

T-324-07
2008 FC 336

T-324-07
2008 CF 336

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

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

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Mactavish J.—Ottawa, January 25 and March 12, 2008.

Cour fédérale, juge Mactavish—Ottawa, 25 janvier et 12 mars 2008.

Constitutional Law — Charter of Rights — Arrest, Detention, Imprisonment — Application of Charter — Applicants seeking declaration Charter, ss. 7, 10, 12 apply to individuals detained by Canadian Forces in Afghanistan, transferred to custody of Afghan authorities — Charter, s. 32(1) indicating intention Charter to regulate conduct of “state actors” — Case law on extraterritorial application of Charter reviewed — Afghan government consenting to presence of Canadian troops on soil, not to full panoply of Canadian laws applying within Afghan territory — Rights to be accorded to detainees those guaranteed by Afghan constitution, international law — Effective “military control of the person” not appropriate test for Charter jurisdiction — Charter not applying to conduct of Canadian Forces in Afghanistan — Application dismissed.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Arrestation, détention, emprisonnement — Application de la Charte — Les demandereses sollicitaient un jugement déclarant que les art. 7, 10 et 12 de la Charte s'appliquent aux personnes détenues par les Forces canadiennes en Afghanistan et transférées à la garde des autorités afghanes — L'art. 32(1) de la Charte indique que la Charte vise à réglementer la conduite d'« acteurs étatiques » — Examen de la jurisprudence sur l'application extraterritoriale de la Charte — Le gouvernement afghan a consenti à la présence de troupes canadiennes sur son territoire, non à l'application sur son territoire de la panoplie complète des lois canadiennes — Les droits accordés aux prisonniers sont ceux que leur confèrent la constitution afghane et le droit international — L'« autorité militaire réelle sur la personne » n'était pas le critère pertinent d'application de la Charte — La Charte ne s'applique pas à la conduite des Forces canadiennes en Afghanistan — Demande rejetée.

Armed Forces — Whether Charter applicable to transfers of individuals detained by Canadian Forces deployed in Afghanistan — Legal bases for Canada's participation in conflict in Afghanistan exercise of right of self-defence; United Nations Security Council resolutions; consent of sovereign state of Afghanistan — Canadian Forces having broad discretion to detain Afghan civilians, determine whether detainee retained in custody, transferred to Afghan National Security Forces or released — In carrying out duties in Afghanistan, Canadian Forces functioning as Canadian state actors — Afghanistan Government not consenting to application of full range of Canadian laws, including Charter, to individuals held in detention by Canadian Forces personnel on Afghan soil — Charter not applying to actions of Canadian Forces in Afghanistan.

Forces armées — Il s'agissait de savoir si la Charte s'applique au transfèrement de personnes détenues par les Forces canadiennes déployées en Afghanistan — La présence militaire du Canada en Afghanistan est fondée sur l'exercice du droit de légitime défense, des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies et le consentement de l'État souverain d'Afghanistan — Les Forces canadiennes disposent d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour détenir des civils afghans et pour établir si le détenu restera en détention, sera transféré aux Forces de sécurité nationales afghanes ou libéré — Dans l'exécution de leur mission en Afghanistan, les Forces canadiennes agissent à titre d'acteurs étatiques canadiens — Le gouvernement de l'Afghanistan n'a pas consenti à l'application de l'ensemble des lois canadiennes, y compris la Charte, aux personnes détenues par les membres

International Law — Legal regime applicable in Afghanistan conflict — Rights of detainees in Canadian custody in Afghanistan governed by Afghan Constitution, international law, including international humanitarian law, not by Canadian Charter of Rights and Freedoms — International law appropriate standard governing treatment of detainees — Applying Charter to actions of Canadian Forces in relation to detention, transfer of detainees in Afghanistan impermissible encroachment on sovereignty of that country, contrary to international law — Application of international humanitarian law to situation of detainees in Afghanistan giving certainty to situation, providing coherent legal regime governing actions of international community — “Effective military control of the person” test advocated by applicants as basis for extending extraterritorial reach of Charter not accepted in international law — Charter not applicable to conduct of Canadian Forces in Afghanistan.

Practice — Mootness — Applicants seeking declaration Charter, ss. 7, 10, 12 apply to individuals detained by Canadian Forces in Afghanistan — Detainee transfers suspended by Canadian Forces but resumed while matter under reserve — Questions posed by motion not moot, raised in context of live controversy — As application seeking more than to simply enjoin transfers i.e. declaratory relief as to application of Charter, breaches, appropriate for Court to answer questions raised by motion.

This was an application for judicial review with respect to the transfers of individuals detained by Canadian Forces deployed in Afghanistan. The applicants asked for a declaration that sections 7, 10 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to individuals detained by the Canadian Forces in Afghanistan. They further sought various forms of declaratory relief relating to the alleged breaches of detainees’ Charter rights.

The legal bases for Canada’s military presence in Afghanistan are (i) the principles of individual and collective self-defence; (ii) United Nation’s Security Council resolutions; and (iii) the consent of the sovereign state of Afghanistan. As part of Canada’s military operations in Afghanistan, Canadian Forces are from time to time required to capture and detain insurgents who may pose a threat to the safety of Afghan nationals, as well as to members of the Canadian military and allied forces. The Canadian Forces possess a broad discretion

des Forces canadiennes sur le sol afghan — La Charte ne s’applique pas à la conduite des Forces canadiennes en Afghanistan.

Droit international — Régime juridique applicable au conflit en Afghanistan — Les droits des prisonniers sous la garde du Canada en Afghanistan sont régis par la Constitution afghane et le droit international, y compris le droit humanitaire international, non par la Charte canadienne des droits et libertés — Le droit international est le critère approprié qui régit le traitement des prisonniers — L’application de la Charte aux actes des Forces canadiennes relativement à l’emprisonnement et au transfèrement de prisonniers en Afghanistan aurait pour effet de porter une atteinte inadmissible à la souveraineté de ce pays, et ce, d’une manière contraire au droit international — L’application du droit humanitaire international aux prisonniers en Afghanistan crée de la certitude et assure un régime juridique cohérent pour régir les actions de la communauté internationale — Le critère de l’« autorité militaire réelle sur la personne » préconisé par les demanderesse pour permettre d’élargir la portée extraterritoriale de la Charte n’est pas accepté en droit international — La Charte ne s’applique pas à la conduite des Forces canadiennes en Afghanistan.

Pratique — Caractère théorique — Les demanderesse sollicitaient un jugement déclarant que les art. 7, 10 et 12 de la Charte s’appliquent aux personnes détenues par les Forces canadiennes en Afghanistan — Les Forces canadiennes avaient suspendu le transfèrement de prisonniers, mais elles ont recommencé à transférer des détenus pendant que la décision était en délibéré — Les questions soulevées dans la requête n’étaient pas théoriques, elles se posaient lors d’un différend réel — Comme la demande visait plus que la simple interdiction de transférer des prisonniers, c.-à-d. un jugement déclaratoire relatif à l’application de la Charte et à la violation de ses dispositions, il convenait que la Cour réponde aux questions soulevées par la requête.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire à l’égard du transfèrement de prisonniers des Forces canadiennes déployées en Afghanistan. Les demanderesse sollicitaient un jugement déclarant que les articles 7, 10 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* s’appliquent aux personnes détenues par les Forces canadiennes en Afghanistan. Elles sollicitaient aussi diverses formes de mesures de réparation déclaratoires relativement aux violations alléguées des droits des prisonniers reconnus par la Charte.

La présence militaire du Canada en Afghanistan est fondée sur i) le principe de légitime défense individuelle et collective; ii) des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies; et iii) le consentement de l’État souverain d’Afghanistan. Pendant les opérations militaires du Canada en Afghanistan, les Forces canadiennes capturent et détiennent à l’occasion des insurgés qui peuvent être une menace à la sécurité des ressortissants afghans de même qu’aux militaires canadiens et aux forces alliées. Les Forces canadiennes disposent d’un vaste pouvoir

to detain Afghan civilians, including individuals who may have no active role in hostilities, and to determine whether a detainee shall be retained in custody, transferred to the Afghan National Security Forces or released.

The main issue was whether the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies to the conduct of Canadian Forces personnel in relation to individuals detained by the Canadian Forces in Afghanistan and to the transfer of those individuals to the custody of Afghan authorities. It was agreed to have that issue determined on the basis of the two following questions: (1) Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply during the armed conflict in Afghanistan to the detention of non-Canadians by the Canadian Forces or their transfer to Afghan authorities to be dealt with by those authorities? (2) If the answer to the above question is “no” then would the Charter nonetheless apply if the applicants were ultimately able to establish that the transfer of the detainees in question would expose them to a substantial risk of torture ?

Held, the application should be dismissed.

Preliminary issues were whether the subject-matter of the application was justiciable and whether there was a live issue between the parties. Given that the application for judicial review was framed entirely in terms of the Charter, this Court refused to strike the application on the basis of non-justiciability in a related case. Since no appeal has been taken from that decision and the respondents did not raise the issue of justiciability in relation to this motion, the matter proceeded on the basis that it was justiciable. As to the second issue, it was agreed that the questions posed by this motion were not moot, but were raised in the context of a live controversy the resolution of which was essential to the disposition of this application. The Canadian Forces had suspended detainee transfers until such time as they could be resumed in accordance with Canada’s international obligations, but resumed transfers while the matter was under reserve. The application for judicial review sought more than to simply enjoin transfers of detainees. It sought declarations as to the application of the Charter and as to breaches thereof. It was therefore appropriate to answer the questions raised by this motion.

(1) Subsection 32(1) of the Charter determines who is bound by the Charter, and what powers, functions or activities of those bodies and their agents are subject to it. Subsection 32(1) makes it clear that the Charter is intended to regulate the conduct of “state actors”. In carrying out their duties in Afghanistan, as part of the American-led Operation Enduring Freedom (OEF) and the International Security and Assistance Force (ISAF), the Canadian Forces are indeed functioning as

discrétionnaire pour détenir des civils afghans, y compris des personnes qui n’ont aucun rôle actif dans les hostilités, et pour établir si le détenu restera en détention, sera transféré aux Forces de sécurité nationales afghanes ou libéré.

La question principale à trancher était celle de savoir si la *Charte canadienne des droits et libertés* s’applique à la conduite des membres des Forces canadiennes à l’égard des personnes qu’elles détiennent en Afghanistan et au transfèrement de ces dernières aux autorités afghanes. Les parties ont convenu de trancher cette question en fonction des deux questions suivantes : 1) la *Charte canadienne des droits et libertés* s’applique-t-elle, durant le conflit armé en Afghanistan, à la détention de non-ressortissants du Canada par les Forces canadiennes ou à leur transfèrement aux autorités afghanes pour qu’elles décident des mesures à prendre à leur égard? et 2) si la réponse à la question précédente est « non », la Charte s’applique-t-elle néanmoins si les demanderessees sont finalement en mesure d’établir que le transfèrement des détenus en question expose ceux-ci à un risque sérieux de torture?

Jugement : la demande doit être rejetée.

Les questions préliminaires étaient de savoir si l’objet de la demande était susceptible d’un recours judiciaire et s’il existait un différend réel à trancher entre les parties. Comme la demande de contrôle judiciaire était entièrement fondée sur la Charte, la Cour a refusé de radier la demande au motif qu’elle ne serait pas susceptible d’un recours judiciaire dans une affaire connexe. Comme cette décision n’a pas fait l’objet d’un appel et les défendeurs n’ont pas soulevé la question du caractère justiciable en ce qui a trait à la présente requête, l’affaire a suivi son cours parce qu’elle était susceptible d’un recours judiciaire. Pour ce qui est de la seconde question, les parties ont convenu que les questions soulevées dans la requête en l’espèce n’étaient pas théoriques et qu’elles se posaient dans le cadre d’un différend réel dont le règlement était essentiel à l’issue de la demande. Les Forces canadiennes avaient suspendu le transfèrement de prisonniers jusqu’à ce qu’il soit de nouveau possible d’y procéder conformément aux obligations internationales du Canada, mais elles ont recommencé à transférer des détenus pendant que la décision était en délibéré. La demande de contrôle judiciaire visait davantage que la simple interdiction de transférer des prisonniers. Elle concluait à des jugements déclaratoires relatifs à l’application de la Charte et à la violation de ses dispositions. Il convenait donc de répondre aux questions soulevées par la requête en l’espèce.

1) Le paragraphe 32(1) de la Charte précise quels acteurs sont liés par la Charte, ainsi que les pouvoirs, les fonctions et les activités de ces acteurs et de leurs mandataires auxquels elle s’applique. Le paragraphe 32(1) indique clairement que la Charte vise à réglementer la conduite d’« acteurs étatiques ». Dans l’exécution de leur mission en Afghanistan, faisant partie de l’« Operation Enduring Freedom » (OEF) dirigée par les États-Unis et faisant partie de la force internationale

Canadian state actors. As subsection 32(1) does not impose any territorial limitation on the application of the Charter, it has fallen to the courts to interpret the jurisdictional reach of the Charter. In *R. v. Hape*, the Supreme Court of Canada held that Canadian law, including the Charter, could only be enforced in another state with the consent of the other state, based upon the international law principle of state sovereignty. It was thus necessary to determine whether the Government of Afghanistan consented to the application of Canadian law, including the Charter, to the conduct of Canadian Forces personnel in relation to the detention of individuals on Afghan soil. As a foreign state, Canada would not ordinarily have the power to detain non-Canadians, including Afghan citizens, on Afghan soil, without the consent of Afghanistan. Although Canada is conducting military operations in Afghanistan with the consent of Afghan government, it does not necessarily follow that in consenting to the presence of Canadian troops on its soil as part of ISAF and OEF, the Government of Afghanistan has consented to the full panoply of Canadian laws applying within its territory and to the wholesale forfeiture of its sovereignty. A key document, called the Afghanistan Compact, suggests that Afghanistan has not consented to the application of Canadian law, or any other foreign law, within Afghanistan, and that the human rights regime governing the activities of the international community within Afghanistan is that provided for in the constitution of Afghanistan, along with the applicable international law. In so far as the relationship between the governments of Afghanistan and Canada is concerned, the two countries have expressly identified international law, including international humanitarian law, as the law governing the treatment of detainees in Canadian custody. While Afghanistan has consented to its citizens being detained by the Canadian forces for the purposes described by the Afghanistan Compact, it cannot be said that Afghanistan has consented to the application or enforcement of Canadian law, including the Charter, to constrain the actions of the Canadian Forces in relation to detainees held by the Canadian Forces on Afghan soil. Thus, the Charter does not apply to the conduct of the Canadian Forces in issue.

The applicants argued that the appropriate test to be used in determining whether the Charter should apply in the context of military activities on foreign soil is that of “effective military control of the person.” In the case of Canada’s current involvement in Afghanistan, there is a legitimate government in place which could have consented to the application of a full range of Canadian laws on Afghan soil, but has not. International law requires that where there is a legitimate government in place, Canadian law can only be enforced in the territory of that state with its consent, in all but the most exceptional cases. To hold that the Charter nonetheless applied to the actions of the Canadian Forces in relation to the detention and transfer of detainees in Afghanistan would result in an impermissible encroachment on the sovereignty of that

d’assistance à la sécurité (FIAS), les Forces canadiennes agissent effectivement à titre d’acteurs étatiques canadiens. Comme le paragraphe 32(1) ne limite pas l’application territoriale de la Charte, il incombe aux tribunaux d’interpréter la portée de son application. Dans l’arrêt *R. c. Hape*, la Cour suprême du Canada a statué, se fondant sur le principe de la souveraineté de l’État en droit international, que le droit canadien, y compris la Charte, ne pourrait être appliqué à l’étranger qu’avec le consentement de l’État en cause. Il était donc nécessaire d’établir si le gouvernement afghan avait donné son consentement à l’application du droit canadien, y compris la Charte, à la conduite des membres des Forces canadiennes relativement à l’emprisonnement de personnes sur le sol afghan. Le Canada, en tant qu’État étranger, n’a pas normalement le pouvoir d’emprisonner des non-ressortissants canadiens, y compris des ressortissants afghans, en territoire afghan, sans le consentement de l’Afghanistan. Bien que le Canada soit engagé dans des opérations militaires en Afghanistan avec le consentement du gouvernement afghan, il ne s’ensuit pas nécessairement qu’en consentant à la présence de troupes canadiennes sur le territoire afghan dans le cadre de la FIAS et de l’OEF, le gouvernement afghan ait consenti à l’application sur son territoire de la panoplie complète des lois canadiennes et qu’il ait renoncé à sa souveraineté. Il ressort d’un document fondamental appelé le Pacte pour l’Afghanistan que ce pays n’a pas consenti à l’application du droit canadien — ou de tout autre droit étranger — sur son territoire et que le régime des droits de l’homme qui régit la communauté internationale en Afghanistan est celui que prévoit la constitution afghane et le droit international applicable. En ce qui concerne la relation entre les gouvernements de l’Afghanistan et du Canada, les deux pays ont expressément désigné le droit international, y compris le droit humanitaire international, comme étant le droit qui régit le traitement des prisonniers sous la garde du Canada. Bien que l’Afghanistan ait consenti à l’emprisonnement de ses ressortissants par les Forces canadiennes aux fins visées dans le Pacte pour l’Afghanistan, on ne peut soutenir que l’Afghanistan a consenti à l’application ou à l’exécution du droit canadien, y compris la Charte, dans le but d’encadrer l’action des Forces canadiennes à l’égard des prisonniers sous leur garde en territoire afghan. Par conséquent, la Charte ne s’applique pas à la conduite des Forces canadiennes en cause.

Les demanderesse ont affirmé que le critère pertinent pour décider si la Charte doit s’appliquer à une intervention militaire en territoire étranger est celui de l’« autorité militaire réelle sur la personne ». Dans le cas de la présence actuelle du Canada en Afghanistan, le gouvernement légitime de cet État aurait pu consentir à l’application de l’ensemble des lois canadiennes sur le sol afghan, mais ne l’a pas fait. Selon le droit international, lorsqu’un gouvernement légitime est en place, le droit canadien ne peut s’appliquer sur le territoire de l’État en cause qu’avec son consentement, à moins de circonstances tout à fait exceptionnelles. Soutenir que la Charte s’appliquait néanmoins aux actes des Forces canadiennes relativement à l’emprisonnement et au transfèrement de prisonniers en Afghanistan aurait pour effet de porter une

country, in a manner that would be contrary to international law. Whatever its appeal may be, the practical result of applying a “control of the person” test would be problematic in the context of a multinational military effort such as the one in which Canada is currently involved in Afghanistan. Indeed, it would result in a patchwork of different national legal norms applying in relation to detained Afghan citizens in different parts of Afghanistan, on a purely random-chance basis. The appropriate legal regime to govern the military activities currently underway in Afghanistan is the law governing armed conflict — namely international humanitarian law. The application of international humanitarian law to the situation of detainees in Afghanistan would not only give certainty to the situation, but would also provide a coherent legal regime governing the actions of the international community in Afghanistan. It is difficult to reconcile the espousal of an “effective military control of the person” test with the teachings of the Supreme Court of Canada in *Hape*. The scope of authority given to Canada by the Government of Afghanistan to detain individuals on its soil is limited, and specifically contemplates that Canadian actions in this regard be governed by international law. The Charter does not apply to the conduct of members of the Canadian Forces in relation to detainees held by Canadian military personnel on Afghan soil, based upon the degree of control that the Canadian Forces exert over the detainees.

(2) The applicants submitted that even if the Government of Afghanistan has not consented to detainees in the custody of the Canadian Forces in Afghanistan being granted Charter rights, the Charter must nevertheless apply if the fundamental human rights of the detainees, especially the right to be free from torture, are at stake. Canadian law, including the Charter, either applies in relation to the detention of individuals by the Canadian Forces in Afghanistan, or it does not. It cannot be that it is the nature or quality of the Charter breach that creates extraterritorial jurisdiction, where it does not otherwise exist. That would be an unprincipled approach to the exercise of extraterritorial jurisdiction. To assert extraterritorial Charter jurisdiction based on a qualitative analysis of the nature or gravity of the breach would lead to great uncertainty on the part of Canadian state actors “on the ground” in foreign countries. The majority decision in *Hape* did not create a “fundamental human rights exception” justifying the extraterritorial assertion of Charter jurisdiction where such jurisdiction would not otherwise exist. Detainees do not possess rights under the Canadian Charter, but rather enjoy the rights conferred on them by the Afghan Constitution and by international law, including international humanitarian law. The Charter would not apply to restrain the conduct of the Canadian Forces in Afghanistan, even if the applicants were ultimately able to establish that the transfer of the detainees in question would expose them to a substantial risk of torture.

atteinte inadmissible à la souveraineté de ce pays, et ce, d’une manière contraire au droit international. Quel que soit son intérêt, le résultat concret de l’utilisation du critère de l’« autorité réelle sur la personne » présenterait des difficultés lorsqu’il s’agit d’une opération militaire multinationale comme celle à laquelle le Canada participe actuellement en Afghanistan. En fait, cela créerait une mosaïque de différentes normes juridiques nationales appliquées aux détenus afghans dans les différentes régions du pays et ce, de manière purement aléatoire. Le régime juridique qui devrait s’appliquer aux activités militaires en cours en Afghanistan est celui qui régit les conflits armés — notamment le droit humanitaire international. L’application du droit humanitaire international aux prisonniers en Afghanistan créerait non seulement de la certitude, mais assurerait aussi un régime juridique cohérent pour régir les actions de la communauté internationale en Afghanistan. Il est difficile de concilier l’adoption d’un critère de l’« autorité militaire réelle sur la personne » avec les enseignements de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Hape*. La portée de l’autorité consentie par le gouvernement afghan au Canada d’emprisonner des personnes sur son territoire est limitée et il est expressément prévu que les actes du Canada à cet égard sont régis par le droit international. La Charte ne s’applique pas à la conduite des membres des Forces canadiennes relativement aux personnes qu’elles détiennent en sol afghan en raison du degré d’autorité que les Forces canadiennes exercent à l’endroit de ces prisonniers.

2) Les demandresses ont allégué que si les droits fondamentaux de l’homme, notamment le droit de ne pas être soumis à la torture, des personnes emprisonnées par les Forces canadiennes en Afghanistan sont en jeu, la Charte doit néanmoins s’appliquer, même si les autorités afghanes n’ont pas consenti à ce que les droits garantis par la Charte leur soient accordés. Ou bien le droit canadien, y compris la Charte, s’applique à l’emprisonnement des personnes par les Forces canadiennes en Afghanistan, ou bien il ne s’applique pas. Ce ne peut être la nature ou la qualité de la violation de la Charte qui crée la compétence extraterritoriale, qui par ailleurs n’existe pas. Ce serait une façon entièrement arbitraire d’exercer cette compétence extraterritoriale. Le fait d’affirmer la compétence extraterritoriale de la Charte d’après une analyse qualitative de la nature ou de la gravité de la violation entraînerait une incertitude extrême chez les acteurs étatiques du Canada qui interviennent « sur le terrain » à l’étranger. La décision majoritaire dans l’arrêt *Hape* n’a pas créé d’« exception au titre des droits fondamentaux de l’homme » justifiant d’affirmer l’extraterritorialité de la compétence en vertu de la Charte, compétence qui sinon n’existerait pas. Les prisonniers ne jouissent pas des droits que garantit la Charte canadienne, mais de ceux que leur confèrent la Constitution afghane et le droit international, y compris le droit humanitaire international. La Charte ne saurait s’appliquer pour restreindre la conduite des Forces canadiennes en Afghanistan, même si les demandresses étaient finalement en mesure d’établir que le transfèrement des détenus en cause exposerait ceux-ci à un risque sérieux de torture.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38-38.16 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 10, 12, 24(1), 32.

Charter of the United Nations, June 26, 1945, [1945] Can. T.S. No. 7.

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19.

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, art. 2(2).

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221.

Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 107(1).

Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August, 1949, [1965] Can. T.S. No. 20.

Geneva Conventions Act, R.S.C., 1985, c. G-3, Schedules I-IV, Art. 3.

Human Rights Act 1998 (U.K.), 1998, c. 42.

International Covenant on Civil and Political Rights, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Art. 2.

National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, Part III (as am. by S.C. 1998, c. 35, s. 18).

Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, 2187 U.N.T.S. 90.

Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10.

Vienna Convention on Consular Relations, April 24, 1963, [1974] Can. T.S. No. 25.

Vienna Convention on Diplomatic Relations, April 18, 1961, [1966] Can. T.S. No. 29.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Hape, [2007] 2 S.C.R. 292; (2007), 280 D.L.R. (4th) 385; 220 C.C.C. (3d) 16; 47 C.R. (6th) 96; 160 C.R.R. (2d) 1; 363 N.R. 1; 227 O.A.C. 191; 2007 SCC 26.

DISTINGUISHED:

Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004); *X. against The Federal Republic of Germany*, Application No. 1611/62, decision dated 25 September 1965 (E.C.H.R.).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 10, 12, 24(1), 32.

Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, [1945] R.T. Can. n° 7.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, art. 2(2).

Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, [1965] R.T. Can. n° 20.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221.

Convention de Vienne sur les relations consulaires, 24 avril 1963, [1974] R.T. Can. n° 25.

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, 18 avril 1961, [1966] R.T. Can. n° 29.

Human Rights Act 1998 (R.-U.), 1998, ch. 42.

Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19.

Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, partie III (mod. par L.C. 1998, ch. 35, art. 18).

Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 à 38.16 (édictees par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141).

Loi sur les conventions de Genève, L.R.C. (1985), ch. G-3, annexes I à IV, art. 3.

Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, ch. 24.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 2.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 107(1).

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 90.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

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

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004); *X. contre la République fédérale d'Allemagne*, requête n° 1611/62, décision en date du 25 septembre 1965 (C.E.D.H.).

CONSIDERED:

Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence, [2007] UKHL 26; *Omar v. Harvey*, 479 F.3d 1 (D.C. Cir. 2007); *Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, Application No. 52207/99, decision dated 12 December 2001 (E.C.H.R. (Grand Chamber)); *Issa and Others v. Turkey*, Application No. 31821/96, judgment dated 16 November 2004 (E.C.H.R.); *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597; (1998), 164 D.L.R. (4th) 1; [1999] 5 W.W.R. 582; 112 B.C.A.C. 1; 57 B.C.L.R. (3d) 215; 128 C.C.C. (3d) 1; 19 C.R. (5th) 1; 55 C.R.R. (2d) 189; 230 N.R. 83; *Al-Skeini & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Defence*, [2004] EWHC 2911 (Admin); *Hess v. United Kingdom*, Application No. 6231/73, decision dated 28 May 1975 (E.C.H.R.); *Case of Öcalan v. Turkey*, Application No. 46221/99, judgment dated 12 May 2005 (E.C.H.R.).

REFERRED TO:

Chaoulli v. Quebec (Attorney General), [2005] 1 S.C.R. 791; (2005), 254 D.L.R. (4th) 577; 130 C.R.R. (2d) 99; 335 N.R. 25; 2005 SCC 35; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338; *Amnesty International Canada v. Canada (Minister of National Defence)* (2007), 287 D.L.R. (4th) 35; 162 C.R.R. (2d) 308; 2007 FC 1147; *Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces)*, 2008 FC 162; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J.Ser. A, No. 10; *Sánchez Ramirez v. France*, Application No. 28780/95, decision dated 24 June 1996 (E.C.H.R.); *R. v. Brown* (1995), 5 C.M.A.R. 280; 35 C.R. (4th) 318; 26 C.R.R. (2d) 325 (Ct. Martial App. Ct.); *R. v. Seward* (1996), 45 Admin. L.R. (2d) 148; 36 C.R.R. (2d) 294 (Ct. Martial App. Ct.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1.

