had these three concerns been satisfied, the Supreme Court would have found that repatriation was an appropriate and just remedy, and it would have affirmed the order of the lower Courts.

[23] In my view, the second of the above reasons, the uncertainty of the U.S. response, was the basis upon which the Court said that seeking repatriation “could potentially vindicate” Mr. Khadr’s rights (emphasis added) [at paragraph 30]. It would be an effective remedy only if the U.S. agreed to the request and did return Mr. Khadr to Canada. If he was released, then he would be removed from U.S. detention, and it was his detention that the Court found to be the consequence of Canada’s breach of his Charter rights, and it was his detention that the Charter obliges Canada to cure.

[24] The Court noted, at paragraph 30 of *Khadr II* that “[a]n appropriate and just remedy is ‘one that meaningfully vindicates the rights and freedoms of the claimants’: *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at

réparation et ordonné par les tribunaux inférieurs n’était pas « convenable et juste eu égard aux circonstances » [au paragraphe 29].

[21] La Cour suprême a donné trois motifs pour lesquels l’ordonnance réclamant le rapatriement n’était pas convenable et juste eu égard aux circonstances. Premièrement [au paragraphe 39], en ordonnant au Canada de demander le rapatriement de M. Khadr, les tribunaux inférieurs ont accordé « un poids insuffisant à la responsabilité constitutionnelle de l’exécutif de prendre des décisions concernant les affaires étrangères ». Deuxièmement, elle estimait qu’on ne savait pas si les États-Unis accepteraient une demande visant à ce que M. Khadr soit rapatrié au Canada. Troisièmement [au paragraphe 44], elle s’estimait préoccupée par le fait qu’elle n’avait pas un dossier complet grâce auquel elle pourrait obtenir un portrait global « de l’ensemble des considérations auxquelles le gouvernement fait actuellement face pour juger de la demande de M. Khadr ».

[22] Il est possible d’inférer de ce jugement que si l’on avait répondu à ces trois préoccupations, la Cour suprême aurait conclu que le rapatriement était une réparation convenable et juste, et aurait confirmé l’ordonnance rendue par les tribunaux des instances inférieures.

[23] À mon avis, le deuxième des motifs exposés ci-dessus, soit l’incertitude de la réponse américaine, était le fondement sur lequel la Cour mentionnait que demander le rapatriement « pourrait défendre » les droits de M. Khadr (non souligné dans l’original) [au paragraphe 30]. Cette réparation serait efficace seulement si les É.-U. faisaient droit à la demande et renvoyaient M. Khadr au Canada. S’il était libéré, il ne serait alors plus détenu par les États-Unis; or, la Cour avait conclu que sa détention était la conséquence de la violation par le Canada de ses droits garantis par la Charte, et que c’est à la détention que la Charte oblige le Canada à remédier.

[24] La Cour a mentionné au paragraphe 30 de l’arrêt *Khadr II* qu’« [u]ne réparation convenable et juste est “celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur” : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003]

para. 55.” For the three reasons set out previously, the Court was of the view that it was not in a position to craft an effective remedy, but left the crafting of that remedy to Canada. The Supreme Court held (at paragraph 47):

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

[25] On February 3, 2010, shortly after the release of *Khadr II*, the Associate Director of Communications for the Prime Minister of Canada and the Minister of Foreign Affairs both provided statements to the press with respect to the position of the Government in light of the decision in *Khadr II*. Both stated that the Government was reviewing the decision of the Supreme Court but both made it clear that the Government had not changed its previous position; it would not seek the repatriation of Mr. Khadr.

[26] These public statements that the Executive was continuing its policy of not requesting the U.S. to repatriate Omar Khadr from Guantánamo Bay, Cuba, reflect the decision under review in Court file T-231-10.

[27] On February 16, 2010, in response to the decision in *Khadr II*, Canada sent a diplomatic note to the Government of the U.S. requesting that it not use any of the information provided to it by Canada in its prosecution of Mr. Khadr. This note and the response from the Government of the U.S. are reproduced in Annex A and Annex B, respectively.

[28] Canada’s response by way of the diplomatic note constitutes the decision under review in Court file T-230-10 in which Mr. Khadr seeks “judicial review in

3 R.C.S. 3, paragraphe 55 ». Pour les trois motifs énoncés précédemment, la Cour était d’avis qu’elle n’était pas en mesure de concevoir une réparation efficace, et en a donc laissé la conception au Canada. La Cour suprême a statué ce qui suit (au paragraphe 47) :

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

[25] Le 3 février 2010, peu après la publication de l’arrêt *Khadr II*, le directeur adjoint des communications pour le premier ministre du Canada et le ministre des Affaires étrangères ont tous les deux fourni des déclarations aux médias relativement à la position du gouvernement du Canada, à la lumière de la décision dans l’arrêt *Khadr II*. Tous deux ont déclaré que le gouvernement examinait la décision de la Cour suprême, mais ont dit sans équivoque que le gouvernement n’avait pas changé d’avis; il ne demanderait pas le rapatriement de M. Khadr.

[26] Ces déclarations publiques, selon lesquelles l’exécutif persistait dans son refus de ne pas demander aux États-Unis de renvoyer Omar Khadr de la baie de Guantánamo (Cuba), constituent la décision faisant l’objet du contrôle judiciaire dans le dossier de la Cour T-231-10.

[27] Le 16 février 2010, en réponse à la décision dans l’arrêt *Khadr II*, le Canada a envoyé une note diplomatique au gouvernement des États-Unis dans laquelle il lui demandait de n’utiliser aucun des renseignements fournis par le Canada dans sa poursuite contre M. Khadr. Cette note, et la réponse du gouvernement des États-Unis à celle-ci, sont reproduites respectivement aux annexes A et B.

[28] La réponse du Canada contenue dans la note diplomatique constitue la décision faisant l’objet du contrôle judiciaire dans le dossier de la Cour T-230-10,

respect of the Respondents' decision of February 16, 2010, to remedy the *Charter* violation identified in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, by sending the diplomatic note of February 16, 2010, and to provide no other remedy".

[29] It is of note that after the public statements were made by the Government spokesperson and the Minister, counsel for Mr. Khadr wrote to counsel for Canada on February 5, 2010, asserting that Mr. Khadr was entitled to procedural fairness and natural justice in the Executive's consideration of a remedy:

We understand from the recent comments of the Rt. [sic] Hon. Minister Cannon and an e-mail of today's date from Mjr. Jeff Grohraring [sic] USMC that the Minister of Justice and/or the Minister of Foreign Affairs may be considering an appropriate remedy for the *Charter* violation identified in the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3. To this end, it appears that copies of the pleadings filed in the upcoming motion to suppress statements before Col. Parish, Military Judge, have been requested of the Prosecution by the Minister of Foreign Affairs.

We as Mr. Khadr's counsel request formal notice as to the nature of any issues presently under consideration which will affect the rights and interests of our client, as well as the opportunity to present informed submissions in advance of any such decision. We also request a reasonable level of disclosure as to those materials which are relevant to this issue and in the possession or power of the Canadian government.

We reserve the right to rely upon any violations of the principles of fairness, natural justice and/or fundamental justice which would result from a failure to respond to this request.

[30] Counsel for Canada responded with an explanation as to why it made the request to the U.S. for copies of the pleadings; however, no response was provided to the request for notice and an opportunity to present submissions before a decision was taken by the Executive. Mr. Khadr thus had no knowledge of the

dans laquelle M. Khadr sollicite [TRADUCTION] « le contrôle judiciaire relativement à la décision des défendeurs du 16 février 2010 de donner réparation à la violation de la *Charte* que la Cour suprême du Canada a relevé dans l'arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3 en ne prenant aucune autre mesure de réparation, outre l'envoi de la note diplomatique du 16 février 2010 ».

[29] Il importe de mentionner qu'après que le porte-parole du gouvernement et le ministre eurent fait les déclarations, l'avocat de M. Khadr a écrit à son homologue du gouvernement canadien le 5 février 2010, soutenant que M. Khadr avait droit à ce que l'exécutif respecte les droits de M. Khadr à l'équité procédurale et à la justice naturelle.

[TRADUCTION] Ce que nous comprenons des récents commentaires du ministre Cannon et d'un courriel reçu aujourd'hui du major Jeff Grohraring [sic] du USMC, est que le ministre de la Justice et le ministre des Affaires étrangères pourraient étudier la possibilité d'accorder une réparation appropriée pour la violation de la *Charte* relevée par la Cour suprême du Canada dans le récent arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3. À cette fin, il semble que des copies des actes de procédures déposés en vue de la requête en radiation des déclarations présentées au Col. Parish, juge militaire, ont été demandées à la poursuite par le ministre des Affaires étrangères.

À titre d'avocats de M. Khadr, nous demandons réception d'un avis officiel concernant la nature des questions présentement à l'examen qui pourraient toucher les droits et les intérêts de notre client, ainsi que la possibilité de présenter des observations éclairées avant qu'une telle décision ne soit prise. Nous demandons aussi un degré de divulgation raisonnable des pièces pertinentes pour la présente affaire que le gouvernement canadien a en sa possession.

Nous nous réservons le droit d'invoquer toute violation des principes d'équité, de justice naturelle et/ou de justice fondamentale qui découlerait d'une omission de répondre à la présente demande.

[30] L'avocat du gouvernement du Canada a répondu en expliquant pourquoi il avait demandé aux États-Unis des copies des actes de procédure; cependant, cette demande est restée sans réponse, et l'exécutif a saisi l'occasion pour présenter des observations avant qu'une décision soit prise relativement à sa demande. M. Khadr

action Canada would be taking or an opportunity to make submissions concerning it before Canada sent the diplomatic note to the U.S.

[31] These applications were ordered consolidated by the Chief Justice on April 9, 2010, and were heard together in Edmonton, Alberta, on June 8, 2010.

[32] The relief sought by Mr. Khadr in both applications is identical except for the date of the decision under review. They read as follows:

The Applicant makes application for:

(1) An Order pursuant to ss. 6, 7, 12 and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the nature of *certiorari* setting aside the decision ...;

(2) Order pursuant to ss. 6, 7, 12 and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the nature of *mandamus* requiring the Respondents to demand the repatriation of the Applicant from the custody of U.S. forces in Guantanamo Bay, Cuba;

(3) In the alternative, an Order directing the Respondents to reconsider their decision ... having first accorded the Applicant a fair opportunity to be heard;

(4) Costs; and

(5) Such further and other relief as the Court deems to be just and appropriate.

Issues

[33] The issues put before the Court in these applications are issues of procedural fairness and natural justice. Counsel for the applicant explicitly stated in his oral submissions that the issue of whether the response of the Executive was “unreasonable or patently unreasonable or something of that nature” was not being raised in these applications.

n’avait donc pas connaissance des gestes que le Canada allait poser, ou de la possibilité pour l’exécutif de présenter des observations à ce sujet, avant que le Canada n’envoie la note diplomatique aux États-Unis.

[31] Le juge en chef a ordonné la fusion de ces demandes le 9 avril 2010, et elles ont été instruites conjointement à Edmonton (Alberta), le 8 juin 2010.

[32] Sauf en ce qui concerne la date de la décision faisant l’objet du contrôle judiciaire, les demandes de réparation présentées par M. Khadr sont identiques. Elles sont rédigées ainsi :

[TRADUCTION]

Le demandeur sollicite :

1) Une ordonnance de *certiorari* fondée sur les articles 6, 7, 12 et le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* annulant la décision;

2) Une ordonnance de *mandamus* fondée sur les articles 6, 7, 12 et le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* enjoignant aux défendeurs de réclamer le rapatriement du demandeur, qui est détenu par l’armée américaine à la baie de Guantánamo (Cuba);

3) Subsidiairement, une ordonnance enjoignant aux défendeurs de revenir sur la décision [...] après avoir d’abord accordé au demandeur une possibilité raisonnable d’être entendu;

4) Les dépens;

5) Toute autre réparation que la Cour estime juste et appropriée.

Questions en litige

[33] Les questions dont la Cour est saisie dans les présentes demandes portent sur l’équité procédurale et la justice naturelle. L’avocat du demandeur a explicitement déclaré, dans ses observations de vive voix, que la question de savoir si la réponse de l’exécutif était [TRADUCTION] « déraisonnable, manifestement déraisonnable ou quelque chose de cette nature » n’était pas soulevée dans les présentes demandes.