AUTHORS CITED

Arrangement for the Transfer of Detainees between the Canadian Forces and the Ministry of Defence of the Islamic Republic of Afghanistan, December 18, 2005, Articles 3, 10.

Arrangement for the Transfer of Detainees between the Government of Canada and the Government of the Islamic Republic of Afghanistan, May 3, 2007.

London Conference on Afghanistan. The Afghanistan Compact between the Islamic Republic of Afghanistan and the International Community. London, 31 January-1 February 2006.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence, [2007] UKHL 26; *Omar v. Harvey*, 479 F.3d 1 (D.C. Cir. 2007); *Banković et autres c. Belgique et 16 autres pays contractants*, requête n° 52207/99, décision en date du 12 décembre 2001 (C.E.D.H. (Grande Chambre)); *Issa et autres c. Turquie*, requête n° 31821/96, arrêt en date du 16 novembre 2004 (C.E.D.H.); *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; *Al-Skeini & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Defence*, [2004] EWHC 2911 (Admin); *Hess c. Royaume-Uni*, requête n° 6231/73, décision en date du 28 mai 1975 (C.E.D.H.); *Arrêt Öcalan c. Turquie*, requête n° 46221/99, arrêt en date du 12 mai 2005 (C.E.D.H.).

DÉCISIONS CITÉES :

Chaoulli c. Québec (Procureur général), [2005] 1 R.C.S. 791; 2005 CSC 35; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; *Amnesty International Canada c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2007 FC 1147; *Amnesty International Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense des Forces canadiennes)*, 2008 CF 162; *Opération Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Affaire du « Lotus »* (1927), C.P.J.I. sér. A, n° 10; *Sánchez Ramirez c. France*, requête n° 28780/95, décision en date du 24 juin 1996 (C.E.D.H.); *R. c. Brown* (1995), 5 C.A.C.M. 280 (C.A.C.M.); *R. c. Seward*, [1996] A.C.A.C. n° 5 (C.A.C.M.) (QL); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1.

DOCTRINE CITÉE

Arrangements techniques conclus par le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République islamique d'Afghanistan, le 18 décembre 2005, articles 1.1, 1.2, 1.4, annexe articles 1.1, 1.2, 7(1)b).

Entente sur le transfert des détenus conclue entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République islamique d'Afghanistan, le 3 mai 2007.

Entente sur le transfert des détenus conclue entre les Forces canadiennes et le ministère de la Défense de la République islamique d'Afghanistan, le 18 décembre 2005, art. 3, 10.

- Penny, Christopher K. "Domestic Reception and Application of International Humanitarian Law: Coming Challenges for Canadian Courts in the 'Campaign Against Terror'". Paper presented to the International Conference on the Administration of Justice and National Security in Democracies, June 2007, unpublished.
- Roach, Kent. "Editorial — *R. v. Hape* Creates Charter-Free Zones for Canadian Officials Abroad" (2007), 53 *Crim. L.Q.* 1.
- Technical Arrangements between the Government of Canada and the Government of the Islamic Republic of Afghanistan, December 18, 2005, Articles 1.1, 1.2, 1.4, Annex Articles 1.1, 1.2, 7(1)(b).
- United Nations. Committee Against Torture. *General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties*. U.N. Doc. CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4 (23 November 2007).
- United Nations. Human Rights Committee. *General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13 (26 May 2004).
- United Nations Security Council. Resolution 1368 (2001), adopted by the Security Council at its 4370th meeting, on 12 September 2001.
- United Nations Security Council. Resolution 1373 (2001), adopted by the Security Council at its 4385th meeting, on 28 September 2001.
- United Nations Security Council. Resolution 1386 (2001), adopted by the Security Council at its 4443rd meeting, on 20 December 2001.
- United Nations Security Council. Resolution 1659 (2006), adopted by the Security Council at its 5374th meeting, on 15 February 2006.
- United Nations Security Council. Resolution 1707 (2006), adopted by the Security Council at its 5521st meeting, on 12 September 2006.
- United Nations Security Council. Resolution 1776 (2007), adopted by the Security Council at its 5744th meeting, on 19 September 2007.
- London Conference on Afghanistan. Le Pacte pour l'Afghanistan entre la République islamique d'Afghanistan et la communauté internationale. Londres, le 31 janvier et le 1^{er} février 2006.
- Nations Unies. Comité contre la torture. *Observation générale n° 2 : Application de l'article 2 par les États parties*. Doc. N.U. CAT/C/GC/2/CPR.1/Rev.4 (23 novembre 2007).
- Nations Unies. Comité des droits de l'homme. *Observation générale n° 31: La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13 (26 mai 2004).
- Nations Unies Conseil de sécurité. Résolution 1368 (2001), adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4370^e séance, le 12 septembre 2001.
- Nations Unies Conseil de sécurité. Résolution 1373 (2001), adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4385^e séance, le 28 septembre 2001.
- Nations Unies Conseil de sécurité. Résolution 1386 (2001), adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4443^e séance, le 20 décembre 2001.
- Nations Unies Conseil de sécurité. Résolution 1659 (2006), adoptée par le Conseil de sécurité à sa 5374^e séance, le 15 février 2006.
- Nations Unies Conseil de sécurité. Résolution 1707 (2006), adoptée par le Conseil de sécurité à sa 5521^e séance, le 12 septembre 2006.
- Nations Unies Conseil de sécurité. Résolution 1776 (2007), adoptée par le Conseil de sécurité à sa 5744^e séance, le 19 septembre 2007.
- Penny, Christopher K. « Domestic Reception and Application of International Humanitarian Law: Coming Challenges for Canadian Courts in the "Campaign Against Terror" ». Communication au Colloque international sur l'administration de la justice et la sécurité nationale dans les pays démocratiques, juin 2007, non publiée.
- Roach, Kent "Editorial— *R. v. Hape* Creates Charter-Free Zones for Canadian Officials Abroad" (2007), 53 *Crim. L.Q.* 1.

APPLICATION for judicial review seeking a declaration that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies to the detention of non-Canadians by the Canadian Forces in Afghanistan, or their transfer to the custody of Afghan authorities. Application dismissed.

APPEARANCES:

Paul Champ and *Amir Attaran* for applicants.

Jeff R. Anderson and *Brian R. Evernden* for respondents.

DEMANDE de contrôle judiciaire en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique à la détention de non-ressortissants du Canada par les Forces canadiennes en Afghanistan, ou à leur transfèrement à la garde des autorités afghanes. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Paul Champ et *Amir Attaran* pour les demandereses.

Jeff R. Anderson et *Brian R. Evernden* pour les défendeurs.

SOLICITORS OF RECORD:

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP,
Ottawa, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for
respondents.

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

[1] MACTAVISH J.: The issue to be determined on this motion is whether 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]] applies to the conduct of Canadian Forces personnel in relation to individuals detained by the Canadian Forces in Afghanistan and to the transfer of those individuals to the custody of Afghan authorities.

[2] For the reasons that follow, I have concluded that while detainees held by the Canadian Forces in Afghanistan have the rights accorded to them under the Afghan Constitution and by international law and in particular, by international humanitarian law, they do not have rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[3] Furthermore, although the actions of the Canadian Forces in Afghanistan in relation to the detention of non-Canadian individuals are governed by numerous international legal instruments, and may also be governed by Canadian law in certain clearly defined circumstances, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not apply to the conduct in issue in this case.

[4] As the application for judicial review rests exclusively on the Charter for its legal foundation, it follows that the application must be dismissed.

I. INTRODUCTION

[5] Amnesty International Canada and the British Columbia Civil Liberties Association (the applicants) have brought an application for judicial review with

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP,
Ottawa, pour les demandereses.
Le sous-procureur général du Canada pour les
défendeurs.

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

[1] LA JUGE MACTAVISH : La question à trancher dans la présente requête est celle de savoir si 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]] s'applique à la conduite des membres des Forces canadiennes à l'égard des personnes qu'elles détiennent en Afghanistan et au transfèrement de ces dernières aux autorités afghanes.

[2] Pour les motifs qui suivent, je conclus que les prisonniers sous la garde des Forces canadiennes en Afghanistan jouissent des droits que leur confèrent la constitution afghane et le droit international, notamment le droit humanitaire international, mais qu'ils ne jouissent pas de droits en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[3] En outre, bien que les actes des Forces canadiennes en Afghanistan relativement à la détention de non-ressortissants soient régis par de nombreux instruments juridiques internationaux et qu'ils pourraient être régis, dans certains cas clairement définis, par le droit canadien, la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas à la conduite en cause en l'espèce.

[4] Comme elle est exclusivement fondée en droit sur la Charte, la demande de contrôle judiciaire doit être rejetée.

I. INTRODUCTION

[5] Amnistie internationale Canada et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (les demandereses) ont présenté une demande de contrôle

respect to “the transfers, or potential transfers, of individuals detained by the Canadian Forces deployed in the Islamic Republic of Afghanistan.”

[6] Although the applicants are not directly affected by the transfers, the Court has previously found that they satisfy all three components of the test for public interest standing established by the Supreme Court of Canada in cases such as *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791 and *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607. As a consequence, the applicants were granted public interest standing to pursue this matter: see *Amnesty International Canada v. Canada (Minister of National Defence)* (2007), 287 D.L.R. (4th) 35 (F.C.), at paragraphs 34-52 (*Amnesty No. 1*).

[7] The applicants allege that the formal arrangements which have been entered into by Canada and Afghanistan do not provide adequate substantive or procedural safeguards to ensure that individuals transferred into the custody of the Afghan authorities, as well as those who may be transferred into the custody of third countries, are not exposed to a substantial risk of torture.

[8] The applicants ask for a declaration that sections 7, 10 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to individuals detained by the Canadian Forces in Afghanistan. They further seek various forms of declaratory relief relating to the alleged breaches of detainees’ Charter rights.

[9] The applicants also seek a writ of prohibition preventing the transfer of detainees captured by the Canadian Forces to Afghan authorities, or to the custody of any other country, until such time as adequate substantive and procedural safeguards have been put into place.

[10] Finally, the applicants ask for a writ of *mandamus* compelling the respondents to inquire into the status of detainees previously transferred to Afghan authorities, and requiring the respondents to demand the return of these individuals.

judiciaire à l’égard [TRADUCTION] « du transfèrement ou du transfèrement possible de prisonniers des Forces canadiennes déployées dans la République islamique d’Afghanistan ».

[6] Les demandresses ne sont pas directement touchées par les transfèrements, mais la Cour a déjà statué qu’elles satisfont aux trois volets du critère qui fonde la qualité pour agir dans l’intérêt public établi par la Cour suprême du Canada dans des arrêts tels *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791 et *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607. Par conséquent, la qualité pour agir dans l’intérêt public et poursuivre la présente affaire a été reconnue aux demandresses : voir *Amnesty International Canada c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2007 C.F. 1147, aux paragraphes 34 à 52 (la décision *Amnesty n° 1*).

[7] Les demandresses soutiennent que les ententes officielles qu’ont conclues le Canada et l’Afghanistan ne renferment pas de garanties procédurales ou de fond suffisantes pour s’assurer que les personnes transférées à la garde des autorités afghanes, ainsi que celles qui pourraient être transférées à la garde d’autres pays, ne soient pas exposées à un risque sérieux de torture.

[8] Les demandresses sollicitent un jugement déclaratoire de la Cour selon lequel les articles 7, 10 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* s’appliquent aux personnes détenues par les Forces canadiennes en Afghanistan. Elles sollicitent aussi diverses formes de mesures de réparation déclaratoires relativement aux violations alléguées des droits des prisonniers reconnus par la Charte.

[9] Les demandresses sollicitent de plus un bref de prohibition empêchant le transfèrement des prisonniers capturés par les Forces canadiennes à la garde des autorités afghanes ou à celle de tout autre pays jusqu’à ce que des garanties procédurales et de fond suffisantes aient été mises en place.

[10] Enfin, les demandresses sollicitent un bref de *mandamus* contraignant les défendeurs à se renseigner sur l’état des prisonniers auparavant transférés aux autorités afghanes et leur faisant obligation d’exiger que les prisonniers leur soient rendus.

[11] Named as a respondent to this application is General Rick J. Hillier—the Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces. The other respondents are the Minister of National Defence and the Attorney General of Canada.

[12] As was noted above, the applicants' application for judicial review relies entirely on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for its legal foundation. The parties thus agree that if the Charter does not apply to the conduct of the Canadian Forces in issue in this case, it necessarily follows that the application for judicial review must be dismissed.

[13] To assist in resolving this dispute in a timely and efficient manner, the parties have jointly agreed to have the issue of whether the Charter applies in the context of Canada's military involvement in the armed conflict in Afghanistan determined on the basis of the following questions, pursuant to subsection 107(1) of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]:

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

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

[14] The parties further agree that not only is it in the interests of justice to proceed in this manner, but that all of the evidence necessary to determine the answers to the questions identified above is currently available to the Court, notwithstanding that access to certain information sought by the applicants has been refused by the respondents on the grounds of national security and international relations. These requests for disclosure are currently the subject of proceedings under section 38 [sections 38 to 38.16 inclusive (as enacted by S.C. 2001,

[11] Sont désignés à titre de défendeurs en l'espèce le général Rick J. Hillier—le chef d'état-major de la Défense des Forces canadiennes, ainsi que le ministre de la Défense nationale et le procureur général du Canada.

[12] Comme on l'a vu plus haut, la demande de contrôle judiciaire des demandesses est entièrement fondée en droit sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les parties conviennent en conséquence que si la Charte ne s'applique pas à la conduite des Forces canadiennes en cause en l'espèce, il s'ensuit nécessairement que la demande de contrôle judiciaire doit être rejetée.

[13] Pour régler le différend de manière rapide et efficace, les parties ont convenu de trancher la question de l'application de la Charte à la participation militaire du Canada au conflit armé en Afghanistan en fonction des questions suivantes, conformément au paragraphe 107(1) des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle, durant le conflit armé en Afghanistan, à la détention de non-ressortissants du Canada par les Forces canadiennes ou à leur transfèrement aux autorités afghanes pour qu'elles décident des mesures à prendre à leur égard?

2. Si la réponse à la question précédente est « non », la Charte s'applique-t-elle néanmoins si les demandesses sont finalement en mesure d'établir que le transfèrement des détenus en question expose ceux-ci à un risque sérieux de torture?

[14] Les parties ont en outre convenu qu'il est non seulement dans l'intérêt de la justice de procéder de la sorte, mais que la Cour dispose de tous les éléments de preuve indispensables pour répondre aux questions ci-dessus, malgré que les demandesses se soient vu refuser l'accès à certains renseignements par les défendeurs, qui ont invoqué des motifs de sécurité nationale et de relations internationales. Les demandes de divulgation font en ce moment l'objet d'une instance judiciaire en vertu de l'article 38 [articles 38 à 38.16

c. 41, ss. 43, 141)] of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5].

[15] Finally, the parties agree that for the purposes of this motion, the Court is to limit its consideration to the jurisdictional questions identified above. No consideration is to be given at this stage in the proceedings as to whether any of the sections of the Charter relied upon by the applicants are actually engaged on the facts of this case.

[16] For the reasons that follow, I have determined that the answer to both of the questions posed by the motion is “no.” As a result, the applicants’ application for judicial review must therefore be dismissed.

II. BACKGROUND

[17] In order to address the parties’ arguments, it is first necessary to have an understanding of the mandate and role of the Canadian Forces in Afghanistan in relation to the non-international armed conflict currently taking place in that country.

[18] It is also necessary to have an understanding of the arrangements that have been entered into between Canada and Afghanistan with respect to the treatment of detainees, and the role and responsibilities of each of the two countries in this regard.

[19] Each of these issues will be addressed in turn, starting with a consideration of the authority for Canada’s military presence in Afghanistan.

(a) The Authority for Canada’s Military Presence in Afghanistan

[20] The legal authority for Canada’s military presence in Afghanistan has evolved over time, but currently rests upon three distinct, but interrelated, legal bases.

[21] These are the principles of individual and collective self-defence, United Nations Security Council resolutions and the consent of the sovereign state of Afghanistan. The emergence and development of each of these bases will be discussed below.

inclusivement (édités par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141)] de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5].

[15] Enfin, les parties conviennent que pour les besoins de la présente requête, la Cour limitera son examen aux questions de compétence ci-dessus. À cette étape-ci de l’instance, la question de savoir si l’un quelconque des articles de la Charte invoqués par les demanderesse s’applique compte tenu des faits de l’espèce ne sera pas examinée.

[16] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la réponse aux deux questions soulevées par la présente requête est « non ». Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire des demanderesse est rejetée.

II. CONTEXTE

[17] Il s’impose, pour analyser les arguments des parties, de comprendre le mandat et le rôle des Forces canadiennes en Afghanistan au sein du conflit armé non international qui s’y déroule en ce moment.

[18] Il s’impose également de comprendre les ententes conclues par le Canada et l’Afghanistan relativement au traitement des prisonniers et le rôle et les responsabilités de chaque État à cet égard.

[19] Ces deux points seront analysés dans l’ordre, en commençant par l’examen du fondement de la présence militaire du Canada en Afghanistan.

a) Le fondement de la présence militaire du Canada en Afghanistan

[20] Le fondement juridique de la présence militaire du Canada en Afghanistan a évolué au fil du temps et s’appuie en ce moment sur trois assises juridiques distinctes mais liées entre elles.

[21] Il s’agit du principe de légitime défense individuelle et collective, des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies et du consentement de l’État souverain d’Afghanistan. La naissance et l’évolution de ces trois assises seront analysées ci-dessous.

(i) Individual and Collective Self-Defence

[22] Canada's initial military involvement in Afghanistan took place in the context of an international armed conflict in that country. The original legal basis for Canada's participation in the conflict in Afghanistan was the exercise by Canada of this country's right of self-defence.

[23] Immediately following the tragic events in New York, Washington and Pennsylvania on September 11, 2001, the United Nations Security Council issued Security Council Resolutions 1368 [2001] and 1373 [2001] which "recognized" and "reaffirmed" the inherent right of individual and collective self-defence, in accordance with the provisions of the *Charter of the United Nations* [June 26, 1945, [1945] Can. T.S. No. 7].

[24] The North Atlantic Treaty Organization [NATO] also recognized that an armed attack against one or more member States was to be viewed as an attack against all NATO members.

[25] In this context, on October 24, 2001, Canada informed the United Nations Security Council that it would be joining with the United States in deploying military forces into Afghanistan in the exercise of its inherent right of self-defence. Canada's military involvement in Afghanistan was originally as a participant in the American-led Operation Enduring Freedom (OEF).

[26] Some Canadian military personnel remain in Afghanistan as part of OEF, in part in the continued exercise of Canada's right of self-defence. However, since the emergence of the democratically elected Afghan government as a coalition partner in 2003, OEF is also now in Afghanistan with the consent of that government.

(ii) The United Nations Mandate

[27] On December 20, 2001, after the defeat of the Taliban regime in Afghanistan, United Nations Security Council Resolution 1386 [2001] was passed authorizing the creation of an International Security and Assistance Force (ISAF) for Afghanistan.

i) La légitime défense individuelle et collective

[22] La mission militaire initiale du Canada en Afghanistan s'est déroulée au sein d'un conflit armé international dans ce pays. L'exercice du droit à la légitime défense du Canada est le fondement juridique originel de sa participation au conflit en Afghanistan.

[23] Immédiatement après les événements tragiques de New York, de Washington et de Pennsylvanie, le 11 septembre 2001, le Conseil de sécurité des Nations Unies a adopté les résolutions 1368 [2001] et 1373 [2001] qui « reconnaissent » et « réaffirment » le droit inhérent à la légitime défense individuelle et collective, conformément aux dispositions de la *Charte des Nations Unies* [26 juin 1945, [1945] R.T. Can. n° 7].

[24] L'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord [OTAN] a également reconnu qu'une attaque armée contre l'un ou plusieurs de ses États membres sera considérée comme une attaque contre tous les membres de l'OTAN.

[25] Dans ce contexte, le 24 octobre 2001, le Canada a informé le Conseil de sécurité des Nations Unies qu'il se joindrait aux États-Unis et déploierait des forces militaires en Afghanistan dans l'exercice de son droit inhérent à la légitime défense. À l'origine, le Canada a participé à l'opération nommée « opération *Enduring Freedom* » (OEF) dirigée par les États-Unis.

[26] Des militaires canadiens se trouvent encore en Afghanistan à titre de membres de l'OEF, en partie dans l'exercice continu du droit du Canada à la légitime défense. Cependant, depuis qu'un gouvernement afghan démocratiquement élu est devenu partenaire de la coalition en 2003, l'OEF se trouve aussi en Afghanistan avec le consentement de ce gouvernement.

ii) Le mandat des Nations Unies

[27] Le 20 décembre 2001, après la chute du régime des talibans en Afghanistan, le Conseil de sécurité des Nations Unies a adopté la résolution 1386 [2001] autorisant la création d'une Force internationale d'assistance à la sécurité (la FIAS) pour l'Afghanistan.

[28] ISAF is a multinational force under NATO command, which has been deployed to assist the Government of Afghanistan in restoring peace and security in that country.

[29] ISAF was originally established for a period of six months, and was intended to assist the Afghan Interim Authority in the maintenance of security in Kabul and surrounding areas. However, successive United Nations Security Council resolutions have extended the mandate of ISAF, both geographically and temporally, on the basis that the situation in Afghanistan constitutes an ongoing threat to international peace and security.

[30] ISAF currently operates under the mandate conferred upon it by the United Nations Security Council Resolution 1776 [2007], which has extended the ISAF mandate until October of 2008. There are currently some 37 countries contributing to ISAF.

[31] At this point, Canada has approximately 2 500 Canadian Forces personnel in Afghanistan, primarily as part of the ISAF mission. The majority of Canadian Forces personnel are deployed in Kandahar province. Other Canadian government personnel are also currently stationed in Afghanistan, including employees of the Department of Foreign Affairs and International Trade.

[32] The respondents' position is that while Canada retains operational command over Canadian Forces personnel within ISAF, it is NATO, not Canada, that has operational control over ISAF Forces. That said, it appears that Canadian operational command ultimately takes precedence over NATO's operational control.

[33] In this regard, Colonel Stephen P. Noonan, the head of the Canadian Forces' Operations Branch (J3) of the Canadian Expeditionary Force Command Headquarters testified that:

Operational command is retained by national authorities and operational control is given to ISAF. ... As we place our forces under operational control of NATO, we have come to an agreement with NATO that the mission in Afghanistan is congruent with Canadian aims and that NATO can assign tasks

[28] La FIAS est une force multinationale sous le commandement de l'OTAN déployée pour aider le gouvernement afghan à rétablir la paix et la sécurité dans ce pays.

[29] La FIAS a d'abord été créée pour une période de six mois et visait à aider l'Autorité intérimaire afghane à maintenir la sécurité à Kaboul et dans ses environs. Toutefois, des résolutions successives du Conseil de sécurité des Nations Unies ont étendu le mandat de la FIAS, à la fois pour ce qui est du territoire couvert que pour sa durée, au motif que la situation en Afghanistan demeure une menace pour la paix et la sécurité internationales.

[30] Le mandat actuel de la FIAS prend sa source dans la résolution 1776 [2007] du Conseil de sécurité [des Nations Unies], qui l'a prorogé jusqu'en octobre 2008. Quelque 37 pays font à l'heure actuelle partie de la FIAS.

[31] En ce moment, le contingent du Canada compte environ 2 500 membres des Forces canadiennes en Afghanistan, principalement au titre de la mission de la FIAS. La majorité de ces membres est déployée dans la province de Kandahar. D'autres fonctionnaires canadiens, notamment du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, sont également en poste en Afghanistan.

[32] Les défenseurs soutiennent que si le Canada conserve le commandement opérationnel des membres des Forces canadiennes au sein de la FIAS, c'est l'OTAN, et non le Canada, qui exerce la direction opérationnelle des forces de la FIAS. Cela dit, il semble que le commandement opérationnel du Canada a en fin de compte préséance sur la direction opérationnelle de l'OTAN.

[33] À cet égard, le colonel Stephen P. Noonan, commandant du service des opérations (J3), État-major du Commandement de la Force expéditionnaire du Canada, a témoigné :

[TRADUCTION] Le commandement opérationnel relève des autorités nationales et la direction opérationnelle relève de la FIAS [...] Nous avons convenu avec l'OTAN, en plaçant nos forces sous sa direction opérationnelle, que la mission en Afghanistan est compatible avec les buts visés par le Canada et

to our forces in the attainment of that mission, however, that national command overrides that and therefore the duties that are assigned to the Canadian Forces ISAF personnel in Afghanistan need to remain consistent with our direction, Canadian direction, so therefore we always hold the ability to say no to military tasks. [Transcript of the cross-examination of Col. Noonan, at question 46; emphasis added.]

[34] In furtherance of this reporting structure, the Canadian Commander of the Joint Task Force Afghanistan reports both to the Commander of ISAF through the Commander Regional Command South, and nationally to the Commander of the Canadian Forces, Expeditionary Forces Command (CEFCOM).

[35] Member States participating in ISAF, including Canada, have been authorized to take “all necessary measures” to fulfil ISAF’s mandate: see United Nations Security Council Resolution 1386, at paragraph 3, and Resolution 1776, at paragraph 2.

[36] These resolutions thus authorize ISAF military personnel to use all necessary force in carrying out their mission.

[37] The United Nations Security Council has, however, expressly recognized that the primary responsibility for maintaining security and law and order in Afghanistan rests with the Government of Afghanistan established after the overthrow of the Taliban regime. ISAF is in Afghanistan to assist the Government of Afghanistan in that task.

[38] The mandate conferred by the Security Council resolutions referred to above does not apply to those members of the Canadian Forces currently deployed in Afghanistan, outside the framework of ISAF, including those members of the Canadian Forces deployed as part of OEF.

[39] That said, the parties agree that for the purposes of analysis required by this motion, there is no difference between the circumstances and status of Canadian Forces deployed as part of OEF, and those deployed as part of ISAF.

que l’OTAN peut confier des tâches à nos forces pour la réalisation de cette mission. Toutefois, le commandement national a préséance et par conséquent, les tâches confiées aux membres des Forces canadiennes de la FIAS en Afghanistan doivent correspondre à nos instructions, aux instructions canadiennes; c’est pourquoi nous avons toujours le pouvoir de refuser des opérations militaires. [Transcription du contre-interrogatoire du colonel Noonan, à la question 46; non souligné dans l’original.]

[34] Ainsi, aux fins de cette chaîne de commandement, le commandant canadien de la Force opérationnelle interarmées en Afghanistan relève à la fois du commandant de la FIAS, par l’intermédiaire du commandant du Commandement régional (Sud), et du commandant du Commandement de la Force expéditionnaire du Canada (le COMFEC) pour ce qui est de la chaîne de commandement canadienne.

[35] Les États membres qui participent à la FIAS, dont le Canada, sont autorisés à prendre « toutes les mesures nécessaires » à l’exécution du mandat de la FIAS : voir la résolution 1386 du Conseil de sécurité des Nations Unies, au paragraphe 3, et la résolution 1776, au paragraphe 2.

[36] Ces résolutions autorisent donc les militaires de la FIAS à utiliser toute la force nécessaire pour l’exécution de sa mission.

[37] Le Conseil de sécurité des Nations Unies a toutefois clairement reconnu qu’il incombe au gouvernement de l’Afghanistan constitué après la chute du régime des talibans à pourvoir à la sécurité et au maintien de l’ordre dans le pays. La FIAS est en Afghanistan pour seconder le gouvernement afghan dans cette tâche.

[38] Le mandat conféré par les résolutions du Conseil de sécurité susmentionnées ne s’applique pas aux membres des Forces canadiennes déployés en Afghanistan hors du cadre de la FIAS, notamment aux membres des Forces canadiennes déployés en vertu de l’OEF.

[39] Cela étant, les parties conviennent que pour les besoins de l’analyse exigée par la présente requête, il n’y a pas de différence entre les conditions et le statut des Forces canadiennes déployées en vertu de l’OEF et ceux des Forces qui font partie de la FIAS.

(iii) The Consent of the Government of Afghanistan

[40] While Canada initially went into Afghanistan with the goal of overthrowing the Taliban regime then in power in that country, Canada and its NATO partners are now in Afghanistan with the consent of that country's democratically elected government. This government has been recognized by the international community as the legitimate Government of Afghanistan.

[41] This consent is reflected in documents such as the Afghanistan Compact, an agreement reached between the Islamic Republic of Afghanistan and the international community on February 1, 2006.

[42] Amongst other things, the Afghanistan Compact provides that:

Genuine security remains a fundamental prerequisite for achieving stability and development in Afghanistan. Security cannot be provided by military means alone. It requires good governance, justice and the rule of law, reinforced by reconstruction and development. With the support of the international community, the Afghan Government will consolidate peace by disbanding all illegal armed groups. The Afghan Government and the international community will create a secure environment by strengthening Afghan institutions to meet the security needs of the country in a fiscally sustainable manner.

To that end, the NATO-led International Security Assistance Force (ISAF), the US-led Operation Enduring Freedom (OEF) and partner nations involved in security sector reform will continue to provide strong support to the Afghan Government in establishing and sustaining security and stability in Afghanistan, subject to participating states' national approval procedures. They will continue to strengthen and develop the capacity of the national security forces to ensure that they become fully functional. All OEF counter-terrorism operations will be conducted in close coordination with the Afghan Government and ISAF. ISAF will continue to expand its presence throughout Afghanistan, including through Provincial Reconstruction Teams (PRTs), and will continue to promote stability and support security sector reforms in its areas of operation.

Full respect for Afghanistan's sovereignty and strengthening dialogue and cooperation between Afghanistan and its neighbors constitute an essential guarantee of stability in

iii) Le consentement du gouvernement afghan

[40] La mission du Canada en Afghanistan avait tout d'abord pour but de renverser le régime des talibans au pouvoir à l'époque, mais le Canada et ses alliés de l'OTAN s'y trouvent en ce moment avec le consentement du gouvernement démocratiquement élu du pays, reconnu par la communauté internationale comme étant le gouvernement légitime de l'Afghanistan.

[41] Le consentement de l'Afghanistan s'exprime dans des documents tels que le Afghanistan Compact (le Pacte pour l'Afghanistan), un accord conclu le 1^{er} février 2006 par la République islamique d'Afghanistan et la communauté internationale.

[42] Le Pacte pour l'Afghanistan énonce notamment ce qui suit :

La véritable sécurité constitue la condition fondamentale pour établir la stabilité et assurer le développement en Afghanistan. Elle ne peut pas être assurée uniquement avec des moyens militaires. Il faut une bonne gouvernance, ainsi que la justice et la primauté du droit, renforcées par la reconstruction et le développement. Avec l'aide de la communauté internationale, le gouvernement afghan consolidera la paix en dispersant tous les groupes armés illégaux. Le gouvernement afghan et la communauté internationale créeront un environnement sûr en renforçant les institutions afghanes pour satisfaire aux besoins du pays en matière de sécurité, d'une manière qui soit conforme à sa capacité de financement.

À cette fin, la Force internationale d'assistance à la sécurité (FIAS) sous le commandement de l'OTAN, l'opération « Liberté immuable » (« Enduring Freedom ») sous le commandement des États-Unis et les pays partenaires qui participent à la réforme du secteur de la sécurité continueront à appuyer le gouvernement afghan en vue d'établir et de maintenir la sécurité et la stabilité en Afghanistan, sous réserve de l'approbation des instances nationales des États participants. Ils continueront à renforcer et à développer la capacité des forces de sécurité nationales pour qu'elles deviennent pleinement opérationnelles. Toutes les opérations de lutte contre le terrorisme de l'opération « Liberté immuable » seront menées en étroite coordination avec le gouvernement afghan et la FIAS. La FIAS poursuivra le renforcement de sa présence partout en Afghanistan, notamment par l'entremise des équipes provinciales de reconstruction, et elle continuera à promouvoir la stabilité et à appuyer la réforme du secteur de la sécurité dans sa zone d'opérations.

Le respect intégral de la souveraineté de l'Afghanistan et le renforcement du dialogue et de la coopération entre l'Afghanistan et ses voisins sont des conditions indispensables

Afghanistan and the region. The international community will support concrete confidence-building measures to this end.

[43] The Afghanistan Compact has been endorsed by the United Nations Security Council through Resolutions 1659 [2006] and 1707 [2006]. Resolution 1707 described the Compact as providing “the framework for the partnership between the Afghan Government and the international community.”

[44] Even before the Afghanistan Compact was concluded, the governments of Canada and Afghanistan had signed a document outlining the nature of Canada’s involvement and powers within Afghanistan: see the “Technical Arrangements between the Government of Canada and the Government of the Islamic Republic of Afghanistan”, dated December 18, 2005.

[45] The Technical Arrangements are intended to cover Canadian activities in Afghanistan including, amongst other things, assistance in the armed conflict, stabilization, training of the Afghan military, and assistance to law enforcement authorities.

[46] It is clearly recognized in the Technical Arrangements that, in light of the credible threat to Canadian personnel, such personnel may take “such measures as are considered necessary to ensure the accomplishment of their operational objectives”: at paragraph 11.

[47] The Technical Arrangements further provide, at paragraph 12 that:

Canadian personnel may need to use force (including deadly force) to ensure the accomplishment of their operational objectives, the safety of the deployed force, including designated persons, designated property, and designated locations. Such measures could include the use of close air support, firearms or other weapons; the detention of persons; and the seizure of arms and other materiel. Detainees would be afforded the same treatment as Prisoners of War. Detainees would be transferred to Afghan authorities in a manner consistent with international law and subject to negotiated assurances regarding their treatment and transfer. [Emphasis added.]

à la stabilité dans le pays et dans la région. La communauté internationale appuiera des mesures de confiance concrètes à cette fin.

[43] Le Conseil de sécurité des Nations Unies a donné son aval au Pacte pour l’Afghanistan par la voie des résolutions 1659 [2006] et 1707 [2006]. Dans cette dernière, il est écrit que le Pacte constitue « un cadre pour l’action menée en partenariat par le Gouvernement afghan et la communauté internationale ».

[44] Avant même que soit conclu le Pacte pour l’Afghanistan, le Canada et l’Afghanistan avaient conclu une entente exposant la nature de la mission du Canada en Afghanistan et ses pouvoirs : voir le document intitulé « Technical Arrangements between the Government of Canada and the Government of the Islamic Republic of Afghanistan » (Arrangements techniques conclus par le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République islamique d’Afghanistan), en date du 18 décembre 2005.

[45] Les Arrangements techniques portent sur les activités du Canada en Afghanistan, notamment l’assistance fournie dans le conflit armé, la stabilisation et la formation de l’armée afghane, ainsi que l’aide aux autorités chargées de l’application de la loi.

[46] Il est clairement établi dans les Arrangements techniques qu’en raison de la menace crédible qui pèse sur le personnel canadien, celui-ci est habilité à prendre [TRADUCTION] « les mesures qui sont jugées nécessaires pour assurer l’atteinte des objectifs opérationnels » : voir le paragraphe 11.

[47] Il est en outre précisé dans les Arrangements techniques, au paragraphe 12 :

[TRADUCTION] Le personnel canadien peut recourir à la force, y compris la force mortelle, pour assurer l’atteinte des objectifs opérationnels et la sécurité des forces déployées, y compris les personnes désignées, les biens désignés et les lieux désignés. Ces mesures peuvent comprendre le recours à l’appui aérien rapproché, l’usage d’armes à feu ou autres, la détention de personnes, et la saisie d’armes et d’autre matériel. Il serait accordé aux prisonniers le même traitement qu’aux prisonniers de guerre. Les prisonniers seraient transférés aux autorités afghanes conformément au droit international et sous réserve des assurances négociées concernant leur traitement et leur transfèrement. [Non souligné dans l’original.]

[48] Under the Technical Arrangements, the final authority to interpret the Arrangements is expressly reserved to the Canadian military Commander in Afghanistan.

[49] Canada has also signed a “Status of Forces Arrangement”, which forms an annex to the Technical Arrangements. Article 1.1 of this document provides that Canadian personnel are subject to the exclusive jurisdiction of Canadian authorities in relation to any criminal or disciplinary offences which may be committed by them in Afghanistan.

[50] Article 1.2 of the Status of Forces Arrangement further provides that the Government of Canada will take measures to ensure that all Canadian personnel “will respect international law and will refrain from activities not compatible with the nature of their operations or their status in Afghanistan.”

[51] After reiterating that Canadian personnel are immune from personal arrest or detention, unless the senior Canadian military Commander consents to such treatment, the Status of Forces Arrangement states that “[i]n giving effect to the Arrangements, the Participants will at all times act in a manner consistent with their obligations under international law”: see Article 1.4.

[52] The Technical Arrangements and the two Arrangements entered into by Canada and Afghanistan with respect to the transfer of detainees (which will be discussed below), reflect the consent of the Government of Afghanistan to the operation of the Canadian Forces on Afghan territory for the purposes identified in the documents.

(b) The Canadian Forces’ Detention of Individuals in Afghanistan

[53] As part of Canada’s military operations in Afghanistan, Canadian Forces are from time to time required to capture and detain insurgents, or those assisting the insurgents, who may pose a threat to the safety of Afghan nationals, as well as to members of the Canadian military and allied forces.

[54] The Canadian Forces possess a broad discretion to detain Afghan civilians, including individuals who may have no active role in hostilities.

[48] Dans les Arrangements techniques, l’interprétation de l’entente est expressément réservée au commandant militaire du Canada en Afghanistan.

[49] Le Canada a également conclu un accord intitulé « Status of Forces Arrangement », qui constitue une annexe aux Arrangements techniques. Le paragraphe 1.1 du document énonce que le personnel canadien relève de la compétence exclusive des autorités canadiennes pour les infractions criminelles ou disciplinaires commises en Afghanistan.

[50] Il est en outre précisé au paragraphe 1.2 que le Canada prendra les mesures voulues pour s’assurer que tout le personnel canadien [TRADUCTION] « respecte le droit international et s’abstienne de toute activité incompatible avec la nature de ses opérations ou son statut en Afghanistan ».

[51] Après avoir répété que les membres du personnel canadien sont à l’abri d’une arrestation ou d’une détention à moins que le commandant militaire canadien supérieur y consente, il est précisé à l’article 1.4 : [TRADUCTION] « En donnant effet aux Arrangements, les Parties s’engagent à respecter en tout temps leurs obligations en vertu du droit international. »

[52] Les Arrangements techniques et les deux ententes conclues par le Canada et l’Afghanistan sur le transfèrement des détenus (analysées ci-dessous) traduisent le consentement du gouvernement afghan aux opérations des Forces canadiennes en territoire afghan aux fins précisées dans les documents.

b) La détention de personnes par les Forces canadiennes en Afghanistan

[53] Pendant les opérations militaires du Canada en Afghanistan, les Forces canadiennes capturent et détiennent à l’occasion des insurgés, ou des personnes les soutenant, qui peuvent être une menace à la sécurité des ressortissants afghans de même qu’aux militaires canadiens et aux forces alliées.

[54] Les Forces canadiennes disposent d’un vaste pouvoir discrétionnaire de détention de civils afghans, y compris de personnes qui n’ont aucun rôle actif dans les hostilités.

[55] That is, Canadian Joint Task Force Afghanistan's Theatre Standing Order 321A regarding the "Detention of Afghan Nationals and Other Persons" provides that the Canadian Forces may detain any person on a "reasonable belief" (defined as "neither mere speculation nor absolute certainty") that he or she is adverse in interest. This includes "persons who are themselves not taking a direct part in hostilities, but who are reasonably believed to be providing support in respect of acts harmful to the CF / Coalition Forces."

[56] Under Theatre Standing Order 321A, the decision as to whether individual detainees should be retained in Canadian custody, released, or transferred to the custody of a third country, is within the sole discretion of the Commander of Joint Task Force Afghanistan, a position currently occupied by General Laroche.

[57] Following capture by the Canadian Forces, detainees are held in a Canadian Forces temporary detention facility at Kandahar Airfield. Kandahar Airfield is a NATO base, and is the location of the Canadian Forces' base of operations in Kandahar province.

[58] Kandahar Airfield is not under the control of either the Afghan or Canadian governments, but is a facility shared by Canada and several other ISAF countries participating in security and infrastructure operations in Afghanistan. Canada does, however, have command and control over the Canadian Forces' detention facilities at the Kandahar Airfield.

[59] Theatre Standing Order 321A further provides that while in Canadian custody, detainees are to be "treated fairly and humanely" in accordance with "applicable international law and CF Doctrine."

[60] Canada informs the International Committee of the Red Cross when the Canadian Forces detain an

[55] Ainsi, il est précisé dans le document intitulé « Theatre Standing Order 321A » (Ordre permanent du théâtre n° 321A) de la Force opérationnelle interarmées canadienne en Afghanistan, qui traite de la [TRADUCTION] « détention des ressortissants afghans et d'autres personnes », que les Forces canadiennes en Afghanistan peuvent détenir toute personne s'il existe un [TRADUCTION] « motif raisonnable » (défini comme étant « ni une simple supposition, ni une certitude absolue ») de croire qu'elle est une partie adverse. Cela comprend les [TRADUCTION] « personnes qui ne prennent pas directement part aux hostilités, mais dont on croit raisonnablement qu'elles fournissent un appui aux actions préjudiciables aux Forces canadiennes et aux forces de la coalition ».

[56] Aux termes du Theatre Standing Order 321A, la décision de conserver le prisonnier sous la garde des Forces canadiennes, de le libérer ou de le transférer à la garde d'un pays tiers relève exclusivement du commandant de la Force opérationnelle interarmées en Afghanistan, fonction exercée en ce moment par le général Laroche.

[57] Les personnes capturées sont envoyées dans une prison temporaire des Forces canadiennes à la base aérienne de Kandahar, une base de l'OTAN; c'est à cet endroit que se trouve la base d'opérations des Forces canadiennes dans la province de Kandahar.

[58] La base aérienne de Kandahar n'est contrôlée ni par le gouvernement afghan, ni par celui du Canada; c'est une base partagée par le Canada et plusieurs autres pays membres de la FIAS qui participent à des opérations de sécurité et des activités de reconstruction en Afghanistan. Toutefois, la prison des Forces canadiennes à la base aérienne de Kandahar est sous le commandement et la direction du Canada.

[59] Le Theatre Standing Order 321A énonce en outre que lorsqu'ils sont sous la garde du Canada, les détenus doivent être [TRADUCTION] « traités équitablement et avec humanité, conformément au droit international applicable et à la doctrine des Forces canadiennes ».

[60] Le Canada informe le Comité international de la Croix-Rouge de l'emprisonnement d'une personne en

individual in Afghanistan, but does not notify the Afghan government that one of its citizens has been detained, unless and until the detainee is to be transferred to Afghan custody.

[61] It is both NATO and Canadian Forces' policy to transfer or release detainees within 96 hours of their capture. However, the Canadian Forces has the ability to hold detainees for longer periods, and has done so for a variety of reasons.

[62] While in Canadian custody, detainees are interrogated, searched, photographed and fingerprinted. Detainees are not provided with access to legal counsel during their detention by the Canadian Forces, nor are they afforded any opportunity to make representations prior to being handed over to the Afghan authorities.

[63] The Canadian Forces have the sole discretion to determine whether a detainee "shall be retained in custody, transferred to [the Afghan National Security Forces] or released." These determinations are made on a case-by-case basis by the Canadian Commander of Task Force Afghanistan at regular review meetings.

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

[65] It is the position of the respondents that if this standard is not met, detainee transfers will not take place.

[66] On December 18, 2005, the Afghan Minister of Defence and the Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces signed an agreement entitled "*Arrangement for the Transfer of Detainees between the Canadian Forces and the Ministry of Defence of the Islamic Republic of Afghanistan*" (the first Detainee Arrangement).

[67] The first Detainee Arrangement was intended to establish procedures to be followed in the event that a detainee was to be transferred from the custody of the

Afghanistan, mais il ne fait savoir au gouvernement afghan qu'un ressortissant afghan est emprisonné que lorsque celui-ci est transféré à la garde des autorités afghanes.

[61] L'OTAN et les Forces canadiennes ont pour politique de transférer ou de libérer les prisonniers dans les 96 heures suivant leur capture. Les Forces canadiennes sont toutefois habilitées à garder des personnes emprisonnées pour de plus longues périodes, ce qu'elles ont déjà fait pour diverses raisons.

[62] Pendant la période où ils sont sous la garde du Canada, les prisonniers sont interrogés, fouillés et photographiés et l'on prélève leurs empreintes digitales. Les prisonniers n'ont pas accès à un avocat pendant cette période et ne peuvent faire d'observations avant d'être remis aux autorités afghanes.

[63] Les Forces canadiennes peuvent à leur seul gré décider si le détenu [TRADUCTION] « restera en détention, sera transféré [aux Forces de sécurité nationales afghanes] ou libéré ». Ces décisions sont prises individuellement par le commandant canadien de la Force opérationnelle en Afghanistan lors de réunions d'examen régulières.

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

[65] Les défenseurs soutiennent que si cette condition n'est pas remplie, les prisonniers ne sont pas transférés.

[66] Le 18 décembre 2005, le ministre de la Défense de l'Afghanistan et le chef d'état-major de la défense des Forces canadiennes ont signé une entente intitulée *Entente sur le transfert des détenus conclue entre les Forces canadiennes et le ministère de la Défense de la République islamique d'Afghanistan* (la première Entente sur les prisonniers).

[67] La première Entente sur les prisonniers visait à instaurer la procédure à suivre lors du transfèrement de prisonniers par les Forces canadiennes à une prison des

Canadian Forces to a detention facility operated by Afghan authorities. The Arrangement reflects Canada's commitment to work with the Afghan government to ensure the humane treatment of detainees, while recognizing that Afghanistan has the primary responsibility to maintain and safeguard detainees in their custody.

[68] Amongst other things, the first Detainee Arrangement provides that the International Committee of the Red Cross has the right to visit detainees at any time, while the detainees are being held in either Canadian or Afghan custody.

[69] In February of 2007, the Canadian Forces signed an exchange of letters with the Afghan Independent Human Rights Commission [AIHRC], which letters emphasize the role of the AIHRC in monitoring detainees. These letters further provide that the AIHRC is to provide immediate notice to the Canadian Forces, should it become aware of the mistreatment of a detainee who has been transferred from Canadian custody.

[70] On May 3, 2007, Canada and Afghanistan concluded a second Arrangement governing the transfer of detainees held by the Canadian Forces (the second Detainee Arrangement) [*Arrangement for the Transfer of Detainees Between the Government of Canada and the Government of the Islamic Republic of Afghanistan*]. This Arrangement supplements the first Detainee Arrangement, which continues to remain in effect.

[71] The second Detainee Arrangement requires that detainees transferred by the Canadian Forces be held in a limited number of detention facilities, to assist in keeping track of the individual detainees. The designated institutions are the National Directorate of Security detention facility in Kandahar, Kandahar central prison (Sarpoza), National Directorate of Security detention facility No. 17 in Kabul, and Pul-e-Charki prison, also in Kabul.

[72] This Arrangement further provides that members of the Afghan Independent Human Rights Commission, the International Committee of the Red Cross, and Canadian government personnel all have access to persons transferred from Canadian to Afghan custody.

autorités afghanes. L'Entente traduit l'engagement du Canada à travailler en collaboration avec le gouvernement afghan pour faire en sorte que les prisonniers soient traités avec humanité, tout en reconnaissant qu'il incombe à l'Afghanistan de pourvoir en premier lieu au traitement et à la protection des prisonniers sous sa garde.

[68] La première Entente sur les prisonniers prévoit entre autres que le Comité international de la Croix-Rouge a le droit de rendre visite aux prisonniers à tout moment, qu'ils soient sous garde canadienne ou afghane.

[69] En février 2007, un échange de lettres entre les Forces canadiennes et la Commission indépendante des droits de l'homme en Afghanistan mettait l'accent sur le rôle de la Commission relativement à la surveillance du traitement des prisonniers. Si elle constate qu'un prisonnier que les Forces canadiennes ont transféré aux autorités afghanes subit de mauvais traitements, la Commission doit immédiatement en aviser les Forces canadiennes.

[70] Le 3 mai 2007, le Canada et l'Afghanistan ont conclu une seconde Entente régissant le transfèrement de prisonniers (la seconde Entente sur les prisonniers) [*Entente sur le transfert des détenus conclue entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République islamique d'Afghanistan*] qui venait compléter la première Entente sur les prisonniers, laquelle continue d'avoir effet.

[71] La seconde Entente sur les prisonniers prévoit que les prisonniers transférés par les Forces canadiennes seront gardés dans un nombre restreint de prisons, de manière à pouvoir suivre la situation de chacun. Les établissements désignés sont les suivants : prison de la Direction nationale de la sécurité à Kandahar, prison centrale de Kandahar (Sarpoza), prison de la Direction nationale de la sécurité n° 17 à Kaboul et prison de Pul-e-Charki, à Kaboul également.

[72] En outre, d'après la seconde Entente, les représentants de la Commission indépendante des droits de l'homme en Afghanistan, du Comité international de la Croix-Rouge et du Canada auront tous accès aux prisonniers transférés aux autorités afghanes par les Forces canadiennes.

[73] The second Detainee Arrangement also requires that approval be given by Canadian officials before any detainee who had previously been transferred from Canadian to Afghan custody is transferred to a third country.

[74] Finally, the second Detainee Arrangement provides that any allegations of the abuse or mistreatment of detainees held in Afghan custody are to be investigated by the Government of Afghanistan, and that individuals responsible for mistreating prisoners are to be prosecuted in accordance with Afghan law and internationally applicable legal standards.

[75] On January 22, 2008, the applicants were advised by the respondents that the Canadian Forces had suspended detainee transfers until such time as transfers could be resumed “in accordance with Canada’s international obligations.”

[76] The decision to suspend detainee transfers came about as a result of a “credible allegation of mistreatment” having been received on November 5, 2007, by Canadian personnel monitoring the condition of detainees transferred to Afghan authorities.

[77] The decision to suspend transfers was made by Colonel Christian Juneau, the Deputy Commander of Task Force Afghanistan. The decision was made by Colonel Juneau, in the absence of General Laroche who was on leave at the time.

[78] On January 24, 2008, Brigadier General Joseph Paul André Deschamps testified before the Court with respect to the suspension of detainee transfers, advising that no such transfers had taken place since November 5, 2007.

[79] Brigadier General Deschamps works with the Canadian Expeditionary Forces Command in Ottawa, and is the Chief of Staff responsible for overseeing operations for the Canadian Forces deployed outside of Canada, including those deployed in Afghanistan.

[80] According to Brigadier General Deschamps, the suspension of transfers was temporary in nature, and the

[73] La seconde Entente prévoit aussi que les représentants canadiens doivent avoir donné leur accord pour qu’un prisonnier auparavant transféré des Forces canadiennes aux autorités afghanes soit confié à la garde d’un pays tiers.

[74] Enfin, la seconde Entente sur les prisonniers dispose que toute allégation de mauvais traitements de prisonniers sous la garde des autorités afghanes fera l’objet d’une enquête par le gouvernement afghan et que les responsables de mauvais traitements seront poursuivis conformément au droit afghan et aux normes juridiques internationales applicables.

[75] Le 22 janvier 2008, les défendeurs ont informé les demanderesse que les Forces canadiennes avaient suspendu le transfèrement de prisonniers jusqu’à ce qu’il soit de nouveau possible d’y procéder [TRADUCTION] « conformément aux obligations internationales du Canada ».

[76] La décision de suspendre le transfèrement de prisonniers découle d’une [TRADUCTION] « allégation crédible de mauvais traitements » reçue le 5 novembre 2007 par les Canadiens qui suivent l’état des prisonniers transférés aux autorités afghanes.

[77] La décision de suspendre le transfèrement a été prise par le colonel Christian Juneau, commandant adjoint de la Force opérationnelle en Afghanistan, en l’absence du général Laroche alors en congé.

[78] Le 24 janvier 2008, la Cour a entendu le témoignage du brigadier-général Joseph Paul André Deschamps sur la suspension du transfèrement de prisonniers; celui-ci a informé la Cour que le transfèrement était interrompu depuis le 5 novembre 2007.

[79] Le brigadier-général Deschamps est affecté au Commandement de la Force expéditionnaire du Canada à Ottawa et il est le chef d’état-major responsable des opérations des Forces canadiennes déployées à l’extérieur du Canada, notamment en Afghanistan.

[80] D’après le brigadier-général Deschamps, la suspension du transfèrement était de nature temporaire

Canadian Forces remained committed to the ISAF policy of transferring Afghan detainees to the custody of Afghan authorities. He further testified that the resumption of detainee transfers was a real possibility, but would not occur until such time as Canada was satisfied it could do so “in accordance with its international legal obligations.”

[81] Indeed, while the decision in this matter was under reserve, the Court was advised that as of February 26, 2008, the Canadian Forces had resumed transferring detainees to Afghan custody.

[82] As the Court noted in its decision dismissing the applicants’ motion for an interlocutory injunction, the evidence adduced by the applicants clearly established the existence of very real and serious concerns as to the effectiveness of the steps that had been taken prior to November 5, 2007, to ensure that detainees transferred by the Canadian Forces to the custody of Afghan authorities are not mistreated: see *Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces)*, 2008 FC 162, at paragraph 111 (*Amnesty No. 2*).

[83] While the Canadian Forces have implemented additional measures designed to reduce the risk to detainees transferred into the custody of Afghan authorities since November 5, 2007, it is not necessary for the purposes of this motion to pass judgment on the efficacy or sufficiency of these additional protective measures.

[84] The respondents have refused to provide any information with respect to the identity or whereabouts of specific individuals who have been detained by the Canadian Forces, on the grounds of national security.

[85] The respondents do maintain, however, that Canada has no legal authority to establish or run a long-term detention facility in Afghanistan. That is, according to the respondents, the Canadian Forces have not been authorized to detain for the long term, either by the Government of Canada or by ISAF commanders,

et les Forces canadiennes demeureraient engagées à respecter la politique de la FIAS de transférer les détenus afghans aux autorités afghanes. Il a expliqué que la reprise du transfèrement était fort possible, mais qu’elle ne se produirait pas tant que le Canada ne serait pas convaincu qu’il pouvait aller de l’avant [TRADUCTION] « conformément à ses obligations juridiques internationales ».

[81] En fait, tandis que la décision en l’espèce était en délibéré, la Cour a été informée que les Forces canadiennes avaient recommencé à transférer des détenus aux autorités afghanes à compter du 26 février 2008.

[82] Comme l’a indiqué la Cour dans sa décision rejetant la requête en injonction interlocutoire présentée par les demandresses, les éléments de preuve présentés par les demandresses ont clairement établi qu’il existait des motifs de préoccupation réels et graves quant à l’efficacité des mesures prises avant le 5 novembre 2007 pour faire en sorte que les prisonniers transférés par les Forces canadiennes aux autorités afghanes ne soient pas soumis à de mauvais traitements : voir *Amnesty International Canada c. Canada (Chef d’état-major de la Défense des Forces canadiennes)*, 2008 CF 162, au paragraphe 111 (la décision *Amnesty n° 2*).