[34] In my view, based on the memoranda filed and the oral submissions made by counsel for the parties, there are five issues that this Court must address. They relate to one or both of the “decisions” under review. The first decision is reflected in the public statements made February 3, 2010, not to seek the repatriation of Omar Khadr from the U.S. which, for convenience, I shall refer to as “Decision I”. The second decision is Canada’s decision to ask the U.S. not to use any evidence or statements Canada shared with it as a result of the interviews Canadian officials conducted with Mr. Khadr in any proceedings against him which I shall refer to as “Decision II”. Collectively, and again for ease of reference, I shall refer to these two decisions as “Canada’s response” to the declaration issued by the Supreme Court of Canada. In my view, Canada’s response was twofold: (1) it decided not to request the U.S. to repatriate Mr. Khadr and (2) it decided to ask the U.S. not to use the information it had shared with them against Mr. Khadr’s interests.

[35] The five issues before the Court are the following:

1. Is Decision I, as reflected in the statements made on February 3, 2010, regarding the declaration issued by the Supreme Court of Canada a “decision”, subject to judicial review?
2. Is Decision II, Canada’s response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada by sending the diplomatic note, subject to judicial review?
3. Was Mr. Khadr entitled to receive procedural fairness and natural justice in relation to Canada’s response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada?
4. If Mr. Khadr was entitled to receive procedural fairness and natural justice in relation to Canada’s

[34] À mon avis, étant donné les mémoires déposés et les observations orales présentées par les avocats des parties, la Cour doit répondre à cinq questions. Elles se rapportent à l’une des « décisions » faisant l’objet du contrôle judiciaire, ou aux deux. La première décision est celle de ne pas réclamer le rapatriement d’Omar Khadr des États-Unis, laquelle est énoncée dans les déclarations publiques faites le 3 février 2010, à laquelle je vais faire référence, pour des raisons pratiques, à la « Décision I ». La deuxième décision est celle du gouvernement du Canada de demander aux États-Unis de ne pas se servir d’un élément ou d’une déclaration dont celui-ci leur a fait part à la suite des interrogatoires de M. Khadr menés par les représentants canadiens, et ce, à tout stade des procédures qu’ils pourraient engager contre lui. Je vais appeler cette décision la « Décision II ». Toujours par souci de commodité, je vais appeler ces deux décisions la « réponse du Canada » au jugement déclaratoire rendu par la Cour suprême du Canada lorsque je ferai référence aux deux décisions simultanément. À mon avis, la réponse du Canada comporte deux volets : 1) la décision de ne pas solliciter le rapatriement de M. Khadr aux États-Unis et 2) la décision de demander aux États-Unis de ne pas utiliser d’une manière contraire aux droits de M. Khadr les renseignements dont il leur avait fait part.

[35] La Cour est saisie des cinq questions en litige suivantes :

1. La Décision I, qui est énoncée dans les déclarations faites le 3 février 2010 à l’égard du jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada, constitue-t-elle une « décision » susceptible de contrôle judiciaire?
2. La Décision II, soit l’envoi de la note diplomatique par le Canada en réponse au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada, est-elle susceptible de contrôle judiciaire?
3. M. Khadr avait-il droit à l’équité procédurale et à la justice naturelle relativement à la réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada?
4. Dans l’éventualité où M. Khadr avait droit à l’équité procédurale et à la justice naturelle à l’égard de la

response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada, did he receive it?

5. If Mr. Khadr was not provided procedural fairness and natural justice in relation to Canada's response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada, what, if any, order should this Court issue as a consequence?

Analysis

1. *Is the decision reflected in the statements made on February 3, 2010, regarding the declaration issued by the Supreme Court of Canada a "decision" subject to judicial review?*

[36] Mr. Khadr submits that the "decision" of February 3, 2010, is captured by the following exchange between Mr. Dimitri Soudas, the Associate Communications Director of the Prime Minister, and the media:

Q: Will you comply?

DS: It's a court decision and it's from the highest court. Complying with it means you respect the decision. Their ruling said we get to decide

...

Q: Apart from bringing him back to Canada, are there things the government can do to respect the court's judgment regarding the violation of his Charter rights?

DS: We're reviewing that and more will follow....

Q: So there's no shift in your overall position that you've held about whether or not he comes back to Canada?

DS: Correct.

Q: But you are reviewing, just so we're clear, you are reviewing his situation there and there may be things the

réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada, en a-t-il bénéficié?

5. Si M. Khadr n'a pas bénéficié de l'équité procédurale et de la justice naturelle relativement à la réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada, quelle ordonnance, le cas échéant, la Cour devrait-elle rendre en conséquence?

Analyse

1. *La Décision I, qui est énoncée dans les déclarations faites le 3 février 2010 à l'égard du jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada, constitue-t-elle une « décision » susceptible de contrôle judiciaire?*

[36] M. Khadr soutient que l'échange suivant entre M. Dimitri Soudas, le directeur adjoint des communications du premier ministre, et des journalistes illustre la « décision » du 3 février 2010 :

[TRADUCTION]

Q : Allez-vous vous conformer au jugement?

DS : Il s'agit d'une décision judiciaire qui émane de la plus haute cour au pays. Se conformer au jugement signifie que l'on respecte la décision rendue. Or, selon le jugement, la décision finale nous appartient [...]

[...]

Q : À l'exception de le rapatrier au Canada, y-a-t'il des mesures que le gouvernement peut prendre afin de respecter le jugement de la cour à l'égard de la violation à ses droits garantis par la Charte?

DS : C'est ce que nous sommes en train d'examiner, nous aurons éventuellement plus de détails [...]

Q : Vous ne revenez donc pas sur la position générale que vous avez maintenue à propos de son retour ou non au Canada?

DS : Exactement.

Q : Donc, pour que nous puissions comprendre, vous examinez sa situation en ce moment, et il pourrait y avoir des mesures

government of Canada may do to help him or ameliorize [*sic*] his situation?

DS: The minister of justice will obviously have a lead role in this. But there is no shift in Canadian policy on this. And when I say there is no shift in Canadian policy, I take it all the way back to the previous government.

[37] Mr. Khadr further submits that the “decision” of February 3, 2010 is also captured by the following exchange between the Honourable Lawrence Cannon, Minister of Foreign Affairs, and the media:

Q: Minister Cannon, could you tell us how your government came to the decision not to request Mr. Khadr’s return to Canada after the Supreme Court decision? We heard from the Prime Minister’s Office today that there’s been no change in position on the return of Mr. Khadr.

Hon. Lawrence Cannon: Well, there hasn’t been a change in position.

Q: How did you get to that decision?

Hon. Lawrence Cannon: Well, how did we get to that decision? It’s exactly the same decision that we have taken since the very outset of this incident or at least of this file. You’ll recall that we of course respect the decision that the Obama administration has taken to close down Guantanamo but at the same time to make sure that those people who are held and that have charges that are—that they—that are being put forward and that they are facing that indeed the American justice system go forward. That has been our position from the beginning. We’ve said the [*sic*] Mr. Khadr is facing serious charges. As you will recall, Mr. Khadr is being held by the Americans because of his involvement or alleged involvement, I should say, in the murder of an American military officer who indeed I should say American medical officer who died in an incident and he’s being held on those charges. We continue to provide consular services. We have done so. Mr. Khadr is receiving all of the services that normally we would provide any other citizen and in that regard—

Q: What about his rights violation?

que le gouvernement du Canada pourrait prendre pour l’aider, ou pour améliorer sa situation?

DS : Le ministre de la Justice aura évidemment un rôle important à jouer dans cette affaire. Mais il n’y a pas de changements à la position canadienne à ce sujet. Et lorsque je dis qu’il n’y a pas de changement dans la politique canadienne, je remonte jusqu’au gouvernement précédent.

[37] M. Khadr fait aussi observer que la « décision » du 3 février 2010 est aussi illustrée dans l’échange suivant, entre l’honorable Lawrence Cannon, ministre des Affaires étrangères, et des journalistes :

[TRADUCTION]

Q : Monsieur le Ministre, pouvez-vous nous dire comment votre gouvernement est parvenu à la décision de ne pas réclamer le retour d’Omar Khadr au Canada à la suite de la décision de la Cour suprême? Selon ce que nous avons entendu aujourd’hui du bureau du Premier ministre, il n’y a pas de changement de position en ce qui concerne le retour de M. Khadr.

Hon. Lawrence Cannon : Effectivement, nous sommes restés sur notre position.

Q : Comment êtes-vous parvenus à cette décision?

Hon. Lawrence Cannon : Vous voulez savoir comment nous sommes parvenus à cette décision? Il s’agit exactement de la même décision que celle que nous avons prise depuis le tout début de cet incident, du moins, en ce qui concerne ce dossier. Vous vous souvenez que nous respectons évidemment la décision prise par l’administration Obama de fermer Guantánamo, mais aussi de s’assurer que les individus détenus ayant des accusations déposées contre eux — qu’ils — qu’elles soient présentées, et que les procédures judiciaires américaines suivent effectivement leur cours. C’est notre position depuis le début. Nous avons dit que M. Khadr fait face à de graves chefs d’accusation. Comme vous vous souvenez, M. Khadr est détenu par les Américains en raison de son implication, ou, devrais-je dire, de sa prétendue implication, dans le meurtre d’un officier militaire américain ou, devrais-je dire, dans la mort d’un médecin militaire qui est décédé lors d’un incident, et qu’il est détenu relativement à ces accusations. Nous continuons à fournir les services consulaires. Nous l’avons fait. M. Khadr reçoit tous les services que nous fournissons en temps normal à tous les autres citoyens, et à cet égard —

Q : Qu’en est-il de la violation de ses droits?

Hon. Lawrence Cannon: —I’m finishing my question, Jennifer. And in that regard—

Q: What about his rights violation?

Hon. Lawrence Cannon: —in that regard we will continue— we will continue to monitor the situation as we have been doing and my understanding is that the Americans will make a determination on that and we will let the Americans make that determination and once that is done we will see what the next steps are.

[38] The respondents submit that these statements made to the media that underlie the application in T-231-10 are not amenable to judicial review. They submit that they are “merely statements and not decisions”. The respondents say that *1099065 Ontario Inc. (c.o.b. Outer Space Sports) v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FCA 47, 375 N.R. 368, supports this submission.

[39] The “decision” under review in *1099065 Ontario Inc.* was a letter proposing a meeting and suggesting dates. The Federal Court of Appeal noted that there was nothing in the letter that impacted the applicant as he could simply choose to ignore it or decline the proposal to meet. The circumstances here are substantially different. Here the “decision” to hold the course and not seek repatriation did directly impact Mr. Khadr. Here, it is not the statements of these two men that are under review but the decision made by the Executive that is reflected in the statements made. Further, I agree with the applicant that this Court has already held in *Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 405 that decisions not to take a certain course of action that are evidenced by public statements are justiciable.⁴ In this respect the decision in T-231-10 is no different in nature than the decision under review in *Khadr II* although the circumstances when the decisions were each made differed significantly. The real question is whether these statements evidenced a new decision or whether these men were merely reiterating the Government’s previous position. In my view, these statements can only be seen to reflect a new decision made after the declaration of

⁴That finding was not challenged by Canada before the Federal Court of Appeal: 2009 FCA 246, [2010] 1 F.C.R. 73, para. 38.

Hon. Lawrence Cannon : — Je vais finir de répondre à la question, Jennifer. Et à cet égard —

Q : Qu’en est-il de la violation de ses droits?

Hon. Lawrence Cannon : — à cet égard, nous allons continuer — nous allons continuer à surveiller la situation, comme nous l’avons fait, et selon ce que je sais des faits, les Américains vont prendre une décision à ce sujet, et nous les laisseront prendre cette décision. Lorsque cela sera fait, nous allons voir quelles seront les prochaines étapes.

[38] Les défendeurs prétendent que ces déclarations aux médias qui sous-tendent la demande dans le dossier T-231-10 ne peuvent faire l’objet d’un contrôle judiciaire. Ceux-ci prétendent qu’elles ne sont que [TRADUCTION] « de simples déclarations, et non des décisions ». Les défendeurs affirment que l’arrêt *1099065 Ontario Inc. (f.a.s. Outer Space Sports) c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CAF 47, appuie cette observation.