[83] Depuis le 5 novembre 2007, les Forces canadiennes ont mis en œuvre d’autres mesures pour réduire le risque auquel sont exposés les prisonniers transférés à la garde des autorités afghanes, mais il n’est pas nécessaire, pour les besoins de la présente requête, de se prononcer sur l’efficacité ou le caractère suffisant de ces nouvelles mesures de protection.

[84] Les défendeurs ont refusé, en invoquant des motifs de sécurité nationale, de fournir quelque information que ce soit sur l’identité ou le lieu où se trouvent des personnes précises que les Forces canadiennes ont emprisonnées.

[85] Les défendeurs soutiennent toutefois que le Canada ne dispose d’aucun pouvoir juridique d’installer ou de gérer une prison à long terme en Afghanistan. Ainsi, selon eux, les Forces canadiennes n’ont pas été autorisées à emprisonner des personnes à long terme, ni par le gouvernement du Canada, ni par les commandants

who have operational control over Canadian Forces. Nor has the Government of Afghanistan authorized such an encroachment on their sovereignty.

[86] With this understanding of the factual underpinning of this case, and before turning to consider the first of the questions stated by the Court, it is appropriate to consider whether the Court should proceed to answer the questions posed by this motion. This issue will be considered first.

III. SHOULD THE COURT ANSWER THE QUESTIONS POSED?

[87] Two issues arise at this juncture, both of which require the Court to consider whether it is appropriate for the Court to answer the questions posed by the motion. These are whether the subject-matter of the application is justiciable, and secondly, whether there is still a live issue between the parties that requires resolution by the Court.

[88] In so far as the issue of justiciability is concerned, the respondents have previously questioned whether the conduct in issue in this application involves the exercise of prerogative powers and matters of “high policy” that are generally not justiciable.

[89] That is, the respondents argued several months ago that this application for judicial review should be struck on the grounds that it requires the Court to express an opinion on the wisdom of the exercise of defence powers by the executive branch of government, which is not the role of the judiciary: see *Amnesty No. 1*, at paragraphs 121-125.

[90] However, the respondents also conceded that to the extent that the applicants’ notice of application is framed in Charter terms, the matter is justiciable, based upon the comments of the Supreme Court of Canada in *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, at pages 471-472: see *Amnesty No. 1*, at paragraph 123.

[91] Given that the application for judicial review is framed entirely in terms of the Charter, the Court refused

de la FIAS qui exercent une direction opérationnelle sur elles. Le gouvernement afghan n’a pas non plus autorisé une telle atteinte à sa souveraineté.

[86] Ayant ainsi examiné le fondement factuel de l’espèce, et avant d’analyser la première des deux questions énoncées par la Cour, il convient de déterminer s’il y a lieu de répondre aux questions soulevées par la présente requête. L’analyse portera d’abord sur ce point.

III. LA COUR DOIT-ELLE RÉPONDRE AUX QUESTIONS?

[87] Deux questions se posent à ce stade. Chacune exige de la Cour qu’elle examine la question de savoir s’il convient de répondre aux questions soulevées par la requête : en premier lieu, l’objet de la demande est-il susceptible d’un recours judiciaire et, en second lieu, existe-t-il un différend réel à trancher entre les parties?

[88] Pour ce qui est de la première question, les défendeurs se sont déjà demandés si la conduite en cause en l’espèce comporte l’exercice de pouvoirs de prérogative et des enjeux de « politique de haut niveau », lesquels ne sont généralement pas susceptibles de recours judiciaire.

[89] Ainsi, les défendeurs ont fait valoir il y a plusieurs mois que la présente demande de contrôle judiciaire devait être radiée au motif qu’elle exigeait de la Cour qu’elle se prononce sur la sagesse de l’exercice de pouvoirs de défense par le pouvoir exécutif de l’État, ce qui n’est pas le rôle du pouvoir judiciaire : voir la décision *Amnesty n° 1*, aux paragraphes 121 à 125.

[90] Cela étant, dans la mesure où l’avis de demande de contrôle judiciaire est fondé sur la Charte, les défendeurs ont également reconnu que la question est susceptible de recours judiciaire, conformément aux observations de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, aux pages 471 et 472 : voir la décision *Amnesty n° 1*, au paragraphe 123.

[91] Vu que la demande de contrôle judiciaire est entièrement fondée sur la Charte, la Cour a refusé de

to strike the application on the basis of non-justiciability: *Amnesty No. 1*, at paragraph 125. No appeal has been taken from that decision, and the respondents have not raised the issue of justiciability in relation to this motion. Accordingly, the Court will proceed on the basis that the matter is justiciable.

[92] In so far as the second issue is concerned, as a general rule, when dealing with constitutional litigation, courts should avoid making pronouncements of law, unless compelled to do so by the facts of the case: see, for example, *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292, *per* Justice Binnie, at paragraph 184.

[93] This cautionary note should be of particular concern in a case such as this, which involves novel and important questions that will undoubtedly have significant implications for the exercise of Canadian military power, and may, as well, have potential consequences for cases well beyond the facts of this one.

[94] With this in mind, at the hearing of this matter, an issue arose as to whether the Court should answer the questions posed, given that, at that point, detainee transfers had been suspended, and it was not clear when, and indeed if, such transfers would ever resume.

[95] The parties all agreed that the questions posed by this motion were not moot, but were raised in the context of a live controversy—one grounded on a common understanding of the facts—the resolution of which is essential to the disposition of this application.

[96] A review of the amended notice of application confirms that the application for judicial review seeks more by way of relief than just simply to enjoin future transfers of detainees. The application also seeks declarations that sections 7, 10 and 12 of the Charter apply to individuals captured and detained by the Canadian Forces and that the respondents have breached these sections by their conduct.

[97] The amended notice of application also seeks both declaratory relief and an order of *mandamus*, requiring the respondents to inquire into the status of

radier la demande au motif qu'elle ne serait pas susceptible de recours judiciaire : décision *Amnesty n° 1*, au paragraphe 125. La décision n'a pas fait l'objet d'un appel et les défendeurs n'ont pas soulevé la question du caractère justiciable en ce qui a trait à la présente requête. Par conséquent, la Cour tient pour acquis que la question est susceptible de recours judiciaire.

[92] Pour ce qui est de la seconde question, les cours doivent éviter en règle générale, lorsqu'il est question d'un litige constitutionnel, de se prononcer sur le droit, à moins d'y être contraintes en raison des faits de l'espèce : voir, par exemple, l'arrêt *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, le juge Binnie, au paragraphe 184.

[93] Cette mise en garde est particulièrement importante dans un cas comme celui-ci, qui soulève des questions importantes et nouvelles qui ne manqueront pas d'avoir des répercussions considérables pour ce qui est de l'exercice de la puissance militaire du Canada et qui pourraient avoir des conséquences dans des affaires qui vont bien au-delà des faits de l'espèce.

[94] À la lumière de ces considérations, la question de savoir si la Cour devrait répondre aux questions s'est posée à l'audition de la présente instance vu qu'à cette étape, le transfèrement de prisonniers était suspendu et que sa reprise, le cas échéant, n'était pas certaine.

[95] Les parties ont convenu que les questions soulevées dans la présente requête ne sont pas théoriques et qu'elles se posent lors d'un différend réel—fondé sur une compréhension commune des faits—dont le règlement est essentiel à l'issue de la demande.

[96] L'examen de l'avis de demande de contrôle judiciaire modifié confirme que les demanderesse sollicitent, à titre de réparation, plus que la simple interdiction de transférer des prisonniers à l'avenir. Elles sollicitent des jugements déclaratoires portant que les articles 7, 10 et 12 de la Charte s'appliquent aux personnes capturées et détenues par les Forces canadiennes, et que les défendeurs ont violé ces dispositions par leur conduite.

[97] Dans l'avis de demande modifié, les demanderesse sollicitent également un jugement déclaratoire et une ordonnance de *mandamus* enjoignant

detainees already transferred to the custody of other countries, and demand their return to Canadian custody.

[98] These latter matters were not addressed or otherwise affected by what the respondents described as the “temporary suspension” of transfers.

[99] Furthermore, as was previously noted, while the matter was under reserve, the Court was advised that the Canadian Forces had resumed detainee transfers. Given that a live controversy clearly continues to exist between the parties, the Court is satisfied that it is appropriate to answer the questions raised by this motion and will now turn to consider the first of these questions.

IV. DOES THE *CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS* APPLY DURING THE ARMED CONFLICT IN AFGHANISTAN TO THE DETENTION OF NON-CANADIANS BY THE CANADIAN FORCES OR THEIR TRANSFER TO AFGHAN AUTHORITIES TO BE DEALT WITH BY THOSE AUTHORITIES?

[100] The search for an answer to this question must begin with a review of the wording of the Charter itself, followed by careful consideration of recent jurisprudence from the Supreme Court of Canada as to the extraterritorial application of the Charter.

(a) Subsection 32(1) of the Charter

[101] Subsection 32(1) of the Charter provides that:

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

[102] As the Supreme Court of Canada has noted, subsection 32(1) determines who is bound by the

aux défendeurs de se renseigner sur l'état des prisonniers déjà transférés à la garde d'autres pays et d'exiger qu'ils soient rendus à la garde du Canada.

[98] Ces questions ne sont pas abordées ni par ailleurs touchées par la [TRADUCTION] « suspension temporaire » du transfèrement, ainsi que la décrivent les défendeurs.

[99] En outre, comme on l'a vu ci-dessus, la Cour a été informée pendant que la décision était en délibéré que les Forces canadiennes avaient repris le transfèrement de prisonniers. Vu qu'il existe toujours clairement un différend réel entre les parties, la Cour est convaincue qu'il convient de répondre aux questions soulevées en l'espèce et passe maintenant à l'examen de la première des deux questions.

IV. LA *CHARTRE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS* S'APPLIQUE-T-ELLE, DURANT LE CONFLIT ARMÉ EN AFGHANISTAN, À LA DÉTENTION DE NON-RESSORTISSANTS DU CANADA PAR LES FORCES CANADIENNES OU À LEUR TRANSFÈREMENT AUX AUTORITÉS AFGHANES POUR QU'ELLES DÉCIDENT DES MESURES À PRENDRE À LEUR ÉGARD?

[100] Pour répondre à la question, il faut d'abord examiner le libellé de la Charte lui-même, puis mener une analyse minutieuse de la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada portant sur l'application extraterritoriale de la Charte.

a) Le paragraphe 32(1) de la Charte

[101] Le paragraphe 32(1) de la Charte est ainsi libellé :

32. (1) La présente charte s'applique :

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

[102] Comme l'indique la Cour suprême du Canada, le paragraphe 32(1) précise quels acteurs sont liés par

Charter, and what powers, functions or activities of those bodies and their agents are subject to the Charter: *Hape*, at paragraph 32.

[103] In identifying who is bound by the Charter, subsection 32(1) makes it clear that the Charter is intended to regulate the conduct of “state actors”: see *Hape*, at paragraph 81.

[104] The respondents have previously questioned whether the Canadian Forces in Afghanistan are acting as Canadian state actors in this case: see *Amnesty No. 1*, at paragraph 73.

[105] However, for the purposes of this motion, the respondents have accepted that in carrying out their duties in Afghanistan, as part of both the OEF and the ISAF, the Canadian Forces are indeed functioning as Canadian state actors.

[106] It is noteworthy that subsection 32(1) does not expressly impose any territorial limits on the application of the Charter. As a consequence, it falls to the courts to interpret the jurisdictional reach and limits of the Charter: see *Hape*, at paragraph 33.

[107] The Supreme Court of Canada has recently pronounced on precisely this question in *R. v. Hape*, albeit in a different factual context. As the Supreme Court’s view of this issue must obviously be of central importance to the Court’s analysis in this case, it is important to have a clear understanding of precisely what the Supreme Court had to say in *Hape*. This will be addressed next.

(b) *R. v. Hape*

[108] *R. v. Hape* involved a question as to the admissibility of evidence obtained outside of Canada at a criminal trial in this country.

[109] The accused was a Canadian businessman suspected of money laundering, contrary to the Canadian *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. At his Canadian criminal trial, evidence was admitted that had been obtained by the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) in the course of investigations carried out in the Turks and Caicos Islands.

la Charte, ainsi que les pouvoirs, les fonctions et les activités de ces acteurs et de leurs mandataires auxquels elle s’applique : voir *Hape*, au paragraphe 32.

[103] En précisant quels acteurs sont liés par la Charte, le paragraphe 32(1) indique clairement que la Charte vise à réglementer la conduite d’« acteurs étatiques » : voir *Hape*, au paragraphe 81.

[104] Les défendeurs ont déjà mis en doute le fait que les Forces canadiennes en Afghanistan agissent à titre d’acteurs étatiques canadiens en l’espèce : voir la décision *Amnesty n° 1*, au paragraphe 73.

[105] Toutefois, pour les besoins de la présente requête, les défendeurs reconnaissent que dans l’exécution de leur mission en Afghanistan, en vertu de l’OEF et de la FIAS, les Forces canadiennes agissent effectivement à titre d’acteurs étatiques canadiens.

[106] Il faut signaler que le paragraphe 32(1) ne limite pas expressément l’application territoriale de la Charte. Par conséquent, il incombe aux tribunaux d’interpréter la portée de son application : voir *Hape*, au paragraphe 33.

[107] La Cour suprême du Canada s’est récemment prononcée précisément sur cette question dans l’arrêt *R. c. Hape*, quoique dans un contexte factuel différent. L’opinion de la Cour suprême est à l’évidence cruciale lors de l’analyse en l’espèce, et il importe de bien comprendre ses observations dans cette instance. C’est ce que la Cour aborde maintenant.

b) L’arrêt *R. c. Hape*

[108] L’arrêt *R. c. Hape* pose la question de la recevabilité de la preuve recueillie à l’étranger dans une instance pénale au Canada.

[109] L’inculpé était un homme d’affaires canadien soupçonné de blanchiment d’argent suivant la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. Pendant le procès criminel tenu au Canada, des éléments de preuve recueillis par la Gendarmerie royale du Canada (GRC) lors de son enquête dans les îles Turks et Caicos ont été jugés recevables.

[110] The RCMP had sought the permission of police authorities in the Turks and Caicos to continue their investigation in that country, and to carry out a search of the accused's investment company. Permission was granted to the RCMP, on the basis that they were to work under the authority of a member of the Turks and Caicos' police force.

[111] Without first obtaining a warrant, a procedure that was evidently unavailable in the Turks and Caicos, RCMP officers searched the investment company. In the course of this search, the officers seized records which were subsequently entered as evidence at the accused's criminal trial.

[112] The issue in *Hape* was thus whether the documentary evidence obtained through the search was admissible at the accused's trial in Canada, in light of his section 8 Charter right to be secure from unreasonable search and seizure.

[113] More precisely, the question for the Supreme Court of Canada was whether the Charter applied to extraterritorial law enforcement activities carried out by Canadian police officers.

[114] The Supreme Court of Canada was unanimous in concluding that the accused's appeal from his conviction should be dismissed, although three different sets of reasons were provided by the Court for arriving at this conclusion.

[115] Writing for the majority, Justice LeBel found that the Charter would not generally apply to searches and seizures carried out in other countries, and did not apply to the extraterritorial searches and seizures at issue in *Hape*. In his opinion, the law of the state in which the search occurred should apply, subject to the safeguards protecting the fairness of trials in Canada.

[116] In coming to this conclusion, Justice LeBel based his analysis on international law principles governing extraterritorial jurisdiction, and the various bases on which such extraterritorial jurisdiction can be exercised.

[110] La GRC a demandé aux autorités policières des îles Turks et Caicos la permission de poursuivre l'enquête dans ce pays et de fouiller et perquisitionner les locaux de la société d'investissement de l'inculpé, ce à quoi les autorités ont accédé en précisant que les agents de la GRC seraient soumis à l'autorité d'un policier des îles Turks et Caicos.

[111] Sans avoir obtenu de mandat au préalable, une procédure à l'évidence inexistante dans les îles Turks et Caicos, les agents de la GRC ont effectué des fouilles et des perquisitions aux locaux de la société d'investissement au cours desquelles ils ont saisi des dossiers qui ont été déposés en preuve lors du procès criminel de l'inculpé.

[112] La question en litige dans *Hape* était donc de savoir si la preuve documentaire recueillie lors des fouilles et perquisitions était recevable pendant le procès de l'inculpé au Canada, à la lumière du droit garanti à l'article 8 de la Charte d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

[113] Plus précisément, la question dont était saisie la Cour suprême du Canada était de savoir si la Charte s'appliquait aux activités d'exécution de la loi menées à l'étranger par des policiers canadiens.

[114] À l'unanimité, les juges de la Cour suprême ont rejeté le pourvoi interjeté contre la déclaration de culpabilité, quoiqu'ils aient fourni trois séries de motifs pour éclairer leur conclusion.

[115] S'exprimant pour les juges majoritaires, le juge LeBel indique que la Charte ne s'applique généralement pas aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies hors frontières et ne s'applique pas aux fouilles, perquisitions et saisies en cause dans *Hape*. À son avis, le droit de l'État où ont eu lieu les actes s'applique, sous réserve du droit à un procès équitable au Canada.

[116] Pour en arriver à cette conclusion, le juge LeBel fonde son analyse sur les principes du droit international régissant la compétence extraterritoriale et sur les diverses assises à partir desquelles cette compétence extraterritoriale peut s'exercer.

[117] Justice LeBel started by observing that “jurisdiction” refers to “a state’s power to exercise authority over individuals, conduct and events, and to discharge public functions that affect them”. This exercise of state power can take several forms: *Hape*, at paragraphs 57-58.

[118] The first of these is prescriptive jurisdiction, whereby a state enacts legislation with extraterritorial effect. This can be done where there is a real and substantial connection between the legislating country and the matter that it is attempting to address through legislation. Such a connection could be established, for example, by having the legislation apply to citizens of the legislating country who are outside the country, based upon the nationality principle.

[119] The second category of extraterritorial jurisdiction is enforcement jurisdiction, which refers to: *Hape*, at paragraph 58:

... the power to use coercive means to ensure that rules are followed, commands are executed or entitlements are upheld ... “enforcement or executive jurisdiction refers to the state’s ability to act in such a manner as to give effect to its laws (including the ability of police or other government actors to investigate a matter, which might be referred to as *investigative jurisdiction*)” ... [Citations omitted.]

The ability of a state to enforce its laws on the territory of another sovereign state is much more limited.

[120] The last type of extraterritorial jurisdiction is adjudicative jurisdiction, which refers to the power of a state’s courts to “resolve disputes or interpret the law through decisions that carry binding force”: *Hape*, at paragraph 58.

[121] In determining whether the Charter has extraterritorial effect, the Supreme Court observed that “[t]he powers of prescription and enforcement are both necessary to application of the *Charter*.” While the Charter prescribes what state agents may and may not do in exercising the state’s powers, the Charter cannot be applied if compliance with its legal requirements cannot be enforced: *Hape*, at paragraph 85.

[117] Les observations du juge s’ouvrent par l’explication que la « compétence renvoie au pouvoir de l’État d’exercer son autorité et ses attributions publiques à l’égard de personnes, d’actes et d’événements ». Cet exercice de la compétence de l’État revêt diverses formes : voir *Hape*, aux paragraphes 57 et 58.

[118] La première forme est la compétence normative qui confère le pouvoir d’adopter des lois qui ont un effet extraterritorial. Cette compétence existe s’il y a un lien important et réel entre le pays qui adopte la loi et la question visée par cette loi. Par exemple, en se fondant sur le principe de la nationalité, un tel rapport pourrait être établi par une loi qui s’appliquerait aux ressortissants d’un pays qui se trouvent à l’étranger.

[119] La seconde forme de compétence extraterritoriale est la compétence d’exécution, au paragraphe 58 :

La compétence d’exécution permet de recourir à des moyens coercitifs pour faire respecter règles, prescriptions ou droits [...] [TRADUCTION] « la compétence d’exécution s’entend du pouvoir de l’État de prendre des mesures pour donner effet à ses lois (y compris le pouvoir de la police ou d’autres acteurs étatiques de faire enquête, qui pourrait être appelé *compétence d’enquête*) » [...] [Renvois omis.]

Le pouvoir de l’État de faire appliquer ses lois sur le territoire d’un autre État souverain est beaucoup plus limité.

[120] La dernière forme de compétence extraterritoriale est la compétence juridictionnelle, qui consiste dans le pouvoir des tribunaux d’un État « de régler des différends ou d’interpréter la loi au moyen de décisions ayant force obligatoire » : *Hape*, au paragraphe 58.

[121] En examinant la question de l’application extraterritoriale de la Charte, la Cour suprême note que « [p]ouvoir normatif et pouvoir d’exécution sont nécessaires à l’application de la *Charte* ». La Charte prévoit ce que les mandataires de l’État peuvent ou ne peuvent pas faire dans l’exercice du pouvoir public, mais elle ne peut s’appliquer que si l’on peut faire respecter ses dispositions : *Hape*, au paragraphe 85.

[122] Extraterritorial jurisdiction is governed by international law, rather than being at the absolute discretion of individual states: see *Hape*, at paragraph 65, and see *The Case of the S.S. "Lotus" (1927)*, P.C.I.J. Ser. A, No. 10.

[123] Moreover, Justice LeBel noted that the Permanent Court of International Justice stated in the *S.S. "Lotus"* case that jurisdiction "cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention": see *Hape*, at paragraph 65, citing *S.S. "Lotus"*, at pages 18-19.

[124] Justice LeBel then went on to note, at paragraph 65 that:

While extraterritorial jurisdiction — prescriptive, enforcement or adjudicative — exists under international law, it is subject to strict limits under international law that are based on sovereign equality, non-intervention and the territoriality principle. According to the principle of non-intervention, states must refrain from exercising extraterritorial enforcement jurisdiction over matters in respect of which another state has, by virtue of territorial sovereignty, the authority to decide freely and autonomously. ... Consequently, it is a well-established principle that a state cannot act to enforce its laws within the territory of another state absent either the consent of the other state or, in exceptional cases, some other basis under international law. [Emphasis added.]

[125] Justice LeBel observed that the principle of comity, which requires each state to respect the independence and dignity of other sovereign states, bears on the interpretation of Canadian law, where such laws could have an impact on the laws of other states: *Hape*, at paragraphs 47-48.

[126] Justice LeBel further noted that the choice of a legal system is within the authority of each state, in the exercise of its territorial sovereignty. As states are sovereign and equal at international law, it follows that one state cannot exercise its jurisdiction in a way that interferes with the exclusive territorial rights of other states.

[127] Were Charter standards to be applied in another state's territory without its consent, there would be that very fact always be interference with the other state's sovereignty: *Hape*, at paragraph 84. As a consequence,

[122] La compétence extraterritoriale est régie par le droit international et ne relève donc pas de la seule volonté des États individuels : voir *Hape*, au paragraphe 65, et l'*Affaire du « Lotus » (1927)*, C.P.J.I. sér. A, n° 10.

[123] De plus, le juge LeBel note que la Cour permanente de justice internationale énonce, dans l'*Affaire du « Lotus »*, que la compétence « ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention » : voir *Hape*, au paragraphe 65, citant l'*Affaire du « Lotus »*, aux pages 18 et 19.

[124] Le juge LeBel continue ainsi, au paragraphe 65 :

S'il est vrai que le droit international reconnaît la compétence extraterritoriale — normative, d'exécution ou juridictionnelle —, il lui impose des limites strictes fondées sur les principes de l'égalité souveraine, de la non-intervention et de la territorialité. Le principe de non-intervention veut qu'un État s'abstienne d'invoquer sa compétence d'exécution extraterritoriale dans un domaine où, suivant le principe de la souveraineté territoriale, l'autre État peut exercer son pouvoir décisionnel en toute liberté et autonomie [...] Par conséquent, il est bien établi qu'un État peut faire appliquer ses lois à l'étranger seulement s'il obtient le consentement de l'État en cause ou, à titre exceptionnel, si le droit international l'y autorise par ailleurs. [Non souligné dans l'original.]

[125] Le juge LeBel remarque que le principe de la courtoisie, qui exige de chaque État qu'il respecte l'indépendance d'autres États souverains, influence l'interprétation des lois canadiennes si ces lois sont susceptibles d'avoir une incidence sur les lois d'autres États : *Hape*, aux paragraphes 47 et 48.

[126] Le juge LeBel indique en outre que le choix d'un système juridique relève du pouvoir inhérent de chaque État et qu'il s'agit d'un exercice de sa souveraineté territoriale. En droit international, tous les États sont souverains et égaux et il s'ensuit qu'un État ne peut exercer sa compétence à l'encontre de la compétence territoriale exclusive d'autres États.

[127] Si les exigences de la Charte étaient appliquées à l'étranger sans le consentement de l'État en cause, il y aurait toujours, de ce fait même, atteinte à la souveraineté de cet État : arrêt *Hape*, au paragraphe 84.

the majority of the Supreme Court was of the view that Canadian law, including the Charter, could only be enforced in another state with the consent of the other state.

[128] In this regard, Justice LeBel stated, at paragraph 69 that:

Simply put, Canadian law, whether statutory or constitutional, cannot be enforced in another state's territory without the other state's consent. This conclusion, which is consistent with the principles of international law, is also dictated by the words of the *Charter* itself. The *Charter's* territorial limitations are provided for in s. 32, which states that the *Charter* applies only to matters that are within the authority of Parliament or the provincial legislatures. In the absence of consent, Canada cannot exercise its enforcement jurisdiction over a matter situated outside Canadian territory. Since effect cannot be given to Canadian law in the circumstances, the matter falls outside the authority of Parliament and the provincial legislatures.

[129] Thus the criminal investigation which had been undertaken outside of Canada was not, in the view of the majority, a matter "within the authority of Parliament," as Canada's Parliament did not have jurisdiction to authorize the enforcement of Canadian law in the Turks and Caicos, without the consent of that state. No such consent had been given.

[130] Justice LeBel noted, however, that even in cases where the consent of the host state had not been obtained, evidence gathered abroad could still be excluded from a trial in Canada. Moreover, the majority was of the view that the principle of comity could not be used to permit Canadian authorities to engage in off-shore investigations that violated Canada's international human rights obligations.

[131] In determining whether the Charter applied to a foreign investigation, the majority in *Hape*, at paragraph 113 articulated the following test:

The methodology for determining whether the *Charter* applies to a foreign investigation can be summarized as follows. The first stage is to determine whether the activity in question falls under s. 32(1) such that the *Charter* applies to it. At this stage, two questions reflecting the two components of s. 32(1) must be asked. First, is the conduct at issue that of a Canadian state actor? Second, if the answer is yes, it may be necessary, depending on the facts of the case, to determine

Par conséquent, les juges majoritaires de la Cour suprême sont d'avis que le droit canadien, y compris la Charte, ne pourrait être appliqué dans un autre État qu'avec le consentement de cet État.

[128] À cet égard, le juge LeBel, au paragraphe 69 signale :

Qu'il soit de nature législative ou constitutionnelle, le droit canadien ne peut tout simplement pas être appliqué à l'étranger sans le consentement de l'État en cause. Cette conclusion découle non seulement des principes du droit international, mais aussi du texte même de la *Charte*, dont l'article 32 précise qu'elle ne s'applique qu'aux domaines relevant du Parlement ou des législatures provinciales. S'il n'obtient pas le consentement de l'autre État, le Canada ne peut exercer sa compétence d'exécution lorsque l'objet de cette dernière se trouve sur le territoire de cet autre État. Comme il ne peut alors être donné effet au droit canadien, le domaine échappe à la compétence du Parlement et des législatures provinciales.