[39] La « décision » ayant fait l’objet du contrôle judiciaire dans l’arrêt *1099065 Ontario Inc.* était une lettre proposant une réunion et suggérant des dates pour celle-ci. La Cour d’appel fédérale a mentionné que la lettre ne contenait rien qui avait une incidence sur le demandeur, puisque celui-ci pouvait simplement décider d’ignorer la lettre, ou de refuser la proposition de rencontre. En l’espèce, les circonstances sont différentes. La « décision » du gouvernement de rester sur ses positions et de ne pas réclamer le rapatriement a eu des répercussions directes sur M. Khadr. En l’espèce, ce ne sont pas les déclarations de ces deux hommes qui font l’objet du contrôle judiciaire, mais la décision prise par l’exécutif, laquelle transpire des déclarations produites. Qui plus est, je suis d’accord avec l’affirmation du demandeur que la Cour a déjà conclu dans *Khadr c. Canada (Premier ministre)*, 2009 CF 405, que les décisions visant à ne pas adopter une certaine conduite qui sont confirmées par des déclarations publiques sont du ressort des tribunaux⁴. À cet égard, la décision faisant l’objet du dossier T-231-10 n’est pas de nature différente de celle ayant fait l’objet du contrôle judiciaire dans l’arrêt *Khadr II*, même si les circonstances existant au

⁴Cette conclusion n’a pas été contestée par le Canada devant la Cour d’appel fédérale : 2009 CAF 246, [2010] 1 R.C.F. 73, au par. 38.

the Supreme Court had issued such that they clearly indicate that regardless of what action the Executive would be taking, it would not be seeking repatriation. To find that these statements were not reflective of a new decision in these circumstances would require a finding that the Prime Minister's Associate Communications Director and the Minister of Foreign Affairs were speaking without the authority of a decision by the Executive having been made. There is no evidence to support such a finding and given their senior roles such lack of authorization should not be assumed absent convincing evidence.

[40] This leads to the second objection raised by the respondents. They submit that the decision not to seek Mr. Khadr's repatriation has already been litigated by these parties, culminating in *Khadr II*, and that it is therefore *res judicata* in that this very issue was finally determined by the Supreme Court.

[41] *Res judicata* functions to prevent causes of action or issues from being relitigated. In this case, the respondents rely on issue estoppel as a bar to these applications. In order to successfully plead issue estoppel, the pleading party must prove:

- (1) that the same question has been decided;
- (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and
- (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their

moment où chacune des décisions a été rendue étaient fort différentes. La vraie question est de savoir si ces déclarations constituaient la preuve d'une nouvelle décision, ou si ces hommes ne faisaient que réitérer la position antérieure du gouvernement. À mon avis, ces déclarations peuvent seulement être interprétées comme énonçant une nouvelle décision prise après le jugement déclaratoire rendu par la Cour suprême, indiquant que peu importe la mesure qu'allait prendre le pouvoir exécutif, celui-ci n'opérerait pas pour le rapatriement. Conclure que ces déclarations ne traduisaient pas une nouvelle décision dans les circonstances mènerait à une conclusion que le directeur adjoint des communications du premier ministre et le ministre des Affaires étrangères ont fait des déclarations sans y être autorisés par une décision du pouvoir exécutif. Or, aucune preuve n'était cette conclusion, et compte tenu de l'importance de leur charge, l'on ne devrait pas présumer de la non-autorisation en l'absence d'une preuve convaincante.

[40] Cela nous mène à la deuxième objection soulevée par les défendeurs. Ils prétendent que la décision de ne pas solliciter le rapatriement de M. Khadr avait déjà fait l'objet de procédures entre les parties ayant culminé avec l'arrêt *Khadr II*, et qu'il s'agit donc d'une chose jugée, car la même question a fait l'objet d'une décision définitive par la Cour suprême.

[41] Le principe de l'autorité de la chose jugée a pour fonction d'empêcher que des causes d'action ou des questions en litige soient débattues de nouveau. En l'espèce, les défendeurs invoquent seulement le principe de préclusion de la question déjà tranchée pour faire obstacle à l'examen des présentes demandes. Afin de plaider avec succès le principe de préclusion de la question déjà tranchée, la partie qui l'invoque doit prouver :

- 1) que la même question a été décidée;
- 2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la [préclusion] soit finale; et
- 3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la [préclusion] est soulevée,

privies: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at paragraph 25 citing *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248, at page 254.

[42] This tri-partite test is conjunctive; all three tests must be met before an estoppel is found.

[43] The second and third parts of this test are satisfied in that the parties in this application are the same as in *Khadr II* and it was a final decision. However, I am of the view that the first part of the test is not met.

[44] It is true that Justice O'Reilly held that Canada's refusal to seek repatriation violated the principles of fundamental justice (because Canada had a duty to protect Mr. Khadr) and therefore, his section 7 Charter rights; however, the Federal Court of Appeal and the Supreme Court of Canada defined the question before them quite differently. The Supreme Court defined the issue before it as whether Canada had participated in a process that contributed to Mr. Khadr's detention so as to deprive him of his right to liberty, not in accordance with the principles of fundamental justice. The question that was answered is not the same question as is before this Court on this application.

[45] Furthermore, the context of the application made to Justice O'Reilly and this application are substantially different. In *Khadr II*, the decision made by Canada was not in response to a declaration issued by the Supreme Court finding a breach of Mr. Khadr's Charter rights and mandating a remedy. In this case, the decision made by Canada was such a response. While procedural fairness could have been argued in *Khadr II*, the question would not have been whether Mr. Khadr was entitled to procedural fairness in Canada's decision responding to a declaration of the Supreme Court in the nature already discussed. The questions could not possibly have been the same because the circumstances had changed significantly by the time the decision in

ou leurs ayants droit : *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, au paragraphe 25, renvoyant à *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248, à la page 254.

[42] Le critère en trois volets est conjonctif; les trois volets doivent être établis qu'il soit conclu à l'existence de la préclusion.

[43] Les deuxième et troisième volets de ce critère sont établis, parce que les parties dans la présente demande sont les mêmes que celles en cause dans l'arrêt *Khadr II*, et que cette décision était définitive. Cependant, je suis d'avis que le premier volet du critère n'a pas été établi.

[44] Il est vrai que le juge O'Reilly a conclu que le refus du Canada de solliciter le rapatriement de M. Khadr allait à l'encontre des principes de justice fondamentale (parce que le Canada avait l'obligation de protéger M. Khadr), et par conséquent, des droits garantis à celui-ci par l'article 7 de la Charte; cependant, la Cour d'appel fédérale et la Cour suprême du Canada ont défini la question dont elles étaient saisies de manière passablement différente. La Cour suprême a défini la sienne comme étant de savoir si le Canada avait pris part à un processus ayant contribué à la détention de M. Khadr de manière à le priver de son droit à la liberté, en contravention avec les principes de justice fondamentale. La question à laquelle elle a répondu n'est pas la même que celle dont est saisie la Cour dans la présente demande.

[45] De plus, le contexte dans lequel la demande adressée au juge O'Reilly et celui de la présente demande est nettement différent. Dans l'arrêt *Khadr II*, la décision prise par le Canada n'avait pas pour but de répondre à un jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême dans lequel celle-ci concluait à une violation des droits de M. Khadr garantis par la Charte et exigeait une réparation. La décision prise par le Canada en l'espèce constituait une telle réponse. La question de l'équité procédurale aurait pu être plaidée dans l'arrêt *Khadr II*, mais celle-ci n'aurait pas été de savoir si M. Khadr avait droit à l'équité procédurale dans la décision du Canada ayant pour but de répondre au jugement déclaratoire de la Cour suprême du type

this application was made. Therefore, the first precondition for issue estoppel is not met. The issue before me is not *res judicata*.

2. *Is Canada's response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada subject to judicial review?*

[46] The respondents submit that to the extent that Court file T-230-10 “seeks to review the question of whether a court should make an order that the government request Mr. Khadr’s repatriation” that issue was already decided in *Khadr II*. Accordingly, it says that issue is *res judicata*.

[47] As noted previously, it is true that Mr. Khadr in these applications is asking the Court to direct Canada to seek his repatriation; however, this application seeks to set aside Decision II because he was not afforded procedural fairness in Canada’s response to the Supreme Court’s declaration. That question was not before any of the courts in *Khadr II* nor could it have been.

[48] Therefore, I reject the respondents’ submissions that Canada’s response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada is not subject to judicial review because of the application of the doctrine of *res judicata*.

[49] The respondents also submit that these decisions are not reviewable because section 7 of the Charter is not engaged by the process Canada undertook to comply with the Supreme Court’s declaration in *Khadr II*. Their submission, as set out in their memorandum, is as follows:

dont nous avons déjà analysé. Les questions ne pouvaient pas être les mêmes, parce qu’au moment où la décision sur laquelle porte la présente demande a été prise, les circonstances avaient grandement changé. Par conséquent, la question dont je suis saisi ne répond pas à la première condition d’application du principe de préclusion de la question déjà tranchée et n’est pas chose jugée.

2. *La réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada est-elle susceptible de contrôle judiciaire?*

[46] Les défendeurs prétendent que, dans la mesure où le demandeur [TRADUCTION] « sollicite l’examen de la question de savoir si un tribunal devrait prononcer une ordonnance enjoignant au gouvernement de réclamer le rapatriement de M. Khadr » dans le dossier T-230-10, cette question a été tranchée dans l’arrêt *Khadr II*. Par conséquent, il affirme que cette question est chose jugée.

[47] Comme il a précédemment été mentionné, il est vrai que M. Khadr demande à la Cour dans les présentes demandes d’enjoindre au Canada de réclamer son rapatriement; cependant, la demande du dossier T-230-10 vise à faire annuler la Décision II, parce que M. Khadr n’a pas bénéficié de l’équité procédurale lorsque le Canada a répondu au jugement déclaratoire de la Cour suprême. Aucun des tribunaux n’était saisi de cette question dans l’affaire *Khadr II*, et aucun n’aurait pu l’être.

[48] Par conséquent, je rejette les observations des défendeurs portant que l’application de la doctrine de l’autorité de la chose jugée fait en sorte que la réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada n’est pas susceptible de contrôle judiciaire.

[49] Les défendeurs prétendent aussi que ces décisions ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire, parce que l’article 7 de la Charte n’entre pas en jeu compte tenu du processus entrepris par le Canada pour se conformer au jugement déclaratoire de la Cour suprême prononcé dans l’arrêt *Khadr II*. Leur observation, telle qu’énoncée dans leur mémoire, se lit comme suit :

In *Khadr* 2010, the Supreme Court held that the section 7 rights of Mr. Khadr were engaged because information from the Canadian interviews could be taken to have contributed to his continued detention. It was from this engagement of his section 7 rights that the analysis of the applicable principles of fundamental justice and appropriate remedy flowed. In this case, however, how can it be said that Mr. Khadr's section 7 rights are triggered by the steps taken by the government to address the breach so identified by the Supreme Court?

If section 7 is not engaged, the government's response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada in *Khadr* 2010 is an entirely discretionary decision within the realm of foreign policy by the executive branch of government which is not amenable to review on procedural fairness grounds.

[50] The respondents' submission that section 7 of the Charter is not engaged is without merit. The Supreme Court of Canada found that Canada's breach was first done in 2003 and 2004 by interviewing Mr. Khadr and passing on the content of the interviews to the U.S. It also found that it was a continuing breach as Mr. Khadr remained in detention by the U.S. and that Canada's illegal acts contributed to this. So long as the breach of Mr. Khadr's rights remains ongoing, section 7 of the Charter is engaged. How can it be said that a decision to cure or ameliorate that ongoing breach does not engage his section 7 Charter rights? The whole premise of the Government action was to remedy the breach that it had caused.

[51] In my view, if it has been found that a person's rights under the Charter have been infringed by the government and that infringement is ongoing, then the Charter remains engaged until the government has taken steps to cure the breach or has satisfied a court of competent jurisdiction that it cannot be cured and that it has taken all reasonably practicable steps to provide a remedy for its breach.

[TRANSLATION] Dans l'arrêt *Khadr* rendu en 2010, la Cour suprême a statué que les droits garantis à M. Khadr par l'article 7 trouvaient application, parce que les renseignements soutirés à la suite des interrogatoires menés par le Canada auraient pu avoir contribué à son maintien en détention. C'était à partir de cette application de ses droits garantis à l'article 7 que découlait l'analyse de l'applicabilité des principes de justice fondamentale et de la réparation appropriée. Cependant, comment peut-on affirmer en l'espèce que les mesures prises par le gouvernement pour remédier à la violation qu'a relevée la Cour suprême font intervenir les droits garantis à M. Khadr par l'article 7?