[129] Il en découle que l'enquête criminelle menée hors du Canada n'était pas, de l'avis des juges majoritaires, un domaine « relevant du Parlement », puisque le Parlement du Canada n'avait pas compétence pour autoriser l'application du droit canadien dans les îles Turks et Caicos sans le consentement de cet État. Aucun consentement du genre n'avait été donné.

[130] Le juge LeBel note toutefois que même sans le consentement de l'État d'accueil, la preuve recueillie à l'étranger pourrait être écartée lors d'un procès au Canada. Qui plus est, les juges majoritaires estiment que le principe de la courtoisie ne pourrait autoriser le Canada à engager des enquêtes à l'étranger en contravention de ses obligations internationales en matière de droits de l'homme.

[131] En décidant de la question de l'application de la Charte à une enquête à l'étranger, le juge, s'exprimant au nom de la majorité, énonce le critère suivant, au paragraphe 113 :

Je résumerai maintenant la méthode grâce à laquelle on peut déterminer si la *Charte* s'applique à une enquête à l'étranger. La première étape consiste à se demander si l'acte considéré tombe sous le coup du par. 32(1) et est soumis à la *Charte*. En raison de la présence des deux alinéas du par. 32(1), deux sous-questions se posent alors. Premièrement, l'acte a-t-il été accompli par un acteur étatique canadien? Deuxièmement, dans l'affirmative, il peut se révéler nécessaire, selon les faits

whether there is an exception to the principle of sovereignty that would justify the application of the *Charter* to the extraterritorial activities of the state actor. In most cases, there will be no such exception and the *Charter* will not apply. The inquiry would then move to the second stage, at which the court must determine whether evidence obtained through the foreign investigation ought to be excluded at trial because its admission would render the trial unfair.

[132] Writing for two of his colleagues, Justice Bastarache expressed the view that the Charter could apply extraterritorially, although he agreed with the majority that there had been no section 8 violation on the facts of the *Hape* case.

[133] Justice Bastarache was, however, of the opinion that consent was not a useful criterion in determining the extraterritorial application of the Charter, as in his view, the consent of the host state would always be present when Canadian officials operated in a foreign state.

[134] Instead, Justice Bastarache suggested that there should be a rebuttable presumption that extraterritorial activities carried out by Canadian law enforcement personnel, in accordance with the laws and procedures of democratic countries, accord with the basic principles of the Charter.

[135] Thus, in cases where the host state subjects Canadian law enforcement officials to its own laws, the Charter should still apply to the actions of the Canadian officers. However, in Justice Bastarache's view, no violation of the Charter would be found where the officers' actions were consistent with the laws of the host state, and with the Charter's fundamental principles.

[136] Justice Bastarache was also of the view that the Charter should apply to the actions of Canadian officials operating outside of Canada, in circumstances where the host state takes no part in an investigation, and does not subject the officers to its own domestic laws.

[137] In a third set of reasons, Justice Binnie agreed that the Charter did not apply to the actions of the RCMP in issue in *Hape*, as the evidence was seized under the authority of local police officials, in accordance with local law. He further agreed that to apply the Charter to

de l'espèce, de déterminer si une exception au principe de souveraineté justifie l'application de la *Charte* aux activités extraterritoriales de l'acteur étatique. Dans la plupart des cas, aucune ne vaudra, et la *Charte* n'aura pas d'effet. Le tribunal passe alors à la seconde étape — déterminer si la preuve obtenue à l'issue de l'enquête à l'étranger doit être écartée au motif qu'elle est de nature à compromettre l'équité du procès.

[132] Au nom de deux de ses collègues, le juge Bastarache indique dans ses motifs que la Charte pourrait avoir une application extraterritoriale, même s'il est d'accord avec les juges majoritaires que le droit protégé par l'article 8 n'a pas été enfreint au vu des faits de l'espèce.

[133] Le juge Bastarache est toutefois d'avis que le consentement n'est pas un critère utile pour déterminer si la Charte jouit d'une application extraterritoriale, car il estime que la participation de représentants canadiens à une opération à l'étranger suppose nécessairement le consentement de l'État d'accueil.

[134] Le juge Bastarache propose plutôt de se reporter à une présomption réfutable du respect des principes fondamentaux de la Charte lorsqu'un policier canadien a agi conformément aux règles de droit et de procédure de pays démocratiques étrangers.

[135] Ainsi, dans les cas où l'État d'accueil assujettit les policiers canadiens à ses lois, la Charte continuerait à s'appliquer aux actes des agents canadiens. Cela étant, le juge Bastarache estime qu'on ne pourrait conclure à une violation de la Charte si les actes des agents étaient compatibles avec les lois de l'État d'accueil et avec les principes fondamentaux de la Charte.

[136] Le juge Bastarache estime aussi que la Charte devrait s'appliquer aux actes des représentants canadiens participant à une opération à l'étranger dans les cas où l'État d'accueil ne participe aucunement à une enquête, ni n'assujettit les agents à ses propres lois.

[137] Dans une troisième série de motifs, le juge Binnie convient que la Charte ne s'applique pas aux actes de la GRC en litige dans *Hape*, car les éléments de preuve ont été saisis sous l'autorité du service policier local, conformément au droit local. Il est également

the conduct of Canadian police officials in the Turks and Caicos would result in an “objectionable extraterritorial effect,” interfering with the sovereignty of that country.

[138] While concurring in the result, Justice Binnie did caution against the Court making sweeping pronouncements as to the lack of extraterritorial effect of the Charter. In this regard, he observed that “serious questions of the utmost importance have arisen respecting the extent to which, if at all, a constitutional bill of rights follows the flag when state security and police authorities operate outside their home territory”: *Hape*, at paragraph 184.

[139] Justice Binnie then discussed this very case, describing it as raising “the sort of issues that may eventually wind up before us and on which we can expect to hear extensive and scholarly argument in relation to the extraterritorial application of the *Charter*”: *Hape*, at paragraph 184.

[140] Justice Binnie further noted that cases such as this one may not ultimately result in prosecutions in Canada, and would not therefore engage “the remedial potential of s. 24(2) of the *Charter* under which evidence may, in certain circumstances, be excluded from a Canadian trial”: *Hape*, at paragraph 185.

[141] However, Justice Binnie specifically left open the question as to whether Canadians harmed by the extraterritorial conduct of Canadian authorities should be denied Charter relief in situations where they did not face trial in Canada: *Hape*, at paragraph 187.

[142] It should be noted at this juncture that it is common ground between the parties that there are no Canadians amongst the detainees at issue in this case.

[143] As was noted above, the test articulated by the majority in *Hape* requires the Court to consider whether the activity in question falls under subsection 32(1) such that the Charter applies to it. In answering this question, the conduct in issue must be that of a Canadian state actor. The respondents now concede that Canadian

d’accord que l’application de la Charte à la conduite des policiers canadiens dans les îles Turks et Caicos aurait un « effet extraterritorial inacceptable », car elle constitue une atteinte à la souveraineté de ce pays.

[138] Tout en souscrivant au résultat, le juge Binnie met en garde la Cour contre les généralisations sur l’absence d’effet extraterritorial de la Charte. Il signale que « des questions graves et de la plus haute importance ont été soulevées quant à la mesure dans laquelle, le cas échéant, une charte des droits inscrite dans la Constitution continue de régir à l’étranger les autorités chargées de la sûreté de l’État et du respect de la loi » : *Hape*, au paragraphe 184.

[139] Le juge Binnie analyse ensuite précisément le cas dont nous sommes saisis et le décrit comme soulevant « le genre de questions dont notre Cour pourrait un jour être saisie, bénéficiant alors d’une argumentation approfondie et savante sur l’application extraterritoriale de la *Charte* » : *Hape*, au paragraphe 184.

[140] Le juge Binnie poursuit en indiquant que des affaires comme celle-ci ne donneront pas nécessairement lieu à un procès au Canada et qu’elles ne feront pas intervenir, par conséquent, « le potentiel réparateur du par. 24(2) de la *Charte* qui, dans certaines circonstances, permet d’écartier un élément de preuve lors du procès au Canada » : *Hape*, au paragraphe 185.

[141] Toutefois, le juge Binnie a explicitement laissé en suspens la question de savoir si un Canadien lésé par le comportement extraterritorial d’une autorité canadienne devrait se voir refuser une réparation fondée sur la Charte dans le cas où il ne fait pas l’objet d’un procès pénal au Canada : *Hape*, au paragraphe 187.

[142] Il faut signaler à cette étape-ci que les parties reconnaissent qu’aucun Canadien ne se trouve au nombre des prisonniers en l’espèce.

[143] Comme on l’a vu précédemment, le critère dégagé par les juges majoritaires dans *Hape* exige que la Cour détermine si l’acte en question tombe sous le coup du paragraphe 32(1) de telle sorte que la Charte s’y applique. Pour répondre à cette question, la Cour doit conclure que l’acte a été accompli par un acteur étatique

Forces personnel fall within the definition of state actors for the purposes of this motion

[144] The second part of the *Hape* test requires the Court to determine whether there is an exception to the principle of sovereignty that would justify the application of the Charter to the extraterritorial activities of the Canadian state actor. Based upon the international law principle of state sovereignty, the majority was of the view that Canadian law, including the Charter, could ordinarily only be enforced in another state with the consent of the other state: *Hape*, at paragraph 69.

[145] As a consequence, in order to answer the first question identified by this motion, the Court must determine whether the Government of Afghanistan has consented to the application of Canadian law, including the Charter, to the conduct of Canadian Forces personnel in relation to the detention of individuals on Afghan soil.

[146] Before addressing the issue of consent, however, it should be noted that the applicants argue that Parliament has the authority to pass laws governing the Canadian Forces, and has in fact done so with the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5. As a result, the applicants submit that the conduct of the Canadian Forces in Afghanistan is self-evidently a matter “within the authority of Parliament”, as contemplated by section 32 of the Charter.

[147] The difficulty with the applicants’ position is that the same point could equally have been made with respect to the RCMP in *Hape*, in light of the enactment of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10.

[148] Nevertheless, in the view of the majority in *Hape*, the criminal investigation which had been undertaken outside of Canada was not a matter “within the authority of Parliament”, as Parliament did not have jurisdiction to authorize the enforcement of Canadian law in the Turks and Caicos, without the consent of that state.

canadien. Les défendeurs reconnaissent maintenant que les Forces canadiennes tombent sous le coup de la définition d’acteur étatique pour les besoins de la présente requête.

[144] Dans un second temps, le critère de *Hape* exige de la Cour qu’elle décide s’il existe une exception au principe de la souveraineté qui justifie l’application de la Charte aux activités extraterritoriales de l’acteur étatique canadien. Se fondant sur le principe de la souveraineté de l’État en droit international, les juges de la majorité sont d’avis que le droit canadien, y compris la Charte, ne pourrait ordinairement être appliqué à l’étranger sans le consentement de l’État en cause : *Hape*, au paragraphe 69.

[145] Par conséquent, pour répondre à la première question soulevée par la présente requête, la Cour doit établir si le gouvernement afghan a donné son consentement à l’application du droit canadien, y compris de la Charte, à la conduite des membres des Forces canadiennes relativement à l’emprisonnement de personnes sur le sol afghan.

[146] Toutefois, avant de traiter de la question du consentement, il importe de noter que les demanderesse soutiennent que le Parlement a le pouvoir d’adopter des lois qui régissent les Forces canadiennes et qu’il l’a fait en adoptant la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5. Par conséquent, les demanderesse font valoir que la conduite des Forces canadiennes en Afghanistan est manifestement une question « relevant du Parlement », telle que le prévoit l’article 32 de la Charte.

[147] Le problème, en ce qui concerne la position des demanderesse, est que la même observation aurait pu être faite à l’égard de la GRC dans *Hape*, compte tenu de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10.

[148] Cela étant, les juges majoritaires dans *Hape* sont d’avis que l’enquête criminelle menée à l’étranger n’est pas un domaine « relevant du Parlement » puisque ce dernier n’a pas compétence pour autoriser l’application du droit canadien dans les îles Turks et Caicos sans le consentement de cet État.

[149] Similarly, in this case, as a foreign state, Canada would not ordinarily have the power to detain non-Canadians, including Afghan citizens, on Afghan soil, without the consent of Afghanistan.

[150] It is thus necessary to determine whether the Government of Afghanistan has consented to the application of Canadian law, including the Charter, to Canadian Forces personnel in relation to the detention of non-Canadians in Afghanistan. This will be considered next.

(c) Has the Government of Afghanistan Consented to the Application of Canadian Law, Including the Charter?

[151] The Supreme Court of Canada found it unnecessary in *Hape* to consider when and how the consent of a host state might be established, as consent was neither demonstrated nor argued in that case: see paragraph 106.

[152] In this case, the applicants argue that the Government of Afghanistan has implicitly consented to an extension of Canadian jurisdiction to its soil. As evidence of this, the applicants point to the fact that Afghanistan has surrendered significant powers to Canada, including, most importantly, the usual state monopoly over the use of coercive power within its territory.

[153] In particular, the applicants rely on the fact that Afghanistan has given Canadian Forces personnel the authority to exercise force, including deadly force, over Afghan nationals, as well as the power to detain Afghan citizens anywhere within its territory.

[154] Moreover, the applicants observe that the Government of Afghanistan has conferred total discretion on the Canadian Forces to decide when, and indeed if, detainees in Canadian custody will be transferred to the custody of Afghanistan or any other country.

[155] The applicants argue that the “broad and open-ended language” of the Technical Arrangements,

[149] De la même manière, en l’espèce, le Canada en tant qu’État étranger n’a pas normalement le pouvoir d’emprisonner des non-ressortissants canadiens, y compris des ressortissants afghans, en territoire afghan, sans le consentement de l’Afghanistan.

[150] Il s’impose donc d’établir si le gouvernement afghan a consenti à l’application du droit canadien, y compris de la Charte, aux membres des Forces canadiennes relativement à l’emprisonnement en Afghanistan de non-ressortissants canadiens. Le point est traité ci-dessous.

c) Le gouvernement afghan a-t-il consenti à l’application du droit canadien, y compris de la Charte?

[151] La Cour suprême n’a pas estimé nécessaire, dans *Hape*, de déterminer à quelles conditions et de quelle manière le consentement de l’État d’accueil peut être établi, car celui-ci n’a été ni prouvé ni allégué dans cette instance : voir le paragraphe 106.

[152] En l’espèce, les demanderesse soutiennent que le gouvernement afghan a implicitement consenti à étendre la compétence du Canada au territoire afghan et pour le prouver, elles signalent que l’Afghanistan a cédé d’importants pouvoirs au Canada, y compris, ce qui est encore plus important, le monopole habituel de l’État sur le recours au pouvoir coercitif sur son territoire.

[153] Plus particulièrement, les demanderesse s’appuient sur le fait que l’Afghanistan a donné au personnel des Forces canadiennes le pouvoir d’user de force, y compris de force mortelle, envers les ressortissants afghans, ainsi que le pouvoir d’emprisonner des ressortissants afghans en tous lieux à l’intérieur de son territoire.

[154] De plus, les demanderesse font observer que le gouvernement afghan a laissé à l’entière discrétion des Forces canadiennes la question de décider s’il y a lieu de transférer des prisonniers sous garde canadienne à la garde de l’Afghanistan ou de tout autre pays, et du moment où il convient de le faire.

[155] Les demanderesse font valoir que le libellé [TRADUCTION] « général et non limitatif » des

as well as that contained in the first and second Detainee Arrangements, all suggest that Afghanistan has indeed consented to detainees in Canadian custody being afforded Charter rights and protections.

[156] As was noted earlier in this decision, there is no question that Canada is now conducting military operations in Afghanistan with the consent of the Afghan government. It does not, however, necessarily follow that in consenting to the presence of Canadian troops on its soil as part of ISAF and OEF, the Government of Afghanistan has consented to the full panoply of Canadian laws applying within its territory.

[157] Moreover, a review of the documentary evidence delineating the nature and ambit of the involvement of the international community, including Canada, in Afghanistan, discloses that in consenting to the presence of foreign troops on its soil, the Government of Afghanistan has not agreed to the wholesale forfeiture of its sovereignty.

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

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

[160] Indeed, the Afghanistan Compact specifically addresses the question of the protection of human rights within Afghan territory, providing that both the Afghan government and the international community:

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

Arrangements techniques, ainsi que celui de la première et de la deuxième Ententes sur les prisonniers, laissent croire que l'Afghanistan a en effet consenti à ce que les prisonniers sous la garde des Forces canadiennes jouissent des droits et des protections de la Charte.

[156] Comme il a été signalé précédemment, il ne fait aucun doute que le Canada est engagé dans des opérations militaires en Afghanistan avec le consentement du gouvernement afghan. Il ne s'ensuit pas nécessairement toutefois qu'en consentant à la présence de troupes canadiennes sur le territoire afghan au titre de la FIAS et de l'OEF, le gouvernement afghan a consenti à l'application sur son territoire de la panoplie complète des lois canadiennes.

[157] Qui plus est, l'examen de la preuve documentaire exposant la nature et la portée de la participation de la communauté internationale, incluant le Canada, en Afghanistan, révèle qu'en consentant à la présence de troupes étrangères sur son territoire, le gouvernement afghan n'a pas souscrit à la déchéance intégrale de sa souveraineté.

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

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

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

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

[161] This provision certainly suggests that in so far as the Government of Afghanistan is concerned, the human rights regime governing the activities of the international community within Afghanistan is that provided for in the constitution of Afghanistan, along with the applicable international law.

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

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

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

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

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

[166] Finally, in relation to the treatment of detainees, Article 1.2 of the Technical Arrangements provides that detainees are to be afforded “the same treatment as Prisoners of War,” and are to be transferred to Afghan

[161] Cette disposition donne certes à croire qu’en ce qui concerne le gouvernement afghan, le régime des droits de l’homme qui régit la communauté internationale en Afghanistan est celui que prévoit la constitution afghane et le droit international applicable.

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

[163] Le document intitulé « Arrangements techniques conclus par le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République islamique d’Afghanistan » est le premier à faire état de cette intention. L’article 1.1 en expose la portée :

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

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

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

[166] Enfin, pour ce qui est du traitement des prisonniers, l’article 1.2 des Arrangements techniques prévoit qu’on accordera aux prisonniers [TRADUCTION] « le même traitement qu’aux prisonniers de guerre » et

authorities “in a manner consistent with international law and subject to negotiated assurances regarding their treatment and transfer” (emphasis added).

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

[168] There is one area in which the Government of Afghanistan has expressly consented to the application of Canadian law within its territory in certain clearly defined circumstances. That is, Article 1.1 of the Annex to the Technical Arrangements provides that “All Canadian personnel will, under all circumstances and at all times, be subject to the exclusive jurisdiction of their national authorities in respect of any criminal or disciplinary offences which may be committed by them.”

[169] However, Article 7(1)(b) of the Annex to the Technical Arrangements expressly excludes Afghan nationals from the definition of the “Canadian Personnel” over whom Canadian criminal and disciplinary jurisdiction can be extended.

[170] Having expressly consented to the application of Canadian law in the limited circumstances described in Article 1.1 of the Annex to the Technical Arrangements, it follows logically that the Government of Afghanistan has not consented to the application of Canadian law, including the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in other situations.

[171] Moreover, having expressly stipulated that detainees are to be accorded the same treatment and protections as are accorded to prisoners of war by international law, it cannot reasonably be inferred that

qu’ils seront transférés aux autorités afghanes [TRADUCTION] « conformément au droit international et sous réserve des assurances négociées concernant leur traitement et leur transfèrement » (non souligné dans l’original).

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

[168] Le gouvernement afghan a expressément consenti à l’application du droit canadien en territoire afghan dans certaines circonstances clairement définies. L’article 1.1 de l’annexe des Arrangements techniques dispose que [TRADUCTION] « le personnel canadien relèvera, en toutes circonstances et en tout temps, de la compétence exclusive de ses autorités nationales pour les infractions criminelles ou disciplinaires commises ».

[169] Par contre, il est expressément indiqué à l’article 7(1)(b) de l’annexe des Arrangements techniques que les ressortissants afghans sont exclus de la définition de [TRADUCTION] « personnel canadien » à l’égard duquel peut s’exercer la compétence pénale et disciplinaire du Canada.

[170] Puisqu’il a expressément consenti à l’application du droit canadien dans les limites des circonstances décrites à l’article 1.1 de l’annexe des Arrangements techniques, il s’ensuit logiquement que le gouvernement afghan n’a pas consenti à l’application du droit canadien, y compris de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans d’autres circonstances.

[171] En outre, comme il est expressément précisé qu’on accorde aux prisonniers le même traitement et les mêmes protections qu’on accorde aux prisonniers de guerre en droit international, il ne peut en être

Afghanistan has consented to the application of Canadian laws, including the Charter, to those detainees.

[172] In particular, there has been no consent by the Government of Afghanistan to having Canadian Charter rights conferred on its citizens, within its territory.

[173] This conclusion is reinforced by a review of the wording of the detainee transfer arrangements agreed to by both Canada and Afghanistan.

[174] There is no suggestion in the first Detainee Arrangement that the standards to be applied to the treatment of detainees held in Canadian custody on Afghan soil are those prescribed by Canadian law, or that the detainees are to be accorded Charter rights. Indeed, the express wording of the first Detainee Arrangement suggests otherwise.

[175] In this regard, Article 3 of the first Detainee Arrangement provides that “The Participants will treat detainees in accordance with the standards set out in the Third Geneva Convention” (emphasis added).

[176] Article 10 of the first Detainee Arrangement further provides that:

Recognizing their obligations pursuant to international law to assure that detainees continue to receive humane treatment and protections to the standards set out in the Third Geneva Convention, the participants, upon transferring a detainee will notify the International Committee of the Red Cross through appropriate national channels. [Emphasis added.]

[177] Nothing in the second Detainee Arrangement affects the aforementioned provisions.

[178] It is thus clear that the intention of the contracting states, and, in particular, the intent of Afghanistan, was that the rights to be afforded to detainees in Canadian custody in Afghanistan were those accorded by the Afghan Constitution and by international law, including international humanitarian law, and not those guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

raisonnablement déduit que l’Afghanistan a consenti à l’application des lois canadiennes, y compris de la Charte, à ces prisonniers.

[172] Plus précisément, le gouvernement afghan n’a pas consenti à ce que les droits garantis par la Charte soient conférés, sur son territoire, à ses ressortissants.

[173] Cette conclusion est étayée par l’examen du libellé des ententes sur le transfèrement des prisonniers conclues par le Canada et l’Afghanistan.

[174] La première Entente sur les prisonniers ne laisse nullement entendre que les normes applicables au traitement de prisonniers sous la garde du Canada en territoire afghan sont celles que prescrit le droit canadien, ni que les prisonniers afghans devraient jouir des droits conférés par la Charte. En fait, le libellé précis de la première Entente tend à indiquer le contraire.

[175] Ainsi, l’article 3 de la première Entente sur les prisonniers prévoit que : « Les participants traiteront les détenus conformément aux exigences établies par la Troisième Convention de Genève » (non souligné dans l’original).

[176] L’article 10 de la première Entente sur les prisonniers précise en outre :

Reconnaissant qu’ils ont l’obligation en vertu du droit international de s’assurer que les détenus continuent d’être traités et protégés avec humanité conformément aux exigences établies par la Troisième Convention de Genève, les participants, au moment du transfert d’un détenu, aviseront le Comité international de la Croix-Rouge par des voies nationales appropriées. [Non souligné dans l’original.]

[177] Rien dans la seconde Entente sur les prisonniers ne vient modifier ces dispositions.

[178] Il est donc clair que selon l’intention des États contractants, et en particulier selon l’intention de l’Afghanistan, les droits accordés aux prisonniers sous la garde du Canada en Afghanistan sont ceux que leur confèrent la constitution afghane et le droit international, y compris le droit humanitaire international, et non les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[179] The understanding between the governments of Afghanistan and Canada that Afghan and international law are the legal regimes to be applied to the detainees in Canadian custody is also reflected in Canadian documents dealing with the treatment of detainees.

[180] In particular, Joint Task Force Afghanistan's Theatre Standing Order 321A recognizes international law as the appropriate standard governing the treatment of detainees. In this regard, Article 3 states that it is Canadian Forces policy that all detainees be treated to the standard required for prisoners of war, which it describes as being the highest standard required under international law.

[181] Moreover, Article 18 of Theatre Standing Order 321A provides that while in Canadian custody, detainees are to be "treated fairly and humanely" in accordance with "applicable international law and CF Doctrine" (emphasis added).

[182] In light of the foregoing, it is clear that while Afghanistan has consented to its citizens being detained by the Canadian Forces for the purposes described by the Afghanistan Compact, it cannot be said that Afghanistan has consented to the application or enforcement of Canadian law, including the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to constrain the actions of the Canadian Forces in relation to detainees held by the Canadian Forces on Afghan soil.

[183] Furthermore, the Government of Afghanistan has not consented to having Canadian Charter rights conferred on non-Canadians, within its territorial limits.

[184] As a result, based upon the Supreme Court of Canada's ruling in *Hape*, it would thus appear that the Charter does not apply to the conduct of the Canadian Forces in issue in this case.

[185] This is not the end of the matter, however, as the applicants argue that a rigid application of the general test set out by the Supreme Court of Canada in *Hape* is inappropriate in the military context, and that a

[179] Les documents canadiens portant sur le traitement des prisonniers font également état du fait que le gouvernement afghan et celui du Canada ont convenu que les prisonniers sous la garde du Canada sont soumis aux régimes juridiques du droit afghan et du droit international.

[180] Plus particulièrement, le Theatre Standing Order 321A de la Force opérationnelle interarmées en Afghanistan reconnaît que le droit international est la norme appropriée en matière de traitement de détenus. À cet égard, l'article 3 énonce que les Forces canadiennes ont pour politique que tous les détenus doivent être traités de la même manière que le sont les prisonniers de guerre et que cette norme est la plus stricte qui soit en droit international.

[181] Qui plus est, selon l'article 18 du Theatre Standing Order 321A, les détenus sous la garde du Canada doivent être traités [TRADUCTION] « équitablement et avec humanité conformément au droit international applicable et à la doctrine des Forces canadiennes » (non souligné dans l'original).

[182] À la lumière de ce qui précède, il est clair que l'Afghanistan a consenti à l'emprisonnement de ses ressortissants par les Forces canadiennes aux fins visées dans le Pacte pour l'Afghanistan, mais on ne peut soutenir que l'Afghanistan a consenti à l'application ou à l'exécution du droit canadien, y compris de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans le but d'encadrer l'action des Forces canadiennes à l'égard des prisonniers sous leur garde en territoire afghan.

[183] En outre, le gouvernement afghan n'a pas consenti à ce que les droits garantis par la Charte canadienne soient conférés, sur son territoire, à des personnes qui n'ont pas la nationalité canadienne.

[184] Par conséquent, il semble bien, eu égard à la décision de la Cour suprême du Canada dans *Hape*, que la Charte ne s'applique pas à la conduite des Forces canadiennes en cause en l'espèce.

[185] Cela ne règle pas pour autant la question, cependant, car les demanderesse soutiennent que la stricte application du critère général établi par la Cour suprême du Canada dans *Hape* ne convient pas dans un

determination as to the application of the Charter to Canadian military activities on foreign soil should not turn on the issue of consent alone.

[186] Moreover, the applicants observe that the Supreme Court of Canada specifically left open the possibility that, in exceptional cases, the Charter could have extraterritorial effect, notwithstanding a lack of consent by the host state. According to the applicants, this is just such an exceptional case. This issue will be addressed next.

(d) “Effective Military Control of the Person” as a Test for Charter Jurisdiction

[187] According to the applicants, the general principle articulated by the Supreme Court of Canada in *Hape* — namely that Canadian enforcement jurisdiction on foreign soil will not be extended out of respect for the sovereignty of other states, without the consent of the foreign state — was articulated in the law enforcement context, and should not be applied in the case of military activities on foreign soil.

[188] In this regard, the applicants submit that not only is the factual situation giving rise to the *Hape* decision readily distinguishable from that in the present case, in addition, the Supreme Court of Canada has expressly recognized that there may be exceptional situations where the consent of the host state to the application of Canadian laws on its territory may not be required, and that there may be some other basis for extending Canadian jurisdiction: see *Hape*, at paragraph 65.

[189] Moreover, the applicants argue that using consent as the test for establishing the extraterritorial reach of the Charter does not translate well, if at all, to the Canadian Forces exercising military functions. This is because military activities are inherently different than other functions performed by state actors.

[190] That is, the applicants say that the notion that the Canadian Forces should, in all circumstances, have to respect sovereign equality and proceed only with the consent of the host state, as would investigating police

cadre militaire et que la décision de savoir si la Charte s’applique aux activités militaires du Canada en territoire étranger ne repose pas uniquement sur la question du consentement.

[186] Les demandereses notent de plus que la Cour suprême du Canada a expressément dit qu’il était possible que dans des cas exceptionnels, la Charte ait un effet extraterritorial, nonobstant l’absence de consentement de l’État d’accueil. Selon elles, l’espèce est précisément un cas exceptionnel, ce dont il est traité ci-dessous.

d) L’« autorité militaire réelle sur la personne » comme critère d’application de la Charte

[187] Les demandereses soutiennent que le principe général dégagé par la Cour suprême du Canada dans *Hape* — c’est-à-dire que la compétence d’exécution du Canada en territoire étranger ne peut s’exercer, par respect pour la souveraineté de l’État étranger, sans son consentement — a été énoncé alors qu’il était question d’activités policières et ne devrait pas s’appliquer aux activités militaires en territoire étranger.

[188] À cet égard, les demandereses font valoir qu’il est facile de faire la distinction entre les faits à l’origine de la décision *Hape* et ceux de l’espèce, et qu’en outre, la Cour suprême du Canada a expressément reconnu qu’il peut y avoir des cas exceptionnels où le consentement de l’État d’accueil à l’application des lois canadiennes sur son territoire ne serait pas nécessaire et que la compétence du Canada pourrait être étendue en vertu d’un autre fondement : voir *Hape*, au paragraphe 65.

[189] Les demandereses font aussi valoir que l’application, aux fonctions des Forces canadiennes, du critère du consentement utilisé pour établir la portée extraterritoriale de la Charte est difficile, sinon impossible. Cela s’explique par le fait que les activités militaires sont foncièrement différentes des autres fonctions des acteurs étatiques.

[190] Ainsi, les demandereses soutiennent que la notion selon laquelle les Forces canadiennes doivent respecter l’égalité souveraine en toutes circonstances et n’agir qu’avec le consentement de l’État

officers, is fundamentally misguided. Unlike police functions, military functions will at times necessarily include the use of force, including deadly force, on foreign soil. This will of necessity impair the sovereignty of the other state.

[191] Consequently, the applicants submit that the consent of the affected sovereign state should play no part in determining whether the Canadian military can exercise governmental functions in the territory of a foreign state, such that the Charter should apply.

[192] In support of their argument that consent is not a proper consideration in the military context, the applicants point to specific cases where Canada has deployed military personnel in the past, in circumstances where obtaining the consent of the host state was not possible. One such example was Canada's military involvement in Somalia, where there was no recognizable government in place to give consent.

[193] Similarly, the applicants point out that the Canadian Forces were deployed in the former Yugoslavia, where sovereignty over territory was contested, and it was not clear which state would have been in a position to legally provide consent.

[194] Indeed, the applicants argue that there are situations involving the exercise of military force—as was originally the case in Afghanistan—where the Canadian Forces actually invade the territory of another state for the express purpose of overthrowing the sovereign government. In such cases, the consent of the state being invaded would obviously never be forthcoming.

[195] The applicants therefore contend that consent is a “fraught criterion” upon which to base the reach of the Charter when military action is involved.

[196] Instead, the applicants posit that the appropriate test to be used in determining whether or not the Charter should apply in the context of military activities on foreign soil is that of “effective military control of the

d'accueil, comme le font les enquêteurs policiers, est essentiellement dénuée de fondement. Au contraire des fonctions policières, les fonctions militaires comportent nécessairement, à l'occasion, l'usage de la force, y compris de la force mortelle, en territoire étranger. Cela porte forcément atteinte à la souveraineté de l'autre État.

[191] Par conséquent, les demanderesse soutiennent que le consentement de l'État souverain touché ne devrait pas être pris en compte dans la question de savoir si l'armée canadienne peut remplir des fonctions étatiques à l'intérieur du territoire d'un État étranger de sorte que la Charte s'applique.

[192] Au soutien de leur argument selon lequel le consentement n'est pas un élément pertinent dans le cadre militaire, les demanderesse rappellent des cas précis où le Canada a déployé des militaires dans des conditions qui ne permettaient pas d'obtenir le consentement de l'État d'accueil, par exemple la mission militaire du Canada en Somalie où il n'existait pas de gouvernement comme tel qui soit en mesure d'accorder ce consentement.

[193] De la même manière, les demanderesse signalent que les Forces canadiennes ont été déployées dans l'ex-Yougoslavie, où la souveraineté du territoire était contestée, et qu'il était impossible de dire quel État aurait pu légalement accorder un consentement.

[194] En fait, les demanderesse soutiennent qu'il existe des situations exigeant de recourir à la force militaire—comme ce fut le cas à l'origine en Afghanistan—dans lesquelles les Forces canadiennes envahissent en fait le territoire d'un autre État dans le but exprès de renverser un gouvernement souverain. Dans de tels cas, il est évident que le consentement de l'État en cause ne sera jamais accordé.

[195] Les demanderesse soutiennent par conséquent que le consentement est un [TRADUCTION] « critère indésirable » sur lequel fonder la portée de la Charte en cas d'intervention militaire.

[196] Les demanderesse affirment que le critère pertinent pour décider si la Charte doit s'appliquer à une intervention militaire en territoire étranger est plutôt celui de [TRADUCTION] l'« autorité militaire réelle sur la

person.” That is, the applicants say that the Charter should apply as soon as the Canadian Forces bring an individual within their effective control, whether by detention or transfer.

[197] The applicants point out that in the present case, once detainees are taken into Canadian custody, the Canadian Forces have complete control over these individuals, and cannot be compelled to turn them over to the hands of the Afghan authorities, or to the custody of any other country. In such circumstances, the applicants say that the Charter should apply.

[198] In support of this argument, the applicants point to the fact that the rationale given by the majority in *Hape* for finding that the Charter should not apply extraterritorially was because the relevant state actors did not have the power or ability to comply with its requirements: see *Hape*, at paragraph 97.

[199] The corollary to this, the applicants say, is that when members of the Canadian Forces have complete control over those in their custody, the Charter should apply.

[200] Thus the applicants submit that once an individual is arrested by Canadian Forces personnel, is detained at a facility controlled by the Canadian Forces, and is subject to ongoing detention or release at the sole discretion of the Canadian Forces, that individual is within the effective control of Canada and should enjoy the protections of the Charter and of Canadian courts.

[201] In support of their argument that “effective military control of the person” should be the appropriate test to be applied in cases of the exercise of military force, the applicants rely on jurisprudence from the House of Lords, from the United States Supreme Court, and from the Court of Appeal for the District of Columbia, which the applicants submit has held that domestic human rights legislation applies to individuals detained by military forces in Iraq and at Guantanamo Bay: see *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 26; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); and *Omar v. Harvey*, 479 F.3d 1 (D.C. Cir. 2007).

personne ». Ainsi, les demandresses soutiennent que la Charte doit s’appliquer dès que les Forces canadiennes ont l’autorité militaire réelle sur une personne, soit en l’emprisonnant, soit en la transférant.

[197] Les demandresses signalent qu’en l’espèce, les Forces canadiennes ont la pleine autorité à l’égard des prisonniers qu’elles détiennent et ne peuvent être contraintes à les transférer aux autorités afghanes ou à la garde d’un autre État. Dans de telles circonstances, la Charte s’applique, selon les demandresses.

[198] Au soutien de leur argument, les demandresses signalent que l’analyse de la majorité dans *Hape*, qui concluait que la Charte n’a pas d’application extraterritoriale, est fondée sur le motif que les acteurs étatiques en cause ne disposaient pas des pouvoirs ou de la capacité de respecter ses exigences : voir *Hape*, au paragraphe 97.

[199] Le corollaire, selon les demandresses, est que lorsque les membres des Forces canadiennes ont la pleine autorité sur des personnes sous leur garde, la Charte doit s’appliquer.

[200] Ainsi, les demandresses soutiennent que lorsqu’une personne est arrêtée par le personnel des Forces canadiennes, emprisonnée dans un centre sous la direction des Forces canadiennes et soumise à l’emprisonnement ou à la libération au seul gré des Forces canadiennes, celle-ci relève de l’autorité réelle du Canada et devrait jouir des protections assurées par la Charte et les tribunaux canadiens.

[201] Au soutien de leur argument que l’« autorité militaire réelle sur la personne » est le critère pertinent à appliquer à l’usage de la force militaire, les demandresses se fondent sur la jurisprudence de la Chambre des lords, de la Cour suprême des États-Unis et de la Cour d’appel du district de Columbia, qui, selon elles, a établi que les lois nationales des droits de l’homme s’appliquent aux personnes emprisonnées par les forces militaires en Iraq et à la baie de Guantánamo : voir *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 26; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); et *Omar v. Harvey*, 479 F.3d 1 (D.C. Cir. 2007).

[202] The applicants also rely on jurisprudence of the European Court of Human Rights, including the decisions in *Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, Application No. 52207/99, decision dated 12 December 2001 (E.C.H.R. (Grand Chamber)) and *Issa and Others v. Turkey*, Application No. 31821/96, judgment dated 16 November 2004 (E.C.H.R.).

[203] Finally, the applicants cite recent commentaries of the United Nations Human Rights Committee (*General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant* (26/05/2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13)) and of the United Nations Committee Against Torture (*General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties* (23/11/2007, CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4)), both advocating the use of a test of *de facto* or *de jure* control over persons in detention as a basis for exerting extraterritorial human rights jurisdiction.

[204] While a test for extraterritorial Charter jurisdiction based on effective military control of the person holds some appeal, there are a number of difficulties with the applicants' arguments as to why such a test should be applied in this case.

[205] Firstly, the historical scenarios cited by the applicants as examples as to why the consent test articulated by the Supreme Court of Canada in *Hape* should not apply in the case of the military context are quite distinguishable from the factual matrix underlying this application.

[206] That is, unlike the situation that confronted the Canadian Forces in Somalia, there is an internationally recognized, democratically elected government in place in Afghanistan to give consent to the application of foreign law to activities taking place on its soil, if it should see fit to do so.

[207] Similarly, unlike the situation that confronted the Canadian Forces in the former Yugoslavia, and despite the best efforts of the insurgents in Afghanistan, there is no question in the eyes of the international

[202] Les demandereses invoquent aussi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, y compris la décision *Banković et autres c. Belgique et 16 autres pays contractants*, requête n° 52207/99, décision en date du 12 décembre 2001 (C.E.D.H. (Grande Chambre)) et l'arrêt *Issa et autres c. Turquie*, requête n° 31821/96, arrêt en date du 16 novembre 2004 (C.E.D.H.).

[203] Enfin, les demandereses citent de récentes observations du Comité des droits de l'homme des Nations Unies (*Observation générale n° 31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte* (26 mai 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13)) et du Comité contre la torture des Nations Unies (*Observation générale n° 2 : Application de l'article 2 par les États parties* (23 novembre 2007, CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4)), qui tous deux préconisent l'utilisation d'un critère d'autorité *de facto* ou *de jure* des prisonniers pour fonder l'exercice de la compétence extraterritoriale en matière des droits de l'homme.

[204] L'idée d'un critère d'application de la Charte fondé sur l'autorité militaire réelle sur la personne en cause présente un certain intérêt, mais les arguments des demandereses en faveur de l'utilisation du critère en l'espèce soulèvent un certain nombre de problèmes.

[205] En premier lieu, les épisodes historiques proposés par les demandereses comme exemples des motifs pour lesquels le critère énoncé par la Cour suprême du Canada dans *Hape* ne s'applique pas dans le cadre militaire sont clairement distincts du cadre factuel en l'espèce.

[206] Ainsi, au contraire de la situation à laquelle ont été confrontées les Forces canadiennes en Somalie, il existe en Afghanistan un gouvernement démocratiquement élu et reconnu par la communauté internationale en mesure de consentir, s'il le veut, à l'application de lois étrangères aux activités qui se déroulent sur son territoire.

[207] De la même manière, au contraire de la situation à laquelle ont été confrontées les Forces canadiennes dans l'ex-Yougoslavie, et en dépit des tentatives énergiques des insurgés en Afghanistan, la communauté

community as to who is legally entitled to give consent in this case.

[208] While it is true that Canada originally went into Afghanistan in 2001 with the express intent of overthrowing the Taliban regime then in power in that country, Canada is not presently in Afghanistan as an occupying force. Canada remains in Afghanistan to assist in securing and rebuilding that country, with the support of the international community, the approval of the United Nations, and the consent of the Government of Afghanistan.

[209] It is neither necessary nor appropriate to decide whether the consent test articulated by the Supreme Court of Canada in *Hape* should be applied in every instance where Canadian military power is exercised on foreign soil, including in circumstances such as those that may have existed in Somalia or in the former Yugoslavia.

[210] However, in the case of Canada's current involvement in Afghanistan, there is a legitimate government in place which could have consented to the application of a full range of Canadian laws on Afghan soil, but has not.

[211] The Supreme Court of Canada made it clear in *Hape* that international law requires that where there is a legitimate government in place, Canadian law can only be enforced in the territory of that state with its consent, in all but the most exceptional cases.

[212] In such circumstances, based on the reasoning of the majority in *Hape*, to hold that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* nonetheless applied to the actions of the Canadian Forces in relation to the detention and transfer of detainees in Afghanistan would result in an impermissible encroachment on the sovereignty of that country, in a manner that would be contrary to international law.

[213] The applicants also rely on international jurisprudence to argue that this is an exceptional case of the sort contemplated by the Supreme Court of Canada in *Hape*. However, there are important differences

internationale n'a pas de doute quant à qui est en droit d'accorder un consentement en l'espèce.

[208] Il est vrai que le Canada s'est d'abord rendu en Afghanistan en 2001 avec l'intention expresse de renverser le régime des talibans alors au pouvoir dans ce pays, mais il ne s'y trouve pas en ce moment en tant que force d'occupation. Le Canada est en Afghanistan pour aider à sécuriser et à reconstruire ce pays, avec l'appui de la communauté internationale, l'approbation des Nations Unies et le consentement du gouvernement afghan.

[209] Il n'est ni nécessaire ni indiqué de décider si le critère énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hape* doit s'appliquer dans tous les cas où la puissance militaire du Canada s'exerce en territoire étranger, y compris dans des conditions comme celles qui ont pu exister en Somalie et dans l'ex-Yougoslavie.

[210] Dans le cas de la présence actuelle du Canada en Afghanistan, le gouvernement légitime de cet État aurait pu consentir à l'application de l'ensemble des lois canadiennes sur le sol afghan, mais ne l'a pas fait.

[211] La Cour suprême du Canada a clairement indiqué, dans l'arrêt *Hape*, que selon le droit international, lorsqu'un gouvernement légitime est en place, le droit canadien ne peut s'appliquer sur le territoire de l'État en cause qu'avec son consentement, à moins de circonstances tout à fait exceptionnelles.

[212] Dans de telles circonstances, compte tenu du raisonnement des juges majoritaires dans *Hape*, soutenir que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique néanmoins aux actes des Forces canadiennes relativement à l'emprisonnement et au transfèrement de prisonniers en Afghanistan aurait pour effet de porter une atteinte inadmissible à la souveraineté de ce pays, et ce, d'une manière contraire au droit international.

[213] Les demanderesse invoquent également la jurisprudence internationale pour soutenir qu'il s'agit d'un cas exceptionnel du type envisagé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hape*. D'importantes

between the facts in this case, and the facts underlying the decisions cited by the applicants.

[214] Moreover, a close reading of the cases and commentaries relied upon by the applicants suggests that the current state of international jurisprudence in this area is somewhat uncertain, and that the weight of authority does not support a different result with respect to the application of the Charter in this case than that espoused by the Supreme Court of Canada in *Hape*.

[215] In considering the international jurisprudence cited by the applicants, the starting point for the analysis must be the *Banković* decision of the European Court of Human Rights, which has been recognized as a pre-eminent authority on the issue of the extraterritorial application of human rights legislation and conventions: see *Al-Skeini*, at paragraph 68.

[216] *Banković* involved proceedings brought by relatives of people killed in a missile attack by a NATO aircraft on the Serbian Radio and Television headquarters in Belgrade. A person injured in the air strike was also an applicant. The applicants' claim was based upon the alleged violation of various articles of the European Convention on Human Rights [*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221]. The respondents were the NATO powers involved.

[217] Prior to there being an adjudication of the case on its merits, the case was referred to the Grand Chamber of the European Court of Human Rights [European Court] for a ruling on the question of jurisdiction.

[218] In seeking to extend the protection of the European Convention on Human Rights to the victims of the attack, it was argued on behalf of the applicants that the ability of the respondents to strike the building where the victims were injured or killed demonstrated that the respondents had sufficient control over the victims as to bring them within the jurisdiction of the respondent countries.

[219] In determining whether, as a result of the respondents' extraterritorial acts, the victims fell within

différences distinguent cependant les faits de l'espèce des faits sous-jacents aux décisions invoquées par les demanderessees.

[214] De plus, une lecture attentive des décisions et des commentaires invoqués par les demanderessees laisse croire que la jurisprudence internationale à cet égard est quelque peu incertaine et que l'opinion dominante ne permet pas de conclure autrement, pour ce qui est de l'application de la Charte en l'espèce, que ne l'a fait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hape*.

[215] Je me reporte en premier lieu, dans l'examen de la jurisprudence internationale invoquée par les demanderessees, à la décision *Banković* de la Cour européenne des droits de l'homme, reconnue comme l'autorité prééminente en matière d'application extraterritoriale de lois et conventions sur les droits de l'homme : voir l'arrêt *Al-Skeini*, au paragraphe 68.

[216] Il s'agit, dans l'affaire *Banković*, d'une action intentée par les membres des familles de personnes tuées lorsqu'un missile tiré par un avion de l'OTAN a touché le siège de la Radio-télévision serbe. Une personne blessée dans l'attaque faisait également partie des requérants. Les requérants alléguaient que divers articles de la Convention européenne des droits de l'homme [*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221] avaient été violés. Les défendeurs étaient les États membres de l'OTAN en cause.

[217] Avant qu'elle ne soit tranchée sur le fond, l'affaire a été renvoyée à la Grande Chambre de la Cour européenne des Droits de l'Homme [Cour européenne] pour une décision sur la question de la compétence.

[218] Pour que soit étendue la protection de la Convention européenne aux victimes de l'attaque, il était allégué au nom des requérants que la capacité des défendeurs de frapper l'immeuble dans lequel se trouvaient les victimes décédées ou blessées montrait que les défendeurs exerçaient, à leur endroit, une autorité telle qu'elle les plaçait sous l'autorité des États défendeurs.

[219] Dans son analyse de la question de savoir si les victimes relevaient de l'autorité des États défendeurs en

the jurisdiction of the respondent states, the Grand Chamber noted that jurisdiction is primarily territorial. A state may not exercise jurisdiction in the territory of another state without the consent, invitation or acquiescence of the host State, unless the first state is an occupying power: *Banković*, at paragraphs 60 and 63.

[220] The Grand Chamber further found that there was no jurisdictional link between the victims of the air strike and the respondents. As a result, the victims and their relatives were not brought within the jurisdiction of the respondents by virtue of the act committed outside the territory of those states: *Banković*, at paragraph 82.

[221] In coming to this conclusion, the Grand Chamber, at paragraph 71 noted that:

In sum, the case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad, as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government. [Emphasis added.]

[222] Three years after its decision in *Banković*, the European Court of Human Rights had occasion to revisit the question of extraterritorial jurisdiction in *Issa*, previously cited. *Issa* involved claims made as a result of the deaths of several shepherds in Northern Iraq. The applicants in *Issa* alleged that the shepherds had been killed by Turkish troops who had been operating in that area. Turkey resisted the claim, asserting that the shepherds had never come within its jurisdiction.

[223] In relation to the jurisdictional issue, the European Court stated in *Issa*, at paragraph 71 that:

... a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating — whether lawfully or unlawfully in the latter state ... Accountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow

raison de leurs actes extraterritoriaux, la Grande Chambre observe que la juridiction est d'abord territoriale. Un État ne peut exercer sa juridiction sur le territoire d'un autre État sans le consentement, l'invitation ou l'acquiescement de ce dernier, à moins que le premier ne soit un État occupant : décision *Banković*, aux paragraphes 60 et 63.

[220] La Grande Chambre a conclu qu'il n'existait pas de lien juridictionnel entre les victimes de l'attaque aérienne et les défendeurs. Les requérants et leurs proches ne relevaient donc pas de la juridiction des États défendeurs du fait de l'acte extraterritorial en cause : décision *Banković*, au paragraphe 82.

[221] En arrivant à cette conclusion, la Grande Chambre note, au paragraphe 71 :

En résumé, il ressort de sa jurisprudence que la Cour n'admet qu'exceptionnellement qu'un État contractant s'est livré à un exercice extraterritorial de sa compétence : elle ne l'a fait jusqu'ici que lorsque l'État défendeur, au travers du contrôle effectif exercé par lui sur un territoire extérieur à ses frontières et sur ses habitants par suite d'une occupation militaire ou en vertu du consentement, de l'invitation ou de l'acquiescement du gouvernement local, assumait l'ensemble ou certains des pouvoirs publics relevant normalement des prérogatives de celui-ci. [Non souligné dans l'original.]

[222] Trois ans après la décision *Banković*, la Cour européenne des Droits de l'Homme a eu l'occasion d'étudier à nouveau la question de la compétence extraterritoriale dans l'arrêt *Issa*, précité, portant sur la requête introduite à la suite du décès de plusieurs bergers dans le Nord de l'Iraq. Les requérantes alléguaient que les bergers avaient été tués par l'armée turque qui menait des opérations dans la région. La Turquie s'est opposée en affirmant que les bergers n'avaient jamais relevé de sa compétence.

[223] En ce qui concerne la question de la compétence, la Cour européenne énonce ce qui suit dans l'arrêt *Issa*, au paragraphe 71 :

[TRADUCTION] [...] un État peut aussi être tenu responsable de la violation des droits et libertés garantis par la Convention à des personnes qui se trouvent sur le territoire d'un autre État, mais qui sont soumises à l'autorité et au contrôle exercés par le premier État par l'intermédiaire de ses agents agissant — légalement ou non — dans le second [...] Dans ce cas, la responsabilité découle du fait que l'article premier de la

a state party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another state, which it could not perpetrate on its own territory. [Emphasis added.]

[224] In considering whether the shepherds had been within the authority or effective control of Turkey at the time of their deaths, and thus within the jurisdiction of that country, the European Court did not exclude the possibility that, as a result of Turkey's military action, it could be considered to have "exercised, temporarily, effective overall control of a particular portion of the territory of northern Iraq": *Issa*, at paragraph 74.

[225] In the view of the European Court, if it could have been established that Turkey exercised effective overall control of the area of Iraq in issue, and that if the victims were in that area of Iraq at the time of their deaths, it would follow logically that they were within the jurisdiction of Turkey: *Issa*, at paragraph 74.

[226] The claim was, however, dismissed on the basis of the Court's finding that Turkey did not exercise effective overall control over northern Iraq at the material time: *Issa*, at paragraph 75.

[227] Much of the analysis in *Issa* is framed in terms of the "effective control of the territory" test as being the applicable test for extraterritorial jurisdiction: see, for example, paragraph 69. To this extent, the decision is consistent with the European Court of Human Rights' earlier pronouncement in *Banković*.

[228] However, the quote from paragraph 71 of the *Issa* decision cited above seemingly suggests that extraterritorial jurisdiction may be found to exist, not only where a state has effective control over the territory of another state, but also where an individual comes within the "authority and control" of a foreign state through the activities of agents of the foreign state operating in the first state.

[229] It appears therefore that in *Issa*, the European Court may have expanded its view of the bases for extending extraterritorial human rights jurisdiction beyond that which it had previously espoused in *Banković*.

Convention ne peut être interprété comme autorisant un État partie à commettre sur le territoire d'un autre État des violations de la Convention qu'il ne pourrait commettre sur son propre territoire. [Non souligné dans l'original.]

[224] Dans son examen de la question de savoir si les bergers se trouvaient sous l'autorité ou le contrôle réel de la Turquie au moment de leur décès, et donc de son ressort, la Cour européenne n'écarte pas la possibilité qu'en raison des opérations militaires qu'elle menait, la Turquie ait [TRADUCTION] « exercé, temporairement, une autorité globale réelle sur une partie du territoire du Nord de l'Iraq » : arrêt *Issa*, au paragraphe 74.

[225] De l'avis de la Cour européenne, s'il avait été possible d'établir que la Turquie exerçait une autorité globale réelle sur la région en cause en Iraq et que les victimes se trouvaient dans cette région de l'Iraq au moment de leur décès, il aurait été logique de conclure qu'elles se trouvaient alors sous l'autorité de la Turquie : arrêt *Issa*, au paragraphe 74.

[226] La requête a toutefois été rejetée au motif que la Turquie n'exerçait pas, à l'époque pertinente, d'autorité globale réelle sur le Nord de l'Iraq : arrêt *Issa*, au paragraphe 75.

[227] L'analyse, dans l'arrêt *Issa*, repose principalement sur le critère de l'« autorité réelle sur le territoire » comme étant celui qui s'applique pour établir la compétence extraterritoriale : voir, par exemple, le paragraphe 69. Dans cette mesure, l'arrêt est conforme à la décision antérieure *Banković* de la Cour européenne des droits de l'homme.

[228] Cela étant, la citation susmentionnée tirée du paragraphe 71 de l'arrêt *Issa* donne à comprendre qu'il pourrait y avoir compétence extraterritoriale non seulement lorsqu'un État exerce une autorité réelle sur le territoire d'un autre État, mais aussi lorsqu'une personne est soumise [TRADUCTION] « à l'autorité et au contrôle » d'un État étranger par l'intermédiaire des agents de cet État agissant dans le premier État.

[229] Il semble par conséquent que la Cour européenne pourrait avoir adopté, dans l'arrêt *Issa*, un point de vue plus large sur le fondement de la compétence extraterritoriale en matière de droits de l'homme qu'elle ne l'avait auparavant fait dans la décision *Banković*.

[230] This seeming divergence in the jurisprudence of the European Court was given careful consideration in the reasons of several of the Law Lords in *Al-Skeini*. In this regard, Lord Rodger of Earlsferry noted that it was difficult to reconcile the decision in *Issa* with the existing jurisprudence from the European Court, and, in particular, with the decision in *Banković*: see *Al-Skeini*, at paragraph 75.

[231] Lord Rodger further observed that in *Issa*, the focus of the Court appeared to be on “the activity of the contracting state, rather than on the requirement that the victim should be within its jurisdiction”: *Al-Skeini*, at paragraph 75.

[232] As a consequence, Lord Rodger concluded that “[i]n these circumstances, although *Issa* concerned Turkish troops in Iraq, I do not consider that this aspect of the decision provides reasoned guidance on which the House can rely when resolving the question of jurisdiction in the present case.”