Si l'application de l'article 7 n'est pas déclenchée, la réponse du gouvernement au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Khadr* rendu en 2010 relève donc entièrement du pouvoir discrétionnaire de la branche exécutive du gouvernement en matière d'affaires étrangères, lequel n'est pas susceptible de contrôle judiciaire fondé sur des motifs d'équité procédurale.

[50] L'observation des défendeurs portant que l'article 7 de la Charte ne s'applique pas est dénuée de fondement. La Cour suprême du Canada a conclu que le Canada a violé pour la première fois les droits de M. Khadr en 2003 et 2004, en interrogeant ce dernier et en transmettant le contenu des interrogatoires aux États-Unis. Elle a aussi conclu que le fait que M. Khadr était resté prisonnier des États-Unis constituait une violation continue de ses droits, et que les actes illégaux du Canada avaient joué un rôle dans cette violation. Tant que la violation des droits de M. Khadr se poursuit, l'article 7 de la Charte s'applique. Comment peut-on affirmer qu'une décision visant à corriger cette violation continue ou à remédier à celle-ci ne fait pas entrer en jeu les droits garantis à M. Khadr par l'article 7 de la Charte? L'objectif principal des mesures du gouvernement était de remédier à la violation qu'il avait lui-même causé.

[51] À mon avis, s'il a été conclu que le gouvernement a violé les droits garantis à une personne par la Charte et que cette violation perdure, la Charte demeure applicable, jusqu'à ce que le gouvernement ait pris des mesures pour corriger la violation, ou qu'il ait convaincu un tribunal compétent qu'il est impossible de corriger la violation et qu'il a pris toutes les mesures raisonnablement possibles pour remédier à la violation.

[52] On the record before this Court, Canada has taken only one positive action in response to the declaration that it breached Mr. Khadr's rights; it sent the diplomatic note to the U.S. It received a response and has done nothing further. In her oral submissions, counsel for the respondents reminded the Court that Canada has a remarkable history of complying with court decisions⁵ and, consistent with this history, Canada has complied with or responded to every court decision relating to Mr. Khadr. Counsel for the respondents also admitted in her oral submissions that Canada was obligated to respond to the Supreme Court's declaration swiftly and that "not doing anything at all would be very difficult to justify". In light of that acknowledgment and given the response of the U.S. to the note, one must conclude that Canada is of the view that its first and only action has remedied the breach or that there are no reasonably practicable steps to provide a remedy; otherwise it would have advanced other potential curative remedies. As will be seen, I do not share the view that Canada, in its actions taken to date, has remedied the breach or that there are no other potential curative remedies available.

[53] In any event, the respondents' submission, in my view, is really a submission that the actions of the Executive in fashioning the remedy it did are not subject to judicial review because they were done in the exercise of the royal prerogative; this brings us to the third issue.

3. *Was Mr. Khadr entitled to receive procedural fairness and natural justice in relation to Canada's response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada?*

[54] The respondents submit that like a decision delegated by statute to the Governor in Council, a decision made pursuant to the royal prerogative must be

⁵A fact noted by the Supreme Court in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, para. 32.

[52] Selon la preuve dont est saisie la Cour, le Canada n'a pris qu'une seule mesure concrète pour répondre au jugement déclaratoire portant qu'il avait violé les droits de M. Khadr; il a envoyé une note diplomatique aux États-Unis. Il a reçu une réponse à cette note, et n'a rien fait depuis. Dans sa plaidoirie, l'avocate des défendeurs rappelle à la Cour que le Canada a des antécédents remarquables lorsque vient le temps de se conformer aux décisions judiciaires⁵ et que, comme il en a l'habitude, il s'est conformé et a répondu à toutes les décisions judiciaires dont M. Khadr a fait l'objet. L'avocate des défendeurs a aussi admis dans ses observations que le Canada avait l'obligation de répondre rapidement au jugement déclaratoire de la Cour suprême, et que [TRADUCTION] « l'inaction aurait été très difficile à justifier ». À la lumière de cette admission, et compte tenu de la réponse des États-Unis à la note diplomatique, l'on doit conclure que le Canada est d'avis que sa première et seule mesure qu'il a prise a remédié à la violation, ou qu'il n'y avait pas d'autres mesures raisonnablement possibles pour donner réparation; sinon, il aurait pris d'autres mesures de réparation. Comme nous le verrons, je ne partage pas l'opinion que le Canada, par les mesures qu'il a prises à ce jour, a corrigé la violation, ou qu'aucune autre mesure corrective ne peut être prise.

[53] Quoiqu'il en soit, l'observation des défendeurs signifie à mon avis que les mesures prises par l'exécutif pour concevoir la réparation offerte ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire, car elles ont été prises dans le cadre de la prérogative royale; cela nous amène donc à la troisième question.

3. *M. Khadr avait-il droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle relativement à la réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême?*

[54] Les défendeurs prétendent qu'à l'instar d'une décision prise en vertu d'un pouvoir délégué par la loi au gouverneur en conseil, une décision prise en vertu de

⁵Un fait que la Cour suprême a relevé dans l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, au par. 32.

treated with much sensitivity, and that the Supreme Court recognized this sensitivity in *Khadr II* by leaving the final decision of how to proceed up to the Government. They rely on the decision of the Supreme Court of Canada in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, and the statement at page 757 therein that “there is no need for the Governor in Council to give reasons for his decision, to hold any kind of a hearing, or even to acknowledge the receipt of a petition” from those affected.

[55] I agree with the applicant that the facts before the Court in *Inuit Tapirisat* differ significantly from those in this application. There, the decision of the executive was its denial of an appeal of a decision of the CRTC [Canadian Radio-television and Telecommunications Commission] regarding telephone rates. It was a decision affecting many persons. The Supreme Court held that whether the rules of natural justice and procedural fairness applied was dependent upon a number of considerations including the subject-matter of the decision at issue and the consequences to the person(s) affected. The Court held that no such duty was owed in that case, given these and other considerations. Importantly, it also made it clear that where the decision is an administrative one, rather than a legislative one, and where the *res* or subject-matter is an individual concern or a right unique to the petitioner or appellant, rather than something affecting a broad group, different considerations arise.

[56] Unlike *Inuit Tapirisat*, the present decisions under review directly impacted only one citizen, Omar Khadr.

[57] The respondents submit that Canada’s response is not justiciable because it was a decision of the Executive, on broad grounds of public and foreign policy, taken in the exercise of the royal prerogative in that it affected foreign relations.

la prérogative royale doit être examinée avec une grande sensibilité, et que la Cour suprême du Canada a tenu compte de cette sensibilité dans l’arrêt *Khadr II* en laissant au gouvernement le dernier mot sur la manière de procéder. Ils se fondent sur l’arrêt de la Cour suprême du Canada *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, et sur la déclaration faite à la page 757 selon laquelle « le gouverneur en conseil n’a pas à motiver sa décision, à tenir quelque audience que ce soit ni même à accuser réception d’une requête » des personnes en cause.

[55] Je suis d’accord avec le demandeur que les faits dont la Cour était saisie dans l’arrêt *Inuit Tapirisat* diffèrent significativement de ceux dans la présente demande. Dans cette affaire, la décision de l’exécutif était le rejet d’un appel interjeté à l’égard d’une décision du CRTC [Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes] portant sur les tarifs téléphoniques. Cette décision avait des répercussions sur plusieurs personnes. La Cour suprême a statué que la question de savoir si les règles de justice naturelle et d’équité procédurale s’appliquaient dépendait d’un certain nombre de considérations, y compris l’objet de la décision en question et les conséquences sur les personnes en cause. Compte tenu de ces facteurs, ainsi que d’autres, la Cour a statué dans cette affaire qu’il n’y avait pas d’obligation d’accorder de telles garanties. Fait important, la Cour a dit sans équivoque que, lorsque l’on est en présence d’une décision administrative, par opposition à une décision législative, que la *res* ou l’objet est de nature personnelle ou propre au requérant ou à l’appelant, plutôt que de nature à concerner un groupe étendu, l’on peut croire que des considérations différentes entrent en jeu.

[56] Contrairement à l’arrêt *Inuit Tapirisat*, les présentes décisions faisant l’objet du contrôle judiciaire n’ont des répercussions que sur un seul citoyen, Omar Khadr.

[57] Les défendeurs prétendent que la réponse du Canada n’est pas susceptible de recours judiciaire, parce qu’il s’agissait d’une décision du pouvoir exécutif en matière de politique publique et étrangère, prise dans le cadre de l’exercice de la prérogative royale, en ce sens qu’elle concernait les relations étrangères.

[58] The narrow issue to be determined is whether the duty to be fair applies to Canada's response, which the applicant concedes involved the exercise of the royal prerogative.

[59] The *Magna Carta* (1215), the Bill of Rights (1688) [*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Setting the Succession of the Crown*, 1688 (U.K.), 1 Will. & Mary, Sess. 2, c. 2], and the *Act of Settlement 1700* (U.K.) [12 & 13 Will. III, c. 2] were arguably the first steps taken to curtail the absolute powers of the Crown and establish the concept of parliamentary sovereignty. They began a process of restricting the prerogatives of the Crown that continues to the present day.

[60] The applicant says that fairness applies because the decisions affect his individual rights. He cites and relies upon the following passage from David Phillip Jones and Anne S. de Villars, *Principles of Administrative Law*, 5th ed. (Toronto: Carswell, 2009), at page 244:

More recent decisions, however, seem to hold that, at least in principle, the duty to be fair does extend to the exercise of the prerogative powers. These cases suggest that the prevailing consideration in determining whether the duty of fairness extends to the exercise of the prerogative power is the subject matter involved, not the source of the power: that is, regardless of whether the decision stems from a prerogative power, does the decision affect the rights of an individual? If yes, the decision is subject to judicial review and the duty of fairness [citations omitted].

[61] Although not cited by these authors, their conclusion is consistent with that reached by the Ontario Court of Appeal in *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215 (C.A.). That Court adopted the finding of the House of Lords in *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374, which the Court of Appeal, at paragraph 51 summarizes as follows:

[58] Par conséquent, il s'agit strictement de savoir si le devoir d'agir avec équité s'applique à la réponse du Canada, au sujet de laquelle le demandeur admet qu'elle relève de l'exercice de la prérogative royale.

[59] On peut soutenir que la *Magna Carta* (1215), le Bill of Rights (1688) [*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Setting the Succession of the Crown* (1688) (R.-U.), 1 Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2], et l'*Act of Settlement 1700* [(R.-U.), 12 & 13 Will. III, ch. 2] ont été les premiers pas franchis afin de limiter le pouvoir absolu de la Couronne, et d'établir le concept de souveraineté parlementaire. Ces textes constituaient le début d'un processus visant à restreindre les prérogatives de la Couronne qui se poursuit jusqu'à ce jour.

[60] Le demandeur affirme que l'équité entre en jeu, parce que les décisions ont des répercussions sur ses droits individuels. Il se fonde sur le passage suivant, qui est tiré de l'ouvrage de David Phillip Jones et de Anne S. de Villars intitulé *Principles of Administrative Law*, 5^e ed. (Toronto : Carswell, 2009), à la page 244 :

[TRADUCTION]

Cependant, les décisions plus récentes semblent indiquer, du moins en principe, que le devoir d'agir équitablement s'étend à l'exercice des pouvoirs relevant de la prérogative royale. Ces décisions laissent entendre que la considération principale lorsque vient le temps de déterminer si le devoir d'agir équitablement s'étend à l'exercice des pouvoirs relevant de la prérogative royale est l'objet de l'exercice de celle-ci, et non de la source du pouvoir : que la décision découle ou non de l'exercice de la prérogative, la décision touche-t-elle les droits d'un individu? Si c'est le cas, la décision est susceptible de contrôle judiciaire et le devoir d'agir équitablement entre en jeu [renvois omis].

[61] Bien que ces auteurs n'y renvoient pas, leur conclusion s'accorde avec celle à laquelle est parvenue la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215 (C.A.). Cette Cour a fait sienne la conclusion de la Chambre des lords dans l'arrêt *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374, que la Cour d'appel de l'Ontario résume comme suit au paragraphe 51 :

Under the test set out by the House of Lords, the exercise of the prerogative will be justiciable, or amenable to judicial process, if its subject matter affects the rights or legitimate expectations of an individual. Where the rights or legitimate expectations of an individual are affected, the court is both competent and qualified to judicially review the exercise of the prerogative.

[62] In this case, as has been discussed, the applicant submits that his rights are affected by the Executive's exercise of the royal prerogative because his section 7 rights were engaged. Therefore, he says, Canada's response is reviewable. I agree that his section 7 rights were engaged. Whether the remedy the Executive chose cured the breach or not, its decision most certainly affects Mr. Khadr's Charter rights and therefore is justiciable.

[63] Moreover, I am of the view that Mr. Khadr had a legitimate expectation that Canada would take action to cure the breach of his Charter rights in light of the declaration that Canada had breached his rights. As was observed by Chief Justice McLachlin, writing for the Court in *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, at paragraph 20 "a right, no matter how expansive in theory, is only as meaningful as the remedy provided for its breach." As such, the decision taken affected his legitimate expectations and, following the finding in *Council of Civil Service Unions*, it is justiciable.

[64] Madam Justice L'Heureux-Dubé, at paragraph 26 of her reasons in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, described how a party's legitimate expectations may determine his entitlement to procedural fairness:

... the legitimate expectations of the person challenging the decision may also determine what procedures the duty of fairness requires in given circumstances. Our Court has held that, in Canada, this doctrine is part of the doctrine of fairness or natural justice, and that it does not create substantive rights As applied in Canada, if a legitimate expectation is found to exist, this will affect the content of the duty of fairness owed to the individual or individuals affected by the decision. If the claimant has a legitimate expectation that a

[TRADUCTION] Selon le critère établi par la Chambre des lords, l'exercice de la prérogative sera justiciable, ou susceptible de contrôle judiciaire, si ce qui est visé touche les droits ou attentes légitimes d'un individu. Dans un tel cas, la cour est à la fois compétente pour soumettre l'exercice de la prérogative au contrôle judiciaire et qualifiée pour le faire.

[62] Dans la présente affaire, comme il a été mentionné précédemment, le demandeur soutient que ses droits sont touchés par l'exercice de la prérogative royale par l'exécutif, parce que ses droits garantis à l'article 7 étaient en jeu. Par conséquent, il estime que la réponse du Canada est susceptible de contrôle judiciaire. Je suis d'accord que ses droits garantis à l'article 7 étaient en jeu. Que la réparation choisie par le pouvoir exécutif ait corrigé ou non la violation, la décision a certainement touché les droits de M. Khadr prévus à la Charte, et est donc justiciable.

[63] De plus, je suis d'avis que M. Khadr s'attendait légitimement à ce que le Canada prenne des mesures pour remédier à la violation de ses droits garantis par la Charte, compte tenu du jugement déclaratoire en ce sens. Comme l'a fait observer la juge en chef McLachlin, s'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575 au paragraphe 20, « un droit, aussi étendu soit-il en théorie, est aussi efficace que la réparation prévue en cas de violation, sans plus ». Par conséquent, la décision prise avait une incidence sur ses attentes légitimes, et est justiciable compte tenu de la conclusion tirée dans l'arrêt *Council of Civil Service Unions*.

[64] Madame la juge L'Heureux-Dubé, au paragraphe 26 de ses motifs dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, a décrit la manière dont l'attente légitime d'une partie influe sur son droit à l'équité procédurale :

[...] les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision peuvent également servir à déterminer quelles procédures l'obligation d'équité exige dans des circonstances données. Notre Cour a dit que, au Canada, l'attente légitime fait partie de la doctrine de l'équité ou de la justice naturelle, et qu'elle ne crée pas de droits matériels [...] Au Canada, la reconnaissance qu'une attente légitime existe aura une incidence sur la nature de l'obligation d'équité envers les personnes visées par la décision. Si le demandeur s'attend

certain procedure will be followed, this procedure will be required by the duty of fairness Similarly, if a claimant has a legitimate expectation that a certain result will be reached in his or her case, fairness may require more extensive procedural rights than would otherwise be accorded Nevertheless, the doctrine of legitimate expectations cannot lead to substantive rights outside the procedural domain. This doctrine, as applied in Canada, is based on the principle that the “circumstances” affecting procedural fairness take into account the promises or regular practices of administrative decision-makers, and that it will generally be unfair for them to act in contravention of representations as to procedure, or to backtrack on substantive promises without according significant procedural rights. [Emphasis added and authorities omitted.]

[65] In my view, Mr. Khadr had a legitimate expectation based on the declaration of the Supreme Court that Canada would effect a remedy that would cure the breach, and if no such curative remedy was available, then it would effect a remedy that would ameliorate the breach. This expectation is founded on section 24 of the Charter and the express words of the Supreme Court [at paragraph 47] that its declaration provided “the legal framework for the executive to exercise its functions and to consider what actions to take in respect of Mr. Khadr, in conformity with the *Charter*.”

[66] Mr. Khadr’s circumstances *vis-à-vis* Canada may be contrasted with that of Mr. Abbasi *vis-à-vis* the United Kingdom as set out in the decision of the English Court of Appeal 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.

[67] Mr. Abbasi is a British national. Like Mr. Khadr, he was captured by the U.S. in Afghanistan and transported to Guantánamo Bay, Cuba. After he had been detained for eight months without charge or access to a court or hearing, his family brought an application for judicial review, to compel the Government of the United Kingdom to make representations on his behalf to the U.S. government to either take appropriate action or explain why it had not done so.

légitimement à ce qu’une certaine procédure soit suivie, l’obligation d’équité exigera cette procédure [...] De même, si un demandeur s’attend légitimement à un certain résultat, l’équité peut exiger des droits procéduraux plus étendus que ceux qui seraient autrement accordés [...] Néanmoins, la doctrine de l’attente légitime ne peut pas donner naissance à des droits matériels en dehors du domaine de la procédure. Cette doctrine, appliquée au Canada, est fondée sur le principe que les «circonstances» touchant l’équité procédurale comprennent les promesses ou pratiques habituelles des décideurs administratifs, et qu’il serait généralement injuste de leur part d’agir en contravention d’assurances données en matière de procédures, ou de revenir sur des promesses matérielles sans accorder de droits procéduraux importants. [Non souligné dans l’original et renvois omises.]

[65] À mon avis, M. Khadr s’attendait légitimement, étant donné le jugement déclaratoire de la Cour suprême, à ce que le Canada prenne une mesure de réparation ayant pour effet de remédier à la violation, et que si une telle mesure de réparation s’avérait impossible, il opérerait pour une réparation ayant pour but de pallier la violation. Cette attente repose sur l’article 24 de la Charte, ainsi que sur les termes exprès employés par la Cour suprême [au paragraphe 47] selon lesquels son jugement déclaratoire fournissait à l’exécutif « le cadre juridique en vertu duquel il devra exercer ses fonctions et examiner les mesures qu’il conviendra de prendre à l’égard de M. Khadr, en conformité avec la *Charte* ».

[66] La situation de M. Khadr par rapport au Canada peut être différenciée de celle de M. Abbasi par rapport au Royaume-Uni, telles qu’elles ont été exposées dans la décision de la Cour d’appel d’Angleterre et du Pays de Galles 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.

[67] M. Abbasi est citoyen britannique. Tout comme M. Khadr, il a été fait prisonnier par les États-Unis en Afghanistan, et transféré à la baie de Guantánamo, à Cuba. Après avoir été détenu pendant huit mois, sans que des accusations ne soient portées et qu’il ait eu droit à une comparution ou à une audience, sa famille a introduit une demande de contrôle judiciaire visant à enjoindre au gouvernement du Royaume-Uni de faire des représentations en son nom auprès du

[68] The Court of Appeal dismissed the application holding that at international law a State was under no “duty to intervene by diplomatic or other means to protect a citizen who is suffering or threatened with injury in a foreign State”: *Abbasi*, paragraph 69. The Court also found that the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 4 November 1950, 213 U.N.T.S. 221, provided Mr. Abbasi with no assistance unless it could be shown that England had effective control over Guantánamo Bay or that it had extra-territorial jurisdiction over Mr. Abbasi. It had neither. As it was put by the Court [at paragraph 77]:

[His counsel] has not identified any relevant control or authority exercised by the United Kingdom over Mr. Abbasi in his present predicament. Nor has he identified any act of the United Kingdom government of which complaint can be made that it violates Mr. Abbasi’s human rights.

[69] Just as the United Kingdom had no control or authority over Mr. Abbasi, Canada has no control or authority over Mr. Khadr. However, unlike the United Kingdom’s treatment of Mr. Abbasi, there has been a finding that Canada violated Mr. Khadr’s human rights, and this fact, and the requirement at law that such breaches be vindicated, imposes on Canada a duty to intervene by diplomatic or other means to cure the breach if possible and, if it is not possible to cure it, to attempt to ameliorate it.

[70] The Supreme Court found that a person whose rights under the Charter have been breached is entitled to an effective remedy from the breaching party—Canada in this case. Having found that Mr. Khadr’s section 7 rights were breached and having issued a declaration to that effect, Mr. Khadr could legitimately expect that the Crown would remedy its breach. In my view, the option of doing nothing was not an option that was legally available to Canada, given the declaration of the Supreme Court—doing nothing would not

gouvernement américain afin que celui-ci prenne les mesures appropriées, ou qu’il explique pourquoi il n’a pas pris de telles mesures.

[68] La Cour d’appel a rejeté la demande, statuant qu’en droit international, un État n’avait aucune [TRADUCTION] « obligation d’intervenir, par des moyens diplomatiques ou autres, afin de protéger un citoyen qui souffre, ou qui est menacé de blessures, dans un État étranger » : *Abbasi*, paragraphe 69. La Cour a aussi conclu que la *Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, n’était d’aucun secours pour M. Abbasi, à moins qu’il ne soit établi que l’Angleterre exerçait un contrôle effectif sur la baie de Guantánamo, ou qu’elle jouissait d’une compétence extraterritoriale sur la personne de M. Abbasi, ce qui n’était pas le cas. Comme l’a dit la Cour [au paragraphe 77] :

[TRADUCTION] [Son avocat] n’avait pas relevé de preuve pertinente d’exercice de contrôle ou d’autorité par le Royaume-Uni sur M. Abbasi dans la présente situation malheureuse qu’il vit. Il n’a pas non plus relevé de loi émanant du gouvernement du Royaume-Uni sur laquelle le plaignant peut se fonder pour affirmer qu’elle a violé les droits fondamentaux de M. Abbasi.

[69] À l’instar du Royaume-Uni qui n’a aucun contrôle ni autorité sur M. Abbasi, le Canada n’a aucun contrôle ni autorité sur M. Khadr. Cependant, contrairement au traitement réservé par le Royaume-Uni à M. Abbasi, il a été conclu que le Canada violait les droits fondamentaux de M. Khadr; ce fait, ainsi que l’obligation constitutionnelle que de telles violations fassent l’objet de mesures de réparation, impose au Canada un devoir d’intervenir, par des moyens diplomatiques ou autres, afin de corriger si possible la violation et, s’il est impossible de remédier à la violation, de tenter d’y pallier.

[70] La Cour suprême a conclu qu’une personne dont les droits garantis par la Charte avaient été violés avait droit à une réparation efficace de la part de la partie à l’origine de la violation — soit le Canada dans la présente affaire. Celle-ci ayant conclu que les droits garantis à M. Khadr par l’article 7 ont été violés et ayant prononcé un jugement déclaratoire en ce sens, M. Khadr pouvait légitimement s’attendre à ce que la Couronne corrige sa violation. À mon avis, le choix de ne rien faire n’était pas juridiquement valable pour le Canada,

be in conformity with the Charter.⁶ Such a response, or non-response, in my view, would only comply with Canada's Charter obligations if there was no action that could be taken to cure or ameliorate the breach. The paucity of remedy is not the case here as the Supreme Court held that requesting repatriation was potentially an effective remedy.

[71] Mr. Khadr was entitled to receive procedural fairness and natural justice from the Executive as it reached its decision as to the Charter remedy it would provide. Had the Government done what Mr. Khadr sought, seeking his return to Canada, then it would not have been necessary for the Executive to engage Mr. Khadr. His wishes were already stated and well known. When Canada made the decision not to seek his repatriation but to fashion a different remedy, then Mr. Khadr was entitled to be afforded procedural fairness and natural justice.