[233] A similar sentiment was expressed by Baroness Hale of Richmond, at paragraph 91 of her decision where she found that “there is more to be learned from the decision of the Grand Chamber in *Banković* . . . than there is from the observations of the Chamber in *Issa*”.

[234] In the same vein, Lord Brown of Eaton-Under-Heywood agreed that to the extent that *Issa* could be interpreted as supporting wider notions of jurisdiction than did *Banković*, *Banković* was better law: see paragraphs 125-132 of his reasons. In support of this finding, Lord Brown also observed *Banković* was a judgment of the Grand Chamber of the European Court, whereas *Issa* was not.

[235] For the reasons articulated by the House of Lords in *Al-Skeini*, I agree that the decision in *Banković* is better law than the decision in *Issa*.

[236] Before turning to consider the merits of the House of Lords’ decision in *Al-Skeini*, I will deal briefly

[230] Cette divergence apparente de la jurisprudence de la Cour européenne a été longuement analysée dans les motifs de plusieurs lords juges dans l’arrêt *Al-Skeini*. À cet égard, lord Rodger of Earlsferry note qu’il a été difficile de concilier l’arrêt *Issa* avec la jurisprudence antérieure de la Cour européenne et notamment avec la décision *Banković* : voir l’arrêt *Al-Skeini*, au paragraphe 75.

[231] Lord Rodger mentionne en outre que la Cour européenne semble s’être attardée, dans l’arrêt *Issa*, à [TRADUCTION] « l’activité de l’État contractant plutôt qu’à l’exigence que la victime relève de sa compétence » : arrêt *Al-Skeini*, au paragraphe 75.

[232] Lord Rodger conclut par conséquent ce qui suit : [TRADUCTION] « Dans de telles circonstances, quoique l’arrêt *Issa* traite de la présence de l’armée turque en Iraq, je ne considère pas que cet élément de l’arrêt fournit à la Chambre des indications motivées sur lesquelles elle peut s’appuyer en l’espèce pour régler la question de la compétence. »

[233] La baronne Hale of Richmond, qui partage cet avis, écrit au paragraphe 91 de sa décision : [TRADUCTION] « Il y a plus d’enseignements à tirer de la décision de la Grande Chambre dans l’affaire *Banković* [...] qu’il y en a des observations de la Chambre dans l’arrêt *Issa* ».

[234] De même, lord Brown of Eaton-Under-Heywood convient que dans la mesure où l’arrêt *Issa* peut être interprété comme élargissant la notion de compétence par rapport à celle qui est exposée dans la décision *Banković*, celle-ci est plus solide en droit : voir les paragraphes 125 à 132 de ses motifs. À l’appui de cette conclusion, lord Brown note en outre que la décision *Banković* est une décision de la Grande Chambre de la Cour européenne, au contraire de l’arrêt *Issa*.

[235] Je suis d’accord, pour les motifs exposés par la Chambre des lords dans l’arrêt *Al-Skeini*, que le droit dans la décision *Banković* est plus solide que le droit dans l’arrêt *Issa*.

[236] Avant de passer à l’examen du fond de la décision de la Chambre des lords dans l’arrêt *Al-Skeini*,

with the American authorities relied upon by the applicants, as well as the Comments of the United Nations bodies cited by the applicants.

[237] *Rasul v. Bush* is readily distinguishable from the present case. Although American courts have found that U.S. jurisdiction extends to govern individuals held in military custody at the American military prison at Guantánamo Bay, this jurisdiction rests on the fact that, in accordance with the lease entered into between the Government of the United States and the Republic of Cuba, the United States can “exercise complete jurisdiction and control” over and within the area of the military base: see *Rasul*, Part I, *per* Stevens J.

[238] In *Omar v. Harvey*, the United States Court of Appeals did find that an individual detained by the American military in Iraq was subject to the jurisdiction of the U.S. courts because he was “in custody under or by color of authority of the United States.” However, this jurisdiction was seemingly conferred by the express wording of the applicable American *habeas corpus* legislation: 28 U.S.C. § 2241. It also bears mentioning that Mr. Omar was an American citizen.

[239] In so far as the Comments of the United Nations Committees are concerned, as the respondents observed, these are recommendations made by groups with advocacy responsibilities. While they clearly reflect the views of knowledgeable individuals, they do not reflect the current state of international law, but more the direction that those groups believe the law should take in the future.

[240] It should also be noted that the Comments of the United Nations Human Rights Committee relied upon by the applicants as supporting a more expansive approach to extraterritorial human rights jurisdiction are made in the context of an examination of the scope of the legal obligations on States Parties imposed by Article 2 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* [December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47]. The Comments do not address the extraterritorial reach of the domestic laws of States Parties.

je traiterai brièvement des arrêts américains invoqués par les demanderesse ainsi que des Observations des organes des Nations Unies qu’elles citent.

[237] Il est facile de faire une distinction entre l’arrêt *Rasul v. Bush* et la présente espèce. Les tribunaux américains ont conclu que la compétence des États-Unis régit les personnes sous la garde des autorités militaires à la prison militaire de la baie de Guantánamo en raison du fait que, conformément au bail conclu par les États-Unis et la République de Cuba, les États-Unis disposent [TRADUCTION] « de la pleine compétence et de l’autorité entière » à l’égard de la base militaire et de l’aire qu’elle occupe : voir l’arrêt *Rasul*, partie I, le juge Stevens.

[238] Dans l’arrêt *Omar v. Harvey*, la Cour d’appel des États-Unis a conclu qu’une personne emprisonnée par l’armée américaine en Iraq relève de la compétence des tribunaux des États-Unis parce qu’elle est [TRADUCTION] « sous garde en vertu des pouvoirs ou des pouvoirs apparents des États-Unis ». Il semble toutefois que cette compétence découle du libellé précis de la loi américaine en matière d’*habeas corpus* : 28 U.S.C. § 2241. Il convient aussi de mentionner que M. Omar est ressortissant américain.

[239] En ce qui concerne les Observations des comités des Nations Unies, il s’agit, comme l’ont fait remarquer les défenseurs, de recommandations émanant de groupes qui défendent des intérêts. Il est clair que les Observations reflètent le point de vue de personnes compétentes, mais elles ne rendent pas compte de l’état actuel du droit international et représentent plutôt l’orientation que, de l’avis de ces groupes, le droit devrait prendre à l’avenir.

[240] Il y a lieu de signaler aussi que les Observations du Comité des droits de l’homme des Nations Unies invoquées par les demanderesse comme étant favorables à l’extension de la compétence extraterritoriale en matière de droits de l’homme découlent de son examen de la portée des obligations juridiques des États parties en vertu de l’article 2 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47]. Les Observations ne traitent pas de la portée extraterritoriale des lois nationales des États parties.

[241] This then leaves the decision of the House of Lords in *Al-Skeini* to be considered.

[242] *Al-Skeini* involved claims brought in England, pursuant to the British *Human Rights Act 1998* [1998, c. 42]. The claims arose from the deaths of six Iraqi citizens, allegedly killed by members of the British military in Iraq, while the United Kingdom was an occupying power in the south-eastern portion of that country.

[243] Five of the victims were killed by gunfire, at different times, and in different locations. The sixth claim was brought by the family of Baha Mousa, who was beaten to death by British soldiers while he was detained at the British military base in Basra.

[244] To succeed, the claimants had to show that the complaints fell within the scope of the European Convention on Human Rights, thus raising the same type of jurisdictional question as had previously arisen in *Banković* and *Issa*, albeit in a different forum.

[245] One of the principle issues in *Al-Skeini* was the relationship between the British *Human Rights Act 1998* and the European Convention on Human Rights—a relationship that is not relevant for the purposes of this discussion.

[246] Moreover, much of the House of Lords' analysis in *Al-Skeini* was taken up with a consideration of the claims of the five shooting victims, as, by the time that the case reached the House of Lords, the British government had conceded that as Mr. Mousa's death took place in a British detention unit, he died "'within the jurisdiction' of the United Kingdom for purposes of article 1 of the Convention": see *Al-Skeini*, at paragraph 61.

[247] As a result of this concession, there is relatively little analysis carried out by the House of Lords in *Al-Skeini* with respect to the jurisdictional basis for the claim brought by members of Mr. Mousa's family. Perhaps the fullest discussion of this issue appears at paragraph 132 of the reasons of Lord Brown, where he stated that:

[241] Il reste donc à examiner la décision de la Chambre des lords dans l'arrêt *Al-Skeini*.

[242] L'affaire *Al-Skeini* portait sur des poursuites déposées en Angleterre en vertu de la loi britannique intitulée *Human Rights Act 1998* [1998, ch. 42] (Loi sur les droits de l'homme de 1998). On a affirmé que des militaires britanniques avaient tué six ressortissants iraqiens à l'époque où le Royaume-Uni était une puissance occupante dans le Sud-Est de l'Iraq.

[243] Cinq victimes ont péri sous les coups de feu, à différents moments et en différents endroits. La famille de Baha Mousa, battu à mort par des militaires britanniques tandis qu'il était emprisonné à la base militaire britannique de Bassora, a présenté la sixième plainte.

[244] Pour avoir gain de cause, les plaignants devaient démontrer que leurs plaintes tombaient sous le coup de la Convention européenne des droits de l'homme, suscitant ainsi le même type de question, en matière de compétence, que celle des affaires *Banković* et *Issa*, quoique devant un autre tribunal.

[245] L'une des questions de principe dans l'affaire *Al-Skeini* était celle de la relation entre la *Human Rights Act 1998* et la Convention européenne des droits de l'homme—une relation qui n'est pas pertinente pour les besoins de la présente analyse.

[246] De plus, une large partie de l'analyse de la Chambre des lords dans l'arrêt *Al-Skeini* est consacrée à l'examen des requêtes des cinq victimes de coups de feu, car au moment où la Chambre a été saisie de l'affaire, le Royaume-Uni avait reconnu que comme le décès de M. Mousa avait eu lieu dans une prison britannique, M. Mousa, au moment de son décès, [TRADUCTION] « relevait de la juridiction du Royaume-Uni pour l'application de l'article premier de la Convention » : voir l'arrêt *Al-Skeini*, au paragraphe 61.

[247] Compte tenu de cette admission, l'arrêt *Al-Skeini* ne s'attarde guère à l'analyse du fondement de la requête de la famille de M. Mousa quant à la compétence. L'observation la plus détaillée se trouve probablement au paragraphe 132 des motifs de lord Brown :

As for the sixth case, I for my part would recognise the UK's jurisdiction over Mr Mousa only on the narrow basis found established by the Divisional Court, essentially by analogy with the extra-territorial exception made for embassies

[248] The only other express consideration of the basis for extending the jurisdiction of the British *Human Rights Act 1998* to cover Mr. Mousa's case appears in the concurring decision of Baroness Hale. She based her finding that the British *Human Rights Act 1998* applied to Mr. Mousa's case on the fact that the victim's family would have a remedy against the United Kingdom in the European Court of Human Rights, and that it would be consistent with the purpose of the Act to give his father a remedy in the British courts: see paragraph 88.

[249] A review of the decision of the Queen's Bench Divisional Court in *Al-Skeini & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Defence*, [2004] EWHC 2911 (Admin) confirms that the finding of exceptional extraterritorial jurisdiction with respect to Mr. Mousa's claim was made by analogy to the recognized exceptions to territorially based jurisdiction relating to embassies, consulates, foreign-registered aircraft and vessels.

[250] In this regard the Divisional Court, at paragraph 287 observed that:

In the circumstances [of Mr. Mousa's death] the burden lies on the British military prison authorities to explain how he came to lose his life while in British custody. It seems to us that it is not at all straining the examples of extra-territorial jurisdiction discussed in the jurisprudence considered above to hold that a British military prison, operating in Iraq with the consent of the Iraqi sovereign authorities, and containing arrested suspects, falls within even a narrowly limited exception exemplified by embassies, consulates, vessels and aircraft, and in the case of *Hess v. United Kingdom*, a prison.

[251] In coming to this conclusion, the Divisional Court also relied on some of the jurisprudence discussed earlier in this decision, including the decision of the Supreme Court of Canada in *Cook [R. v. Cook]*, [1998] 2 S.C.R. 597, and of the Supreme Court of the United States in *Rasul v. Bush*.

[TRADUCTION] Dans le sixième cas, je reconnais quant à moi que M. Mousa relevait de la juridiction du Royaume-Uni uniquement sur le fondement restreint établi par la Cour divisionnaire, c'est-à-dire, foncièrement, par analogie avec l'exception extraterritoriale consentie aux ambassades [...]

[248] La seule autre mention explicite du fondement justifiant d'étendre l'application de la *Human Rights Act 1998* à M. Mousa se trouve dans les motifs concordants de la baronne Hale, qui conclut que la Loi en question s'applique à M. Mousa en raison du fait que sa famille peut demander réparation au Royaume-Uni devant la Cour européenne des Droits de l'Homme et que conformément à l'objet de la Loi, son père peut demander réparation devant les tribunaux britanniques : voir le paragraphe 88.

[249] L'examen de la décision *Al-Skeini & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Defence*, [2004] EWHC 2911 (Admin) de la Cour divisionnaire de la Division du Banc de la Reine confirme que le tribunal est venu à la conclusion qu'il existe, dans le cas de la plainte de M. Mousa, une compétence extraterritoriale exceptionnelle, par analogie avec les exceptions reconnues à la compétence territoriale pour ce qui est des ambassades, des consulats et des aéronefs et navires immatriculés à l'étranger.

[250] Sous ce rapport, la Cour divisionnaire, au paragraphe 287 fait remarquer :

[TRADUCTION] Dans les circonstances [entourant le décès de M. Mousa], il incombe aux autorités militaires de la prison britannique d'expliquer comment il a perdu la vie tandis qu'il était sous leur garde. Le tribunal estime qu'il ne force pas l'interprétation des exemples de compétence extraterritoriale analysés dans la jurisprudence ci-dessus en décidant qu'une prison militaire britannique installée en Iraq avec le consentement des autorités souveraines d'Iraq et occupée par des suspects en état d'arrestation tombe sous le coup d'une exception circonscrite comme c'est le cas pour les ambassades, les consulats, les navires et les aéronefs et, dans la décision *Hess c. Royaume-Uni*, une prison.

[251] La Cour divisionnaire s'appuie aussi, pour arriver à cette conclusion, sur des décisions déjà mentionnées en l'espèce, y compris l'arrêt *Cook [R. c. Cook]*, [1998] 2 R.C.S. 597 de la Cour suprême du Canada et l'arrêt *Rasul v. Bush* de la Cour suprême des États-Unis.

[252] With respect, several concerns arise with respect to this reasoning.

[253] Firstly, as was noted earlier, the Supreme Court of Canada has since distanced itself in *Hape* from its earlier decision in *Cook*. The implications of the Supreme Court's rethinking of its decision in *Cook* as it relates to the proposed test of "effective military control of the person" will be discussed below.

[254] Secondly, unlike the situation here, there was a clear statutory foundation for the extension of extraterritorial jurisdiction in *Rasul v. Bush*.

[255] Thirdly, the decision in *Hess v. United Kingdom*, Application No. 6231/73, decision dated 28 May 1975 (E.C.H.R.), is of limited assistance. *Hess* involved a prisoner held at Spandau prison, which was located within the British zone in West Berlin. The available extract of the decision of the European Commission on Human Rights is very brief, and contains little discussion of the jurisdictional issue, beyond the statement that "there is, in principle, from a legal point of view, no reason why acts of the British authorities in Berlin should not entail the liability of the United Kingdom under the Convention."

[256] Moreover, in *Hess*, the European Commission on Human Rights cited its earlier decision in *X. against The Federal Republic of Germany*, Application No. 1611/62, (decision of 25 September 1965 (on the admissibility of the application) as authority for the proposition that "a State is under certain circumstances responsible under the Convention for the actions of its authorities outside its territory."

[257] However a review of the Commission's decision in the *X. against Germany* case reveals that what the Commission actually said was that "in certain respects, the nationals of a Contracting State are within its 'jurisdiction' even when domiciled ... abroad" (emphasis added). This is an entirely different question than the one faced by the House of Lords in *Al-Skeini*, or

[252] En toute déférence, ce raisonnement soulève plusieurs problèmes.

[253] En premier lieu, comme on l'a signalé ci-dessus, la Cour suprême du Canada s'est depuis distanciée, dans l'arrêt *Hape*, de sa décision antérieure dans l'arrêt *Cook*. L'évolution du point de vue de la Cour suprême a des conséquences en ce qui a trait au critère proposé de l'« autorité militaire réelle sur la personne », ce dont il est question ci-dessous.

[254] En deuxième lieu, au contraire du cas de l'espèce, il existe un fondement légal clair à l'extension de la compétence extraterritoriale en cause dans l'arrêt *Rasul v. Bush*.

[255] En troisième lieu, la décision *Hess c. Royaume-Uni*, requête n° 6231/73, décision en date du 28 mai 1975 (C.E.D.H.), est d'une utilité limitée. La décision concerne un prisonnier de la prison de Spandau, qui se trouvait dans le secteur britannique de Berlin-Ouest. L'extrait disponible de la décision de la Commission européenne des Droits de l'Homme est très bref et l'analyse de la question de la compétence est succincte. Il y est dit, sans plus : « d'un point de vue juridique, on ne voit pas, en principe, pourquoi des actes accomplis par des autorités britanniques à Berlin n'engageraient pas la responsabilité du Royaume-Uni dans le cadre de la Convention ».

[256] De plus, la Commission européenne des Droits de l'Homme cite, dans la décision *Hess*, sa décision antérieure *X. contre la République Fédérale d'Allemagne*, requête n° 1611/62, décision en date du 25 septembre 1965 (sur la recevabilité de la requête) comme faisant autorité relativement à l'affirmation selon laquelle « dans certaines circonstances, un État est responsable, aux termes de la Convention, des actes accomplis par ses autorités en dehors du territoire national ».

[257] Toutefois, l'examen de la décision *X. contre Allemagne* de la Commission révèle que ce qu'elle a en fait énoncé, c'est qu'« à certains égards, les ressortissants d'un État contractant relèvent de sa "jurisdiction" même lorsqu'ils ont leur domicile ou leur résidence à l'étranger » (non souligné dans l'original). Il s'agit donc d'une question tout à fait différente de celle à laquelle

the question before the Court in this case, as the nationality principle was thus engaged in *X*.

[258] The *X. against Germany* case also dealt with the duties of consular officials acting outside their home country, which again engaged entirely different jurisdictional considerations than those in issue in either *Al Skeini* or in this case.

[259] Indeed, there is a specific basis at international law for the exceptional extraterritorial jurisdiction accorded to states in relation to their embassies, consulates, vessels and aircraft.

[260] As was noted at paragraph 73 of *Banković*, international law specifically recognizes instances of extraterritorial jurisdiction in cases involving embassies and consulates. Their special status originates in customary international law, based on the consent of the host state to the foreign diplomatic presence in its territory.

[261] In more recent times, the rules relating to embassies and consulates have been codified in two multinational treaties: the *Vienna Convention on Diplomatic Relations* [April 18, 1961, [1966] Can. T.S. No. 29] and the *Vienna Convention on Consular Relations* [April 24, 1963, [1974] Can. T.S. No. 25]. These Conventions confer an extensive range of privileges and immunities on diplomatic personnel while abroad.

[262] Similarly, international law recognizes extraterritorial jurisdiction with respect to aircraft and vessels registered in, or flying the flag of a state: see *Banković*, at paragraph 73 and *Sánchez Ramirez v. France*, Application No. 28780/95, decision dated 24 June 1996 (E.C.H.R.).

[263] Indeed, this appears to have been the basis for the jurisdictional finding in *Case of Öcalan v. Turkey*, Application No. 46221/99, judgment dated 12 May 2005 (E.C.H.R.), a case cited by the House of Lords in *Al-Skeini*. In *Öcalan*, the applicant was arrested by members of the Turkish security forces inside an aircraft

devait répondre la Chambre des lords dans l'affaire *Al-Skeini* ou de celle en litige en l'espèce, car le principe de la nationalité était en cause dans la décision *X*.

[258] La décision *X. contre Allemagne* traite également des fonctions des représentants consulaires à l'étranger, ce qui est une tout autre question, sur le plan de la compétence, que celles qui sont en cause dans l'arrêt *Al-Skeini* ou en l'espèce.

[259] En fait, la compétence extraterritoriale exceptionnelle en ce qui concerne les ambassades, les consulats, les navires et les aéronefs a une assise bien précise en droit international.

[260] Comme il est énoncé au paragraphe 73 de la décision *Banković*, le droit international reconnaît expressément, pour ce qui est des ambassades et des consulats, l'exercice extraterritorial de la compétence fondé sur le droit international coutumier et sur le consentement de l'État d'accueil à la présence de diplomates étrangers sur son territoire.

[261] À une époque plus récente, les règles s'appliquant aux ambassades et aux consulats ont été codifiées dans deux traités multilatéraux, la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* [18 avril 1961, [1966] R.T. Can. n° 29] et la *Convention de Vienne sur les relations consulaires* [24 avril 1963, [1974] R.T. Can. n° 25]. Ces Conventions confèrent un large éventail de privilèges et d'immunités au personnel diplomatique en poste à l'étranger.

[262] De la même manière, le droit international reconnaît la compétence extraterritoriale pour ce qui est des aéronefs immatriculés dans un État et des navires battant son pavillon : voir la décision *Banković*, au paragraphe 73, et la décision *Sánchez Ramirez c. France*, requête n° 28780/95, décision en date du 24 juin 1996 (C.E.D.H.).

[263] En fait, il semble que ce soit le fondement de la conclusion sur la compétence dans l'arrêt *Öcalan c. Turquie*, requête n° 46221/99, arrêt en date du 12 mai 2005 (C.E.D.H.), cité par la Chambre des lords dans l'arrêt *Al-Skeini*. Il s'agit, dans l'arrêt *Öcalan*, d'un requérant qui a été arrêté par les forces de l'ordre

registered in Turkey in the international zone of Nairobi Airport: see paragraph 91.

[264] There is no similar principle of customary international law or treaty law that was cited by either the Divisional Court or the House of Lords in *Al-Skeini* (or in the jurisprudence relied upon in those decisions) as a legal basis for extending the jurisdiction of the United Kingdom to cover the situation of Mr. Mousa. As a consequence, the analogy drawn to the embassy exception as a basis on which to found extraterritorial jurisdiction was not, with respect, entirely apt.

[265] Nor have the applicants in this case identified a legal basis at international law for extending the jurisdiction of Canada to the detention facility on the Kandahar airfield.

[266] As a consequence, and having given the matter careful consideration, I am of the view that the decision of the House of Lords in *Al-Skeini* is of limited assistance in the case at hand.

[267] All of that having been said, as was noted earlier in these reasons, the “effective military control of the person” test advocated by the applicants does hold some considerable appeal, particularly when one considers that it is the activities of Canadian military personnel that are sought to be restrained in this case, and not the activities of foreign nationals.

[268] In this regard, the Supreme Court stated in *Hape* that it is the primary role of the Charter to limit the exercise of the government authority, in advance, so that breaches of the Charter are prevented: *Hape*, at paragraph 91.

[269] It is also noteworthy that Canada can, and has, exercised prescriptive jurisdiction over members of the Canadian Forces acting outside of this country, based upon the nationality principle.

[270] Indeed, Canada has prosecuted members of the Canadian Forces for mistreating foreign nationals detained by Canadian military personnel on foreign soil: see for example, *R. v. Brown* (1995), 5 C.M.A.R. 280

turques, à l’intérieur d’un aéronef immatriculé en Turquie, dans la zone internationale de l’aéroport de Nairobi : voir le paragraphe 91.

[264] Ni la Cour divisionnaire ni la Chambre des lords dans l’arrêt *Al-Skeini*, ou la jurisprudence invoquée dans ces décisions, n’ont cité de principe semblable de droit coutumier international ou de droit des traités justifiant d’étendre la compétence du Royaume-Uni à la situation de M. Mousa. Par conséquent, l’analogie avec l’exception que constituent les ambassades comme fondement de la compétence extraterritoriale n’est pas, en toute déférence, entièrement pertinente.

[265] Les demanderessees n’ont pas davantage, en l’espèce, indiqué de fondement en droit international qui permettrait d’étendre la compétence du Canada à la prison de la base aérienne de Kandahar.

[266] Par conséquent, après un examen minutieux, je suis d’avis que la décision de la Chambre des lords dans l’arrêt *Al-Skeini* est d’une utilité limitée en l’espèce.

[267] Cela étant dit, comme je l’ai signalé plus haut dans les présents motifs, le critère de l’« autorité militaire réelle sur la personne » défendu par les demanderessees est d’un grand intérêt, surtout si l’on prend en compte le fait que ce sont les activités des militaires canadiens que l’on cherche à restreindre en l’espèce, et non les activités de ressortissants étrangers.

[268] À cet égard, la Cour suprême a déclaré dans l’arrêt *Hape* que le rôle premier de la Charte consiste à limiter à l’avance l’exercice du pouvoir du gouvernement de façon à prévenir toute violation des droits qu’elle confère : voir *Hape*, au paragraphe 91.

[269] Il importe en outre de signaler que le Canada exerce, en se fondant sur le principe de la nationalité, une compétence normative relativement aux membres des Forces canadiennes en mission à l’étranger.

[270] De fait, le Canada a poursuivi des membres des Forces armées au motif de mauvais traitements infligés aux prisonniers sous leur garde en sol étranger : voir, par exemple, *R. c. Brown* (1995), 5 C.A.C.M. 280

(Ct. Martial App. Ct.) and *R. v. Seward* (1996), 45 Admin. L.R. (2d) 148 (Ct. Martial App. Ct.).

[271] The applicants therefore ask why, if Canada can prosecute members of the Canadian Forces, after the fact, for mistreating detainees held by military personnel on foreign soil, can the Charter not apply in advance to restrain those same military personnel from acting in a manner that may result in injury to those same detainees?

[272] One short answer to this is that Canada has exercised specific extraterritorial prescriptive jurisdiction through the Military Code of Service Discipline under Part III [as am. by S.C. 1998, c. 35, s. 18] of the *National Defence Act*, the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24 and the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, allowing it to prosecute members of the Canadian Forces for crimes committed outside of Canada.

[273] That said, I note that there has been academic commentary, albeit in the law enforcement context, suggesting that when Canadian officials act independently of the authorities in the host country, the Charter should surely apply: see, for example, Kent Roach, “Editorial — *R. v. Hape* Creates Charter-Free Zones for Canadian Officials Abroad” (2007), 53 *Crim. L.Q.* 1, at pages 3-4.

[274] Whatever its appeal may be, however, the practical result of applying such a “control of the person”-based test would be problematic in the context of a multinational military effort such as the one in which Canada is currently involved in Afghanistan. Indeed, it would result in a patchwork of different national legal norms applying in relation to detained Afghan citizens in different parts of Afghanistan, on a purely random-chance basis.

[275] That is, an Afghan insurgent detained by members of the Canadian Forces in Kandahar province could end up having entirely different rights than would Afghan insurgents detained by soldiers from other NATO partner countries, in other parts of Afghanistan. The result would be a hodgepodge of different foreign

(C.A.C.M.) et *R. c. Seward*, [1996] A.C.A.C. n° 5 (C.A.C.M.) (QL).

[271] Les demanders posent par conséquent la question suivante : si le Canada peut engager, après le fait, des poursuites contre des membres des Forces canadiennes au motif qu’ils ont infligé des mauvais traitements aux prisonniers sous leur garde en sol étranger, la Charte ne pourrait-elle s’appliquer à l’avance pour empêcher ces mêmes militaires d’agir d’une manière préjudiciable aux prisonniers en question?