4. Did Mr. Khadr receive procedural fairness and natural justice from Canada?

[72] The procedural fairness and natural justice required will vary depending on the circumstances of the decision and the decision maker. In this case, I find that the level of fairness required to have been provided was at the low end of the scale. Even so, I find that Mr. Khadr did not receive fairness.

[73] The most basic requirement of justice is that a person affected by a decision be given notice of it. In my view, that basic principle applies all the more when the decision being taken directly affects one individual and is being taken to cure or ameliorate a previous breach

⁶It is instructive to note that the Supreme Court stated that its declaration would provide the framework for the Executive to consider "what" actions to take; it did not say that it was a framework for the executive to consider whether to take any action.

compte tenu du jugement déclaratoire de la Cour suprême — ne rien faire irait à l'encontre de la Charte⁶. Une telle réponse, ou absence de réponse, ne serait conforme aux obligations imposées par la Charte canadienne que si aucune mesure ne pouvait être prise pour corriger ou pallier la violation. Nous ne sommes pas en présence d'un cas d'absence de réparation possible en l'espèce, puisque la Cour suprême a statué que réclamer le rapatriement d'Omar Khadr pouvait constituer une réparation efficace.

[71] M. Khadr avait droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle de la part du pouvoir exécutif quand celui-ci a décidé de la réparation qu'il lui fournirait en application de la Charte. Si le gouvernement avait fait ce que M. Khadr demandait, soit de demander son retour au Canada, il n'aurait pas été nécessaire que le pouvoir exécutif noue le dialogue avec M. Khadr. Il avait déjà fait part de ses souhaits, et ceux-ci étaient bien connus. Lorsque le Canada a pris la décision de ne pas réclamer son rapatriement, mais plutôt d'élaborer une réparation différente, alors M. Khadr avait droit à ce que l'équité procédurale et la justice naturelle lui soient accordées.

4. Le Canada a-t-il accordé à M. Khadr l'équité procédurale et la justice naturelle?

[72] Le degré d'équité procédurale et de justice naturelle requis variera en fonction des circonstances de la décision, ainsi que de la situation du décideur. En l'espèce, je conclus que le degré d'équité auquel il avait droit se situait au bas de l'échelle. Malgré cela, je conclus que M. Khadr n'a pas bénéficié de l'équité.

[73] La justice la plus élémentaire exige qu'une personne concernée par une décision soit avisée de celle-ci. À mon avis, ce principe de base s'applique d'autant plus lorsque la décision prise touche directement une personne, et que la décision vise à corriger

⁶Il est intéressant de relever que la Cour suprême a déclaré que son jugement déclaratoire fournirait au pouvoir exécutif un cadre pour établir « quelles » mesures il doit prendre; elle n'a pas mentionné qu'il s'agissait d'un cadre pour examiner s'il doit prendre des mesures ou non.

of that individual's Charter rights. Donald J. M. Brown and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf (Toronto: Canvasback, 2010), at page 9-1 summarize this duty and its importance in the following passage:

It is therefore a fundamental element of the duty of fairness at common law, and, where applicable, of the constitutionally-guaranteed principles of fundamental justice, that prior notice be given to those entitled to participate that a decision is going to be made or some administrative action taken. In the words of the Supreme Court of Canada:

This rule is so very fundamental in our legal system that I do not think there is any necessity to discuss it at length. [Citation omitted.]

[74] Mr. Khadr's counsel attempted to become involved in the process after the decision was taken that Canada would not seek the return of Mr. Khadr, as is evident from the e-mail sent on February 5, 2010.

[75] When the Supreme Court provided the Executive with an opportunity to fashion a remedy and after the Executive decided that it would not seek Mr. Khadr's return as he had requested, the Executive then had a duty to inform Mr. Khadr of that decision, the remedy it was considering, and the action it would be taking. It also had a duty to give Mr. Khadr an opportunity to make written submissions as to remedial action(s) that would be appropriate before it unilaterally imposed its purported remedy.

[76] One should not interpret anything that has been said as suggesting that the Executive had to accede to any request or suggestion made by Mr. Khadr. On the other hand, that is not to say that the Executive could do nothing, or could choose not to provide the best possible remedy for the breach.

5. *What, if any, order should this Court issue?*

ou à pallier une violation antérieure des droits de cette personne garantis par la Charte. L'ouvrage de Donald J. M. Brown et John M. Evans, intitulé *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles (Toronto : Canvasback, 2010), à la page 9-1, a résumé dans le passage ci-dessous ce devoir et l'importance de celui-ci :

[TRADUCTION] Il s'agit donc d'un élément fondamental du devoir d'agir équitablement en common law et des principes de justice fondamentale garantis par la Constitution lorsque ceux-ci s'appliquent, qu'un avis soit donné à ceux ayant droit de participer lorsqu'une décision sera rendue, ou qu'une mesure administrative sera prise. Comme l'a dit la Cour suprême du Canada,

Cette règle est si fondamentale dans notre droit que je ne crois pas nécessaire d'en faire une longue démonstration. [Renvois omis.]

[74] L'avocat de M. Khadr a tenté de prendre part au processus après que la décision portant que le Canada ne réclamerait pas le rapatriement de M. Khadr fut prise, comme le prouve le courriel envoyé le 5 février 2010.

[75] Lorsque la Cour suprême a donné au pouvoir exécutif la possibilité de concevoir une réparation, le pouvoir exécutif avait l'obligation d'informer M. Khadr de sa décision de ne pas réclamer son rapatriement comme ce dernier le lui avait demandé, de la réparation qu'il envisageait, et de la mesure qu'il allait prendre. Il avait aussi l'obligation de donner à M. Khadr la possibilité de présenter des observations écrites au sujet des mesures de réparation qui seraient appropriées, avant d'imposer sa prétendue mesure de réparation.

[76] Il ne faut pas interpréter tout ce qui a été dit comme laissant entendre que le pouvoir exécutif devait faire droit à toute demande ou suggestion formulée par M. Khadr. D'un autre côté, cela ne veut pas dire que le pouvoir exécutif ne pouvait rien faire, ou qu'il pouvait choisir de ne pas prendre la meilleure mesure de réparation possible pour la violation.

5. *Quelle ordonnance, le cas échéant, la Cour devrait-elle rendre?*

[77] The Charter was breached when Canadian officials interrogated Mr. Khadr in the circumstances as described above and then shared the information they obtained from him with the U.S. The Supreme Court held that in so doing Canada contributed to Mr. Khadr's detention and his ongoing detention by the U.S. The initial breach cannot be cured; the ongoing breach may be curable.

[78] At the hearing, I stated that there appeared to me to be two obvious remedies that, if accepted by the U.S., would cure the breach: (1) to ask the U.S. to end the detention of Mr. Khadr and return him to Canada or (2) to ask the U.S. not to use the information Canada provided so that if he continues to be detained, the detention is not causally linked to Canada's actions.

[79] There may be other possible remedies that would cure the breach.

[80] Counsel for the applicant at the hearing, in response to a question from the Court, submitted that there are a number of actions Canada could take that would not cure the breach but would ameliorate it. One example given was asking the U.S. to try Mr. Khadr as a juvenile, given his age at the time the alleged offences were committed. Whether this remedy would ameliorate the effect of the breach or just ameliorate the consequences of the charges Mr. Khadr faces is unclear. What is clear to the Court is that Mr. Khadr claims to have a number of suggestions of remedial action that he would offer to the Crown if given the opportunity.

[81] A court will not grant a remedy for a breach of procedural fairness if it will have no effect on the result. If the same decision would have been reached even if natural justice had been provided then this Court will not quash the decision.

[77] L'interrogatoire de M. Khadr par les représentants canadiens dans les circonstances décrites ci-dessus et la divulgation subséquente des informations obtenues à la suite de l'interrogatoire ont entraîné la violation de la Charte. La Cour suprême a statué qu'en agissant ainsi, le Canada a joué un rôle dans la détention de M. Khadr par les États-Unis et dans la poursuite de cette détention. Il est impossible de corriger la violation initiale; il est toutefois possible de remédier au caractère continu de cette violation.

[78] Lors de l'audience, j'ai dit qu'il semblait y avoir deux mesures de réparation évidentes qui, si elles étaient acceptées par les États-Unis, auraient pour effet de corriger la violation : 1) demander aux États-Unis de libérer M. Khadr et de le renvoyer au Canada ou 2) demander aux États-Unis de ne pas utiliser les informations fournies par le Canada, de sorte que, si sa détention se poursuit, celle-ci ne soit pas directement attribuable aux gestes posés par le Canada.

[79] Il pourrait y avoir d'autres mesures de réparation qui auraient pour effet de corriger la violation.

[80] En réponse à une question de la Cour, l'avocat du demandeur à l'audience a affirmé que le Canada pourrait poser un certain nombre de gestes qui, sans corriger la violation, pallieraient celle-ci. À titre d'exemple, l'un de ces gestes serait de demander aux États-Unis de juger M. Khadr en tant que jeune délinquant, compte tenu de son âge au moment de la perpétration des infractions qu'on lui reproche. On ne sait pas si cette mesure de réparation aurait pour effet de pallier la violation de ses droits prévus à la Charte, ou simplement d'amoinrir les conséquences découlant des accusations auxquelles M. Khadr fait face. Ce qui est certain pour la Cour, c'est que M. Khadr prétend avoir un certain nombre de propositions de mesures correctives dont il ferait part à la Couronne, si on lui en donnait l'occasion.

[81] Un tribunal n'accordera pas une réparation pour un manquement à l'équité procédurale si cette réparation n'aura eu aucune répercussion sur le résultat. Dans le cas où l'exécutif serait parvenu à la même décision même s'il avait respecté le droit de M. Khadr à la justice naturelle, alors la Cour n'annulera pas la décision.

[82] In this case the diplomatic note has been sent and there has been a response. That cannot be undone—it is an historical fact. Accordingly, I will not grant the order, as requested, in the nature of *certiorari* setting aside the decision to ask the U.S. not to use the information provided to it by Canada. Doing so would be ineffective.

[83] The applicant asks, in the alternative, that the Court issue an order directing the respondents to “reconsider their decision to ask the U.S. not to use the information provided to it by Canada, having first accorded Mr. Khadr an opportunity to be heard”.

[84] In my view, if the actions of Canada in asking the U.S. not to use the information provided to it by Canada cured Canada’s breach, then there is no need for Canada to reconsider its decision as Mr. Khadr has received his Charter remedy. A breach need not be cured twice.

[85] It is clear on the record before the Court that the breach has not been cured. First, the U.S. did not accede to Canada’s request not to use the information it provided. The U.S. merely responded that the prosecution of Mr. Khadr would be governed by the *Military Commissions Act of 2009*, Pub. L. 111-84, 123 Stat. 2574; it has provided no assurance that the information would not be used against Mr. Khadr’s interests. Second, the record discloses that following the response by the U.S. government to Canada’s request, the information was used by the U.S. in the prosecution of Mr. Khadr.

[86] Kobie Flowers, one of Mr. Khadr’s defence counsel in the military commission prosecution being conducted at Guantánamo Bay, provided an affidavit in which he swears that on April 28, 2010, in response to a motion brought by Mr. Khadr to suppress evidence, the U.S. called a witness who testified that:

[82] Dans la présente affaire, la note diplomatique a été envoyée, et celle-ci a fait l’objet d’une réponse. Il est impossible de revenir en arrière — cela fait dorénavant partie de l’histoire. Par conséquent, je ne ferai pas droit à la demande d’ordonnance de *certiorari* visant à annuler la décision de demander aux États-Unis de ne pas utiliser les renseignements fournis par le Canada. Prendre une telle mesure serait inutile.

[83] Subsidiairement, le demandeur réclame que la Cour prononce une ordonnance enjoignant aux défendeurs de « revenir sur leur décision de demander aux États-Unis de ne pas utiliser les renseignements divulgués par le Canada, après avoir d’abord accordé au demandeur la possibilité de se faire entendre ».

[84] Je suis d’avis que, si la mesure prise par le Canada, en demandant aux États-Unis de ne pas utiliser les renseignements qu’ils lui ont divulgués, a corrigé la violation commise par le Canada, il n’est alors pas nécessaire que le Canada revienne sur sa décision, puisque M. Khadr a eu droit à sa réparation fondée sur la Charte. Il n’est pas nécessaire de remédier deux fois à une violation.

[85] Il ressort clairement du dossier de la Cour que la violation n’a pas été corrigée. Tout d’abord, les États-Unis n’ont pas fait droit à la demande du Canada de ne pas utiliser les renseignements que celui-ci lui avait divulgués : ils ont simplement répondu que le procès de M. Khadr serait régi par la *Military Commissions Act of 2009*, Pub. L. 111-84, 123 Stat. 2574, et n’ont donné aucune garantie que les renseignements ne seront pas utilisés à l’encontre des intérêts de M. Khadr. Ensuite, le dossier nous enseigne qu’après la réponse du gouvernement des États-Unis à la demande du Canada, les États-Unis ont utilisé les renseignements dans le cadre du procès de M. Khadr.

[86] Kobie Flowers, l’un des avocats de M. Khadr dans le procès tenu devant la commission militaire à la baie de Guantánamo, a fourni un affidavit dans lequel il atteste que le 28 avril 2010, en réponse à une requête présentée par M. Khadr visant à radier des éléments de preuve, les États-Unis ont cité un témoin, qui a relaté ce qui suit :

... she reviewed video recordings of interviews of the Applicant conducted by Canadian government officials at GTMO on February 13, 14, 15 and 16, 2003 and prepared a written report from those videos. She then testified as to the information contained in her report of the Canadian interviews. During her testimony, S.A. Dillard referred to her report of the Canadian interviews to refresh her memory.

[87] The respondents submit that Mr. Khadr is responsible for the introduction into evidence of the interviews conducted by the Canadian officials because Mr. Flowers, during his cross-examination of this prosecution witness on May 1, 2010, asked her to view, in closed session, some seven minutes from these videos “much of which consisted of Mr. Khadr crying”. In response, the U.S. then tendered as evidence “DVDs containing the entirety of the Canadian interviews as exhibits on the suppression motion”.

[88] I reject the respondents’ submission that Mr. Khadr was the cause of the Canadian evidence coming before the commission. It is clear on the record before the Court that it was the U.S. that first introduced the substance of the Canadian interviews as evidence before the military commission.

[89] Accordingly, Canada has not cured its breach of Mr. Khadr’s Charter rights.

[90] The Charter and the rule of law require that government breaches of Charter rights be remedied. In the usual case, a remedy that cures a breach caused by the government is available because the remedy is within the complete control of the government. Mr. Khadr’s situation differs because the remedy is not within the complete control of Canada. Canada can propose, but the U.S. must consent. Nonetheless, in my view, the breaching party remains required to attempt to cure the breach. It is only if a cure is not possible that a remedy that merely ameliorates the breach is warranted and must be attempted.

[TRANSDUCTION]

[...] elle a examiné les enregistrements vidéo des interrogatoires du demandeur menés par les représentants du gouvernement canadien à GTMO les 13, 14, 15 et 16 février 2003, ainsi que préparé un rapport écrit en se fondant sur ces vidéos. Elle a ensuite livré un témoignage concernant les renseignements contenus dans son rapport portant sur les interrogatoires du Canada. Lors de son témoignage, S.A. Dillard s’est référée à son rapport des entrevues du Canada afin de se rafraîchir la mémoire.

[87] Les défendeurs font observer que M. Khadr est responsable de la production en preuve des interrogatoires menés par les représentants canadiens, parce que M. Flowers, lors de son contre-interrogatoire du témoin de la poursuite tenu le 1^{er} mai 2010, a demandé à celle-ci de regarder, à huis clos, quelque sept minutes d’extraits de ces vidéos, [TRANSDUCTION] « dont la plupart montraient des images de M. Khadr éclatant en sanglots ». Les États-Unis ont ensuite produit en preuve [TRANSDUCTION] « des DVD contenant les interrogatoires canadiens dans leur intégralité, à titre de pièces en réponse à la requête en radiation ».

[88] Je rejette l’argument des défendeurs que la production de ces éléments de preuve devant la commission était attribuable à M. Khadr. Au vu de la preuve dont est saisie la Cour, il est manifeste que ce sont les États-Unis qui ont d’abord produit en preuve le contenu des interrogatoires canadiens devant la commission militaire.

[89] Par conséquent, le Canada n’a pas remédié à sa violation des droits de M. Khadr garantis par la Charte.

[90] La Charte et la primauté du droit exigent que les violations, par le gouvernement, des droits que garantit la Charte fassent l’objet d’une réparation. Habituellement, il est possible de remédier à une violation causée par le gouvernement, parce que ce dernier peut mettre en œuvre la mesure de réparation. La situation est quelque peu différente dans le cas de M. Khadr, parce que la mesure de réparation n’est pas complètement du ressort du Canada. Le Canada peut faire une proposition, mais les États-Unis doivent y consentir. Néanmoins, je suis d’avis que la partie à l’origine de la violation a tout de même l’obligation d’essayer de corriger la violation.

[91] In my view, if there is only one available remedy that potentially cures the breach of one person's Charter rights, then that remedy must be ordered by the Court, even if the order involves the exercise of the royal prerogative. This is to be contrasted with the cases relied on by the respondents, such as *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, and *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, above, where a declaration was issued precisely because a number of options or choices were available to the respective governments that would cure the Charter breach at issue; in these circumstances, courts have deliberately and appropriately left the flexibility with governments to fashion remedies that are both appropriate in the circumstances and conform with the Charter. In situations where there has been a Charter breach that is ongoing and where there is only one curative remedy identified, the argument for flexibility in the hands of government is significantly diminished. The fact that the one remedy available falls within the scope of the government's prerogative power does not prevent the Court from fashioning a remedy. As the Supreme Court stated in *Khadr II*, at paragraph 37: "courts are empowered to make orders ensuring that the government's foreign affairs prerogative is exercised in accordance with the constitution". If the Charter, as a part of Canada's Constitution, requires an action to be taken, and it does in the present circumstances, and if that action requires the exercise of the royal prerogative, then this Court is not only empowered to order it, this Court is required to order that it be done.

[92] In this case, if the Court was satisfied on the record that the only potential remedy not yet tried by Canada that could cure the breach was to issue an order requiring Canada, before Mr. Khadr's military commission proceeding commences on August 10, 2010,

C'est seulement lorsqu'il est impossible d'apporter un correctif qu'une mesure de réparation visant à pallier la violation est justifiée, et qu'il faut essayer de prendre cette mesure.

[91] À mon avis, s'il n'y avait qu'une seule mesure de réparation susceptible de corriger la violation des droits d'une personne garantis par la Charte, alors la Cour doit ordonner la prise d'une telle mesure de réparation, même si cette dernière relève de l'exercice de la prérogative royale. Cette situation doit donc être distinguée des arrêts sur lesquels se fondent les défendeurs, tels que *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, et *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, précité, où un jugement déclaratoire a été prononcé précisément parce qu'un certain nombre d'options s'offraient aux gouvernements respectifs pour corriger la violation de la Charte en cause; dans ces cas, les tribunaux ont délibérément et judicieusement laissé aux gouvernements la latitude d'élaborer des mesures de réparation qui étaient à la fois appropriées compte tenu des circonstances et conformes à la Charte. Lorsqu'une violation de la Charte se poursuit et qu'une seule mesure de réparation corrigeant la violation a été répertoriée, l'argument de la latitude du gouvernement s'en trouve grandement affaibli. Le fait que la seule mesure de réparation possible relève de l'exercice de la prérogative du gouvernement n'empêche pas la Cour de concevoir une mesure de réparation. Comme la Cour suprême l'a énoncé dans l'arrêt *Khadr II*, au paragraphe 37, « les tribunaux ont le pouvoir de rendre des ordonnances qui garantissent que la prérogative du gouvernement en matière d'affaires étrangères est exercée en conformité avec la Constitution ». Si la Charte, enchâssée dans la Constitution du Canada, exige qu'une mesure soit prise, ce qui est le cas en l'espèce, et si la mesure implique l'exercice de la prérogative royale, alors la Cour a non seulement le pouvoir d'ordonner la prise de cette mesure, mais elle en a aussi l'obligation.

[92] Dans la présente affaire, si la Cour était convaincue au vu du dossier que la seule réparation qui n'avait pas encore été essayée par le Canada et qui pouvait corriger la violation consistait à rendre une ordonnance enjoignant au Canada de réclamer le

to request the U.S. to return Mr. Khadr to Canada, that order would be issued. I have previously stated that this is the only alternative remedy I can see that can potentially cure the breach. It may be, however, that Canada and/or Mr. Khadr can fashion other potential curative remedies. If there are others, and keeping in mind the ruling of the Supreme Court in *Khadr II*, it is the role of the Executive, after providing Mr. Khadr an opportunity to be heard, to decide which of the alternative potential curative remedies to choose. It must continue that process until Mr. Khadr is provided with an effective remedy that vindicates his rights. As was stated by the Supreme Court in *Doucet-Boudreau*, at paragraph 55:

... an appropriate and just remedy in the circumstances of a *Charter* claim is one that meaningfully vindicates the rights and freedoms of the claimants. Naturally, this will take account of the nature of the right that has been violated and the situation of the claimant. A meaningful remedy must be relevant to the experience of the claimant and must address the circumstances in which the right was infringed or denied. An ineffective remedy, or one which was “smothered in procedural delays and difficulties”, is not a meaningful vindication of the right and therefore not appropriate and just [Citations omitted.]

[93] If after such a process there remains but one potential remedy that can cure the breach, then Canada must advance it; it is the only “appropriate and just” remedy.

[94] The parties deserve an opportunity to explore effective remedies. Given that Mr. Khadr’s hearing is scheduled to commence imminently, this process must be undertaken with some urgency and the Court must reserve the right to oversee this explorative process, to amend the short time frame set out in the judgment for the steps that are to be taken, and to reserve the right to impose a remedy if none is forthcoming from that process.

[95] In keeping with its obligations under the Charter, Canada is expected to advance at least one potential

rapatriement d’Omar Khadr des États-Unis avant que le procès de M. Khadr ne débute devant la commission militaire le 10 août 2010, cette ordonnance aurait été rendue. Comme je l’ai dit précédemment, il s’agit de la seule autre mesure de réparation à laquelle je puisse songer qui pourrait éventuellement remédier à la violation. Il se peut toutefois que le Canada et/ou M. Khadr soient en mesure d’élaborer d’autres mesures de réparation visant à corriger la violation. Si de telles autres mesures existent, et compte tenu de la décision de la Cour suprême dans *Khadr II*, il incombe à l’exécutif, après avoir accordé à M. Khadr la possibilité de se faire entendre, de décider lesquelles des mesures de réparation possibles il retiendra. L’exécutif doit continuer ce processus, jusqu’à ce que M. Khadr bénéficie d’une mesure de réparation efficace qui défend ses droits. Comme l’a déclaré la Cour suprême dans l’arrêt *Doucet-Boudreau*, au paragraphe 55 :

[...] la réparation convenable et juste eu égard aux circonstances d’une demande fondée sur la *Charte* est celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur. Il va sans dire qu’elle tient compte de la nature du droit violé et de la situation du demandeur. Une réparation utile doit être adaptée à l’expérience vécue par le demandeur et tenir compte des circonstances de la violation ou de la négation du droit en cause. Une réparation inefficace ou « étouffé[e] dans les délais et les difficultés de procédure » ne permet pas de défendre utilement le droit violé, et ne saurait donc être convenable et juste [...] [Renvois omis.]

[93] Si, après un tel processus, il ne reste qu’une seule mesure de réparation susceptible de corriger la violation, le Canada doit aller de l’avant avec celle-ci; elle est la seule et unique mesure de réparation « convenable et juste ».

[94] Les parties méritent la possibilité de prendre des mesures de réparation efficaces. Étant donné que l’instruction du procès de M. Khadr est imminente, ce processus doit être entrepris dans un délai assez court, et la Cour doit se réserver le droit de surveiller ce processus d’examen, de modifier le court délai prévu dans le jugement pour prendre les mesures visées, ainsi que celui d’imposer une mesure de réparation si aucune ne découle du processus.

[95] Conformément aux obligations qui lui sont imposées par la Charte, le Canada est tenu de proposer

curative remedy in sufficient time prior to the scheduled commencement of the military commission's hearing that one may reasonably expect that the U.S. government will have time to consider the request and respond to it.

[96] In keeping with its continuing obligations under the Charter, Canada is expected to continue advancing potential curative and ameliorative remedies until the breach of Mr. Khadr's Charter rights have been cured, or if no cure is possible, until the breach has been ameliorated, or if there is no remedy, until it has exhausted all possible remedies.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS that:

1. These applications are allowed;
2. The Court declares that Mr. Khadr is entitled to procedural fairness and natural justice in Canada's process of determining a remedy for its breach of Mr. Khadr's section 7 Charter rights in that (a) he is entitled to know what alternative remedies Canada is considering, if any, and (b) he is entitled to provide written submissions to Canada as to other potential remedies and as to whether, in his view, those being considered by Canada are potential remedies that will cure or ameliorate its breach;
3. The respondents are to advise the applicant within seven days of the date of this judgment of all untried remedies that it maintains would potentially cure or ameliorate its breach of Mr. Khadr's Charter rights as has been determined by the Supreme Court of Canada in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44;
4. The applicant shall have seven days after receiving the respondents' advice as to potential remedies to provide the respondents with his written submissions as

au moins une mesure de réparation visant à corriger la violation assez tôt avant que le procès devant la commission ne débute, de sorte que le gouvernement des États-Unis puisse avoir le temps de se pencher sur la demande et d'y répondre.

[96] Conformément aux obligations qui lui sont imposées par la Charte, le Canada est tenu de proposer des mesures de réparation visant à corriger ou à pallier la violation des droits de M. Khadr garantis par la Charte jusqu'à ce que la violation ait été corrigée, ou, si aucun correctif n'est possible, jusqu'à ce qu'il ait été pallié à la violation, ou, si aucune mesure de réparation ne peut être prise, jusqu'à ce qu'il ait épuisé toutes les mesures de réparation possibles.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. Les présentes demandes sont accueillies.
2. La Cour déclare que M. Khadr a droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle dans le cadre de la démarche prise par le Canada afin de choisir une mesure de réparation pour sa violation des droits garantis à M. Khadr par l'article 7 de la Charte, en ce sens où a) il a le droit de savoir quelles autres mesures de réparation le Canada envisage, le cas échéant, et b) il a le droit de présenter des observations écrites au Canada concernant d'autres mesures de réparation possibles, ainsi que son avis sur la question de savoir si les mesures de réparation envisagée par le Canada permettraient de corriger ou de pallier la violation.
3. Les défendeurs doivent aviser le demandeur, dans les sept jours de la date du présent jugement, des mesures de réparation qui, à leur avis, pourraient corriger ou pallier la violation des droits de M. Khadr garantis par la Charte, selon ce qu'a conclu la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44.
4. Le demandeur a sept jours, à compter de la réception de l'avis des défendeurs au sujet des mesures de réparation éventuelles, pour leur fournir ses observations

to other potential remedies that may cure or ameliorate the breach of his Charter rights, and as to whether those being considered by Canada, in his view, are potential remedies that may cure or ameliorate the breach;

5. I retain jurisdiction to amend, at any time, the time provided herein for the taking of any step if satisfied that the time that has been provided is too brief for a party to fully and appropriately provide the information required or take the steps ordered;

6. Following the procedural fairness process described herein, Canada is to advance a potential curative remedy as soon thereafter as is reasonably practicable and to continue advancing potential curative remedies until the breach has been cured or all such potential curative remedies have been exhausted, following which it is to advance potential ameliorative remedies until such time as the breach has been reasonably ameliorated or all such remedies have been exhausted;

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

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

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

écrites concernant d'autres mesures de réparation qui pourraient corriger ou pallier la violation de ses droits garantis par la Charte, ainsi que son avis sur la question de savoir si les mesures de réparation envisagées par le Canada pourraient éventuellement corriger ou pallier la violation.

5. Je reste compétent pour modifier, en tout temps, le délai prévu aux présentes pour la prise de toute mesure, si je suis convaincu que le délai accordé est trop court pour qu'une partie puisse pleinement et correctement fournir l'information ou prendre les mesures nécessaires.

6. À la suite du processus concernant l'équité procédurale décrit ci-dessus, le Canada doit proposer une mesure de réparation correctrice dès que les circonstances le permettent, et continuer de proposer des mesures de réparation correctrices jusqu'à ce que la violation ait été corrigée, ou que de telles possibles mesures de réparation aient été épuisées, à la suite de quoi il proposera des mesures de réparation visant à pallier la violation, jusqu'à ce que celle-ci ait été suffisamment atténuée ou que de telles mesures aient toutes été épuisées.

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

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

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

Docket: T-230-10
Docket: T-231-10

Dossier : T-230-10
Dossier : T-231-10

ANNEX A

ANNEXE A



[TRADUCTION]

Note No. UNWS0013Note n° UNWS0013

The Embassy of Canada presents its compliments to the State Department of the United States of America and has the honour to refer to the matter of Mr. Omar Khadr, a Canadian citizen detained at Guantanamo Bay, Cuba, and its previous notes concerning the circumstances of his detention and proceedings against him.

L'ambassade du Canada présente ses compliments au Département d'État des États-Unis d'Amérique et a l'honneur d'évoquer la question de M. Omar Khadr, un citoyen du Canada détenu à la baie de Guantánamo (Cuba), ainsi que ses notes antérieures concernant les circonstances de la détention de M. Khadr et les procédures engagées contre celui-ci.

The Canadian Embassy has the honour to bring to the attention of the State Department of the United States of America the 29 January 2010 decision of the Supreme Court of Canada in *Canada v. Khadr* which found that the Government of Canada is responsible for an ongoing breach of Omar Khadr's section 7 rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to not be deprived of liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. The Court found that the breach of Mr. Khadr's rights stemmed from Canadian officials having questioned Mr. Khadr in 2003 and 2004 on matters connected to the charges pending against him, without him having access to counsel, having been told he was subjected to a program of sleep deprivation prior to the interview, and sharing the product of these interviews with U.S. authorities.

L'ambassade du Canada a l'honneur d'attirer l'attention du Département d'État des États-Unis d'Amérique sur l'arrêt *Canada c. Khadr* rendu le 29 janvier 2010 par la Cour suprême du Canada, qui concluait que le gouvernement du Canada est responsable d'une violation constante des droits garantis à Omar Khadr par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de n'être privé de sa liberté et de la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. La Cour a conclu que la violation des droits de M. Khadr découlait des interrogatoires de ce dernier conduits par des représentants du Canada en 2003 et en 2004 sur des affaires liées aux accusations qui pèsent contre lui, sans lui avoir donné accès à un avocat, malgré l'information reçue selon laquelle il a été soumis à des techniques de privation du sommeil avant l'interrogatoire, et d'avoir divulgué le produit de ces interrogatoires aux autorités américaines.

The Court concluded that the breach of Mr. Khadr's rights is a continuing one in that it was reasonable to infer that the statement to Canadian officials might form part of

La Cour a conclu que la violation des droits de M. Khadr persiste toujours, puisqu'il est raisonnable de déduire que les déclarations recueillies par les représentants du Canada puissent former une partie de

.../2

2

the case against him in the prosecution and in that sense contribute to his ongoing detention. We refer you specifically to para. 21 of the Supreme Court's judgment, which states in part:

la preuve contre lui dans son procès, et qu'elle contribue en ce sens à la détention continue de M. Khadr. Nous vous renvoyons précisément au paragraphe 21 du jugement de la Cour suprême, qui contient le passage suivant :

It is reasonable to infer from the uncontradicted evidence before us that the statements taken by Canadian officials

Il est raisonnable de déduire de la preuve non contredite portée à notre connaissance que les déclarations

are contributing to the continued detention of Mr. Khadr, thereby impacting his liberty and security interests. In the absence of my evidence to the contrary (or disclaimer rebutting this inference), we conclude on the record before us that Canada's active participation in what was at the time an illegal regime has contributed and continues to contribute to Mr. Khadr's current detention, which is the subject of his current claim.

The Government of Canada therefore respectfully requests assurances that any evidence or statements shared with U.S. authorities as a result of the interviews with Mr. Khadr by Canadian agents and officials not be used against him by U.S. authorities in the context of proceedings before the Military Commission or elsewhere.

The Embassy of Canada further wishes to note that in order to confirm its response to the decision of the Supreme Court of Canada, the Government of Canada considers itself obliged to provide a copy of this note to Mr. Khadr's counsel. With the State Department's consent, a copy of the response would be provided to Mr. Khadr's counsel as well.

.../3

3

The Embassy of Canada avails itself of this opportunity to renew to the State Department of the United States of America the assurances of its highest consideration.

Washington, District of Columbia
February 16, 2010



recueillies par des responsables canadiens contribuent à la détention continue de M. Khadr, et ont ainsi une incidence sur ses droits à la liberté et à la sécurité. En l'absence d'éléments de preuve contraires [ou de dénégation réfutant cette inférence], nous concluons sur la foi du dossier dont nous sommes saisis que la participation active du Canada à un régime, illégal à l'époque, a contribué et continue de contribuer à la détention actuelle de M. Khadr, laquelle est l'objet de la demande sur laquelle nous sommes appelés à statuer.

Le gouvernement du Canada demande donc respectueusement des garanties que toute preuve ou déclaration divulguée aux autorités américaines qui découle des interrogatoires d'Omar Khadr menés par les représentants canadiens ne soit pas utilisée contre lui par les autorités américaines dans le cadre des procédures devant la commission militaire, ou devant toute autre instance.

L'ambassade du Canada souhaite également mentionner qu'afin que sa réponse soit conforme à l'arrêt de la Cour suprême du Canada, le gouvernement du Canada s'estime obligé de fournir une copie de la présente note à l'avocat de M. Khadr. Sur consentement du Département d'État, une copie de la réponse à cette note sera aussi fournie à l'avocat de M. Khadr.

L'ambassade du Canada profite de cette occasion pour renouveler au Département d'État des États-Unis d'Amérique l'assurance de sa plus haute considération.

Washington (district de Columbia)
Le 16 février 2010

Docket: T-230-10
Docket: T-231-10

Dossier : T-230-10
Dossier : T-231-10

ANNEX B

ANNEXE B

[TRADUCTION]

No. 269

N° 269

The Embassy of the United States of America presents its compliments to the Department of Foreign Affairs and International Trade and has the honor to refer to the diplomatic note UNWS0013, of February 16, 2010, regarding the matter of Mr. Omar Khadr, a Canadian citizen detained at Guantanamo Bay, Cuba.

L'ambassade des États-Unis présente ses compliments au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, et a l'honneur d'évoquer la note diplomatique UNWS0013, datée du 16 février 2010, concernant la question de M. Omar Khadr, un citoyen du Canada détenu à la baie de Guantánamo, à Cuba.

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

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

Relevant safeguards include the exclusion of all statements obtained by torture or cruel, inhuman, or degrading treatment, "except against a person accused of torture or such treatment as evidence that the statement was made." MCA § 948r(a). Other statements of the accused may be admitted in evidence only if the military judge finds "that the totality of the circumstances renders the statement reliable and possessing sufficient probative value; and that – (A) the statement was made incident to lawful conduct during military

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

DIPLOMATIC NOTE

[page 2]

[page 2]

operations at the point of capture or during closely related active combat engagement, and the interests of justice would best be served by admission of the statement into evidence; or (B) the statement was voluntarily given." MCA § 948r(c).

d'opérations militaires au moment de la capture, ou dans le cadre d'une bataille étroitement liée à la déclaration, et que l'intérêt de la justice serait mieux servi par l'admission de la déclaration en preuve; ou (B) la déclaration a été faite de manière volontaire ». MCA, alinéa 948c).

The United States Government confirms that a copy of this response may be provided to Mr. Khadr's counsel.

Le gouvernement des États-Unis accepte qu'une copie de la présente réponse soit fournie à l'avocat de M. Khadr.

The Embassy of the United States of America avails itself of this opportunity to renew to the Department of Foreign Affairs and International Trade the assurances of its highest consideration.

L'ambassade des États-Unis d'Amérique profite de cette occasion pour renouveler au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international l'assurance de sa plus haute considération.

Embassy of the United States of America,
Ottawa, April 27, 2010.



Ambassade des États-Unis d'Amérique
Ottawa, le 27 avril 2010