[272] Une réponse simple est que le Canada exerce une compétence normative extraterritoriale précise par le biais du Code de discipline militaire, soit la partie III [mod. par L.C. 1998, ch. 35, art. 18] de la *Loi sur la défense nationale*, de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24, et du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui lui permettent d’intenter des poursuites contre des membres des Forces canadiennes qui ont commis des actes criminels à l’étranger.

[273] Cela dit, je note que la doctrine donne à penser, quoique dans un contexte policier, que lorsque les représentants du Canada agissent indépendamment des autorités de l’État d’accueil, il ne fait pas de doute que la Charte devrait s’appliquer : voir, par exemple, Kent Roach, « Editorial — *R. v. Hape* Creates Charter-Free Zones for Canadian Officials Abroad » (2007), 53 *Crim. L.Q.* 1, aux pages 3 et 4.

[274] Quel que soit son intérêt, toutefois, le résultat concret de l’utilisation du critère de l’« autorité réelle sur la personne » présenterait des difficultés lorsqu’il s’agit d’une opération militaire multinationale comme celle à laquelle le Canada participe actuellement en Afghanistan. En fait, cela crée une mosaïque de différentes normes juridiques nationales appliquées aux détenus afghans dans les différentes régions du pays et ce, de manière purement aléatoire.

[275] Ainsi, les insurgés afghans emprisonnés par les Forces canadiennes dans la province de Kandahar pourraient en fin de compte jouir de droits totalement différents de ceux des insurgés emprisonnés par les forces alliées de l’OTAN dans d’autres régions de l’Afghanistan, avec pour résultat un fouillis de systèmes

legal systems being imposed within the territory of a state whose sovereignty the international community has pledged to uphold.

[276] This would be a most unsatisfactory result, in the context of a United Nations-sanctioned multinational military effort, further suggesting that the appropriate legal regime to govern the military activities currently underway in Afghanistan is the law governing armed conflict—namely international humanitarian law.

[277] Indeed, international humanitarian law is a highly developed branch of international law comprised of both customary international law and treaties “that regulates the conduct of military operations and operated to protect civilians and other persons not actively participating in hostilities, and to mitigate harm to combatants themselves”: see Christopher K. Penny, “Domestic Reception and Application of International Humanitarian Law: Coming Challenges for Canadian Courts in the ‘Campaign Against Terror’” (paper presented to the International Conference on the Administration of Justice and National Security in Democracies, June 2007) (unpublished), at page 3.

[278] In particular, international humanitarian law prohibits the mistreatment of captured combatants: see Penny, cited above, at page 3.

[279] Moreover, international humanitarian law applies not only during times of war, but applies as well, albeit with some modifications, to non-international armed conflicts within the territory of High Contracting Parties: Penny, at page 5.

[280] The application of international humanitarian law to the situation of detainees in Afghanistan would not only give certainty to the situation, but would also provide a coherent legal regime governing the actions of the international community in Afghanistan.

[281] More fundamentally, it is difficult to reconcile the espousal of an “effective military control of the

juridiques étrangers imposés sur le territoire d’un État dont la communauté internationale s’est engagée à respecter la souveraineté.

[276] Dans le contexte d’une mission militaire internationale avalisée par les Nations Unies, ce serait un résultat des plus insatisfaisants. Cela donne à penser que le régime juridique qui devrait s’appliquer aux activités militaires en cours en Afghanistan est celui qui régit les conflits armés—nommément le droit humanitaire international.

[277] En fait, le droit humanitaire international est une branche fort évoluée du droit international qui comprend à la fois le droit international coutumier et le droit des traités [TRADUCTION] « qui régit la conduite des opérations militaires et a pour effet de protéger les civils et les autres personnes qui ne participent pas activement aux hostilités ainsi que d’atténuer les préjudices subis par les combattants » : voir Christopher K. Penny, « Domestic Reception and Application of International Humanitarian Law: Coming Challenges for Canadian Courts in the “Campaign Against Terror” » (communication au Colloque international sur l’administration de la justice et la sécurité nationale dans les démocraties, juin 2007, non publiée, à la page 3).

[278] Le droit humanitaire international interdit tout particulièrement d’infliger de mauvais traitements aux combattants capturés : voir la communication de M. Penny, précitée, à la page 3.

[279] En outre, le droit humanitaire international s’applique non seulement en temps de guerre, mais aussi, avec quelques aménagements, aux conflits armés non internationaux dans le territoire des hautes parties contractantes : voir la communication de M. Penny, précitée, à la page 5.

[280] L’application du droit humanitaire international aux prisonniers en Afghanistan assure non seulement de la certitude, mais propose un régime juridique cohérent pour régir les actions de la communauté internationale en Afghanistan.

[281] Plus fondamentalement, il est difficile de concilier l’adoption d’un critère de l’« autorité militaire

person” test with the teachings of the majority of the Supreme Court of Canada in *Hape*. This is especially so when *Hape* is read in conjunction with the Supreme Court’s previous pronouncement as to the extraterritorial application of the Charter in *Cook*.

[282] That is, the majority decision of the Supreme Court of Canada in *Hape* specifically rejected the control-based test that had been advocated by Justice Bastarache in *Cook* as a means of grounding the extraterritorial application of the Charter.

[283] Like *Hape*, *Cook* involved an off-shore criminal investigation by Canadian police officials. The accused was an American arrested in the United States by American authorities, on a warrant issued in connection with a Canadian extradition request. While he was detained in the United States, Canadian police officers interrogated the accused. He was not properly advised of his right to counsel as required by paragraph 10(b) of the Charter, and an issue subsequently arose as to the admissibility of a statement made by the accused at his trial in Canada.

[284] The majority in *Cook* held that the Charter could apply beyond Canada’s territorial boundaries in certain rare and limited circumstances. In finding that the Charter did have extraterritorial effect in that case, the majority identified two factors as critical to its conclusion. The first of these was that the impugned act fell within subsection 32(1) of the Charter. The second was the Court’s finding that to apply the Charter to the actions of the Canadian detectives in the United States did not, on the facts before the Court, interfere with the sovereign authority of the United States and thereby generate an objectionable extraterritorial effect: *Cook*, at paragraph 25.

[285] According to the majority decision in *Cook*, there was a fundamental difference between applying the Charter to American officials acting as agents of—or at the request of—Canadian law enforcement authorities, and applying the Charter to the Canadian authorities themselves: see paragraph 41.

réelle sur la personne » avec les enseignements de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Hape*. C’est encore plus vrai si on lit l’arrêt *Hape* au regard de la décision antérieure de la Cour suprême sur l’application extraterritoriale de la Charte dans l’arrêt *Cook*.

[282] Les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont précisément rejeté, dans l’arrêt *Hape*, le critère fondé sur la direction prôné par le juge Bastarache dans l’arrêt *Cook* comme moyen de fonder l’application extraterritoriale de la Charte.

[283] Comme l’arrêt *Hape*, l’arrêt *Cook* portait sur une enquête criminelle menée par des policiers canadiens à l’étranger. L’inculpé était un Américain arrêté aux États-Unis par les autorités américaines en vertu d’un mandat délivré relativement à une demande d’extradition du Canada. Des policiers canadiens se sont rendus aux États-Unis pour l’interroger pendant qu’il était emprisonné. On ne lui a pas correctement expliqué son droit à l’assistance d’un avocat, prévu à l’alinéa 10b) de la Charte, et lors de son procès au Canada, une question s’est posée quant à la recevabilité d’une déclaration de sa part.

[284] Les juges majoritaires ont indiqué, dans l’arrêt *Cook*, que la Charte peut s’appliquer hors des frontières du Canada dans des circonstances rares et limitées. Leur conclusion selon laquelle la Charte a une portée extraterritoriale dans cette affaire s’appuie sur deux facteurs cruciaux. Le premier est que l’acte reproché tombe sous le coup du paragraphe 32(1) de la Charte et le second, que l’application de la Charte aux actes des détectives canadiens aux États-Unis ne porte pas atteinte, selon les faits de l’espèce, à l’autorité souveraine des États-Unis et ne produit donc pas d’effet extraterritorial inacceptable : *Cook*, au paragraphe 25.

[285] Les juges majoritaires sont d’avis, dans l’arrêt *Cook*, qu’il existe une différence fondamentale entre l’application de la Charte à des fonctionnaires américains agissant comme mandataires ou à la demande des autorités policières canadiennes, et l’application de la Charte aux autorités canadiennes elles-mêmes : voir le paragraphe 41.

[286] In the view of the majority in *Cook*, jurisdictional competence under international law to apply the Charter to the actions of Canadian law enforcement authorities gathering evidence abroad could rest on the Canadian nationality of the police officers in question, rather than principles of territoriality: see paragraph 46.

[287] In his concurring decision, Justice Bastarache (writing for himself and Justice Gonthier) found that there was no conflict between an interpretation of subsection 32(1) of the Charter which favoured its application to activities of Canadian officials conducting investigations off-shore, and international law principles of territorial jurisdiction: see *Cook*, at paragraph 117.

[288] For Justice Bastarache, in considering the application of the Charter to cooperative off-shore investigations involving Canadian officials and foreign officials, the key was to determine who was in control of the specific feature of the investigation which allegedly resulted in the Charter breach: see *Cook*, at paragraph 126.

[289] In Justice Bastarache's view, if it was the foreign authority that was responsible for the circumstances giving rise to the Charter breach, then the Charter would not apply. However, if it was the Canadian officials who were primarily responsible for obtaining the disputed evidence in a manner which violated the Charter, then, in Justice Bastarache's opinion, the Charter should apply: see *Cook*, at paragraph 127.

[290] Again writing for a concurring minority in *Hape*, Justice Bastarache proposed refinements to his earlier opinion in *Cook*. However, he remained firmly of the view that Canadian authorities must abide by Charter standards when they act independently during foreign investigations.

[291] Justice Bastarache was of the view that in situations such as that which arose in *Hape*, where the host state took part in the investigation by subjecting the Canadian police authorities to its laws, the Charter should still apply to the Canadian officers.

[292] However, in Justice Bastarache's view, there would be no Charter violation where the Canadian

[286] De l'avis des juges majoritaires dans l'arrêt *Cook*, en droit international, la compétence permettant d'appliquer la Charte aux actes des autorités policières canadiennes qui recueillent des preuves à l'étranger repose sur la nationalité des policiers en question plutôt que sur des principes de territorialité : voir le paragraphe 46.

[287] Dans ses motifs concordants, le juge Bastarache (s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Gonthier) conclut qu'une interprétation du paragraphe 32(1) de la Charte favorable à son application aux actes de fonctionnaires canadiens enquêtant à l'étranger ne se heurte pas aux principes du droit international en matière de compétence territoriale : voir *Cook*, au paragraphe 117.

[288] Selon le juge Bastarache, pour décider si la Charte s'applique aux enquêtes menées à l'étranger en collaboration par des fonctionnaires canadiens et étrangers, il est essentiel d'établir qui dirigeait l'aspect de l'enquête qui est présumé avoir porté atteinte à la Charte : voir *Cook*, au paragraphe 126.

[289] De l'avis du juge Bastarache, si les événements qui ont conduit à la violation de la Charte sont imputables à l'autorité étrangère, ces activités ne tombent pas sous le coup de la Charte. Par contre, si l'obtention des éléments de preuve contestés de façon contraire à la Charte est principalement imputable aux fonctionnaires canadiens, il estime qu'elle s'applique : voir *Cook*, au paragraphe 127.

[290] Dans ses motifs minoritaires concordants de l'arrêt *Hape*, le juge Bastarache précise le point de vue qu'il avait exprimé dans *Cook* et reste fermement convaincu que les autorités canadiennes doivent respecter la Charte lorsqu'elles agissent seules au cours d'une enquête à l'étranger.

[291] Le juge Bastarache est d'avis que dans des cas où, comme dans l'arrêt *Hape*, l'État d'accueil prend part à l'enquête en soumettant les autorités policières canadiennes à l'empire de ses lois, la Charte s'applique quand même aux policiers canadiens.

[292] Toutefois, il n'y a pas d'atteinte à la Charte, de l'avis du juge Bastarache, si les policiers canadiens

officers abide by the laws of the host state, unless those procedures are so fundamentally inconsistent with fundamental human rights that it was unreasonable for Canadian officers to have participated: *Hape*, at paragraphs 171 and 178.

[293] It is in this context that the majority reasoning in *Hape* must then be revisited. It would have been open to the majority in *Hape* to base their finding that the Charter did not apply to the police search in the Turks and Caicos on the fact that the Canadian police authorities did not have control over the situation. Indeed, this would have been a very simple and straightforward basis for defining the extraterritorial reach of the Charter, as had been suggested by Justice Bastarache in *Cook*. However, the majority chose not to endorse this approach, relying instead on the “consent” test discussed previously.

[294] Thus in *Hape*, the Supreme Court of Canada seemingly rejected Canadian control over activities taking place on foreign soil as a basis for extending Canadian Charter jurisdiction to protect individuals affected by those activities, in favour of its consent-based test.

[295] While there are substantial factual distinctions between the police activities in issue in *Cook* and *Hape*, and the military activities in issue here, the international law analysis provided by the majority in *Hape* to support its endorsement of the “consent” test has equal application to this case.

[296] Moreover, both military detentions and police searches and seizures involve the invasion of “the private sphere of persons,” which invasion is “paradigmatic of state sovereignty”: *Hape*, at paragraph 87. According to the Supreme Court, such actions can only be authorized by the host state.

[297] In this case, the scope of the authority given to Canada by the Government of Afghanistan to detain individuals on its soil is limited, and specifically contemplates that Canadian actions in this regard be governed by international law. In addition, it is clear from a review of the documentation governing the

respectent les lois de l’État d’accueil, à moins que celles-ci ne soient si incompatibles avec les droits fondamentaux de l’homme que la participation des policiers canadiens serait déraisonnable : *Hape*, aux paragraphes 171 et 178.

[293] C’est ainsi qu’il faut réexaminer le point de vue des juges majoritaires dans l’arrêt *Hape*. Ceux-ci auraient pu fonder leur conclusion que la Charte ne s’applique pas aux fouilles et aux perquisitions dans les îles Turks et Caicos sur le fait que les autorités policières canadiennes n’avaient pas de contrôle sur la situation. En fait, cela aurait fourni un fondement simple et clair à la définition de la portée extraterritoriale de la Charte, comme le proposait le juge Bastarache dans l’arrêt *Cook*. Toutefois, les juges majoritaires n’ont pas retenu cette approche, préférant invoquer le critère du « consentement » analysé ci-dessus.

[294] Ainsi, dans l’arrêt *Hape*, la Cour suprême du Canada a apparemment rejeté le critère de la direction canadienne d’activités se déroulant en territoire étranger comme fondement permettant d’étendre l’application de la Charte canadienne aux personnes touchées par ces activités, lui préférant le critère fondé sur le consentement.

[295] Il y a d’importantes différences factuelles entre les activités policières dans les affaires *Cook* et *Hape* et les activités militaires en cause en l’espèce, mais l’analyse du droit international effectuée par les juges majoritaires dans l’arrêt *Hape* à l’appui de son choix du critère du « consentement » s’applique en l’espèce.

[296] En outre, tant l’emprisonnement par les forces militaires que les fouilles, perquisitions et saisies par les services policiers sont une immixtion dans « la vie privée d’une personne », cette immixtion étant « un attribut de la souveraineté étatique » : voir *Hape*, au paragraphe 87. La Cour suprême est d’avis que seul l’État d’accueil peut autoriser de tels actes.

[297] En l’espèce, la portée de l’autorité consentie par le gouvernement afghan au Canada d’emprisonner des personnes sur son territoire est limitée et il est expressément prévu que les actes du Canada à cet égard sont régis par le droit international. En outre, l’examen des documents régissant la relation entre l’Afghanistan

relationship between Afghanistan and Canada that the rights to be accorded to detainees are those guaranteed by the Afghan constitution, and by international law.

[298] As a consequence, I cannot accept the applicants' argument that the Charter applies to the conduct of members of the Canadian Forces in relation to detainees held by Canadian military personnel on Afghan soil, based upon the degree of control that the Canadian Forces exert over the detainees.

(e) Conclusion with Respect to the First Question

[299] In summary, and for the foregoing reasons, the Court finds that the "effective military control of the person" test advocated by the applicants as the proper basis for establishing Charter jurisdiction is not appropriate in the context of a multinational military operation such as that which is currently under way in Afghanistan. Moreover, the use of such a control-based test as a legal basis on which to found Charter jurisdiction has been specifically rejected by the Supreme Court of Canada in *R. v. Hape*.

[300] Furthermore, the Government of Afghanistan has not consented to the application of the full range of Canadian laws, including the Charter, to individuals held in detention by Canadian Forces personnel on Afghan soil. In particular, the Government of Afghanistan has not consented to having Canadian Charter rights conferred on its citizens, within its territorial limits.

[301] As a consequence, the answer to the first question is "no".

[302] This conclusion thus mandates that the Court address the second question posed by the motion.

V. IF THE ANSWER TO THE ABOVE QUESTION IS "NO" THEN WOULD THE CHARTER NONETHELESS APPLY IF THE APPLICANTS WERE ULTIMATELY ABLE TO ESTABLISH THAT THE TRANSFER OF THE DETAINEES IN QUESTION WOULD EXPOSE THEM TO A SUBSTANTIAL RISK OF TORTURE?

[303] The applicants submit that even if the Government of Afghanistan has not consented to

et le Canada montre clairement que les droits accordés aux prisonniers sont ceux que garantissent la constitution afghane et le droit international.

[298] Par conséquent, je ne peux accepter la prétention des demandresses selon laquelle la Charte s'applique à la conduite des membres des Forces canadiennes relativement aux personnes qu'elles détiennent en sol afghan en raison du degré d'autorité que les Forces canadiennes exercent à l'endroit de ces prisonniers.

e) Conclusion au regard de la première question

[299] En résumé et pour les motifs qui précèdent, la Cour conclut que le critère de l'« autorité militaire réelle sur la personne » prôné par les demandresses comme fondement pertinent à l'application de la Charte ne convient pas à une opération militaire multinationale du type de celle qui se déroule actuellement en Afghanistan. En outre, l'utilisation d'un tel critère d'autorité comme fondement juridique à l'application de la Charte a été précisément rejetée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Hape*.

[300] Qui plus est, le gouvernement afghan n'a pas consenti à l'application de l'ensemble des lois canadiennes, y compris de la Charte, aux personnes emprisonnées par les Forces canadiennes en sol afghan. Plus précisément, il n'a pas consenti à ce que les droits accordés par la Charte canadienne soient conférés à ses ressortissants à l'intérieur de son territoire.

[301] Par conséquent, la réponse à la première question est « non ».

[302] Cette conclusion impose à la Cour de répondre à la seconde question soulevée par la présente requête.

V. SI LA RÉPONSE À LA QUESTION PRÉCÉDENTE EST « NON », LA CHARTE S'APPLIQUE-T-ELLE NÉANMOINS SI LES DEMANDERESSES SONT FINALEMENT EN MESURE D'ÉTABLIR QUE LE TRANSFÈREMENT DES DÉTENUS EN QUESTION EXPOSE CEUX-CI À UN RISQUE SÉRIEUX DE TORTURE?

[303] Les demandresses allèguent que si les droits fondamentaux des personnes emprisonnées par les

detainees in the custody of the Canadian Forces in Afghanistan being granted Charter rights, the Charter must nevertheless apply if the fundamental human rights of the detainees are at stake.

[304] In support of this contention, the applicants observe that the right to be free from torture is a fundamental human right. It is not only codified in international conventions, but it is also a *jus cogens* rule of international law that is non-derogable, even in times of war: see the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, Schedules I-IV, Common Article 3; the *International Covenant on Civil and Political Rights*; the *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, article 2, paragraph 2; and *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 61-65.

[305] Moreover, the applicants cite the majority decision of the Supreme Court of Canada in *Hape*, where, they say, Justice LeBel specifically left open the possibility that the Charter could have extraterritorial application in cases where fundamental human rights are at stake.

[306] In this regard, the applicants point to the following statement in the majority decision in *Hape*, at paragraph 52:

In an era characterized by transnational criminal activity and by the ease and speed with which people and goods now cross borders, the principle of comity encourages states to cooperate with one another in the investigation of transborder crimes even where no treaty legally compels them to do so. At the same time, states seeking assistance must approach such requests with comity and respect for sovereignty. Mutuality of legal assistance stands on these two pillars. Comity means that when one state looks to another for help in criminal matters, it must respect the way in which the other state chooses to provide the assistance within its borders. That deference ends where clear violations of international law and fundamental human rights begin. If no such violations are in issue, courts in Canada should interpret Canadian law, and approach assertions of foreign law, in a manner respectful of the spirit of international cooperation and the comity of nations. [Emphasis added.]

Forces canadiennes en Afghanistan sont en jeu, la Charte doit néanmoins s'appliquer, même si les autorités afghanes n'ont pas consenti à ce que les droits garantis par la Charte leur soient accordés.

[304] Les demanderesse font valoir à l'appui de leur allégation que le droit de ne pas être soumis à la torture est un droit fondamental de l'homme. Non seulement il est codifié dans des conventions internationales, mais il s'agit aussi d'une norme impérative du droit international à laquelle il ne peut y avoir de dérogation, même en temps de guerre : voir la *Loi sur les Conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, annexes I à IV, article 3 commun; le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*; la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, paragraphe 2(2); et *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 61 à 65.

[305] Les demanderesse citent en outre la décision majoritaire de la Cour suprême du Canada dans *Hape*; selon elles, le juge LeBel envisage précisément la possibilité que la Charte puisse avoir une application extraterritoriale quand les droits fondamentaux de l'homme sont en jeu.

[306] Les demanderesse soulignent à ce propos la déclaration suivante dans la décision majoritaire de *Hape*, au paragraphe 52 :

À une époque où l'activité criminelle revêt souvent un caractère transnational et où personnes et biens franchissent aisément et rapidement les frontières, le principe de la courtoisie incite les États à collaborer les uns avec les autres pour élucider les crimes transfrontaliers même lorsque aucun traité ne les y oblige légalement. L'État qui sollicite une assistance doit cependant le faire avec courtoisie et avec égard pour la souveraineté de l'autre État. L'entraide juridique repose sur ces deux piliers. La courtoisie veut que l'État qui demande de l'aide en matière criminelle respecte les moyens employés par l'autre État sur son territoire. Ce respect cesse dès la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne. À défaut d'une telle atteinte, les tribunaux canadiens doivent interpréter le droit canadien et considérer le droit étranger invoqué d'une manière qui respecte l'esprit de la collaboration et de la courtoisie internationales. [Non souligné dans l'original.]

[307] Moreover, the applicants note that this sentiment was echoed later in the majority decision, with Justice LeBel stating, at paragraph 101 that:

Moreover, there is an argument that comity cannot be invoked to allow Canadian authorities to participate in activities that violate Canada's international obligations. As a general rule, Canadian officers can participate in investigations abroad, but must do so under the laws of the foreign state. The permissive rule that allows Canadian officers to participate even when there is no obligation to do so derives from the principle of comity; the rule that foreign law governs derives from the principles of sovereign equality and non-intervention. But the principle of comity may give way where the participation of Canadian officers in investigative activities sanctioned by foreign law would place Canada in violation of its international obligations in respect of human rights. In such circumstances, the permissive rule might no longer apply and Canadian officers might be prohibited from participating. I would leave open the possibility that, in a future case, participation by Canadian officers in activities in another country that would violate Canada's international human rights obligations might justify a remedy under s. 24(1) of the Charter because of the impact of those activities on Charter rights in Canada. [Emphasis added.]

[308] Given that this case involves the detainees' right to freedom from torture, the applicants say that fundamental human rights norms are at stake. This, the applicants argue, gives rise to the "fundamental human rights exception" to the general rule against the extraterritorial application of the Charter, an exception that the applicants submit was explicitly recognized by the majority decision in *Hape*.

[309] There are several difficulties with the applicants' position in this regard.

[310] Surely Canadian law, including the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, either applies in relation to the detention of individuals by the Canadian Forces in Afghanistan, or it does not. It cannot be that the Charter will not apply where the breach of a detainee's purported Charter rights is of a minor or technical nature, but will apply where the breach puts the detainee's fundamental human rights at risk.

[307] Les demandresses relèvent également que ce point de vue est repris plus loin dans la décision majoritaire, quand le juge LeBel écrit ce qui suit, au paragraphe 101 :

Qui plus est, on peut soutenir que la courtoisie ne saurait justifier les autorités canadiennes de participer à des activités contraires aux obligations internationales du Canada. En règle générale, un policier canadien peut prendre part à une enquête à l'étranger, mais il doit alors se soumettre aux lois de l'État d'accueil. La règle autorisant un policier canadien à participer à une enquête même s'il n'y a aucune obligation en ce sens est issue du principe de courtoisie. La règle de l'application du droit étranger découle des principes d'égalité souveraine et de non-intervention. Or le principe de courtoisie peut cesser de justifier la participation d'un policier canadien à une activité d'enquête permise par le droit étranger lorsque cette participation emporterait le manquement du Canada à ses obligations internationales en matière de droits de la personne. En pareil cas, la règle « permissive » ne peut plus s'appliquer, et la participation du policier canadien peut être frappée d'interdiction. Je n'écarte pas la possibilité que, dans un pourvoi ultérieur, la participation de policiers canadiens à des actes à l'étranger qui contreviendraient aux obligations internationales du Canada au chapitre des droits de la personne puisse fonder l'octroi d'une réparation suivant le par. 24(1) en raison de l'incidence de ces actes sur un droit garanti par la Charte au Canada. [Non souligné dans l'original.]

[308] L'affaire portant sur le droit des prisonniers de ne pas être soumis à la torture, les demandresses soutiennent que les normes relatives aux droits fondamentaux de l'homme sont en jeu. Selon elles, cela donne lieu à l'« exception au titre des droits fondamentaux de l'homme » à la règle générale de la non-application extraterritoriale de la Charte, exception que la décision majoritaire dans *Hape* a explicitement reconnue.

[309] La position des demandresses à cet égard présente plusieurs difficultés.

[310] Assurément, soit le droit canadien, *Charte canadienne des droits et libertés* comprise, s'applique à l'emprisonnement des personnes par les Forces canadiennes en Afghanistan, soit il ne s'applique pas. Cela n'est pas tenable que la Charte ne s'applique pas en cas de violation mineure ou technique des droits que la Charte garantit censément à un détenu, mais qu'elle s'applique si du fait de la violation, les droits fondamentaux de ce détenu se trouvent en jeu.

[311] That is, it cannot be that it is the nature or quality of the Charter breach that creates extraterritorial jurisdiction, where it does not otherwise exist. That would be a completely unprincipled approach to the exercise of extraterritorial jurisdiction.

[312] I agree with the respondents that to find that the Charter applies, where Charter jurisdiction does not otherwise exist, as a result of the gravity of the impugned actions or their effects, conflates the question of the existence of Charter jurisdiction with the question of whether a fundamental right has been infringed.

[313] Indeed, this sort of “cause and effect” approach to extraterritorial jurisdiction was specifically rejected by the European Court of Human Rights in *Banković*, precisely because it conflated the question of jurisdiction with the question of whether an individual’s rights had been violated: at paragraph 75.

[314] Moreover, to assert extraterritorial Charter jurisdiction based on a qualitative analysis of the nature or gravity of the breach would surely lead to tremendous uncertainty on the part of Canadian state actors “on the ground” in foreign countries.

[315] Furthermore, a close reading of the majority decision in *Hape* does not support such a basis for asserting the extraterritorial reach of the Charter.

[316] That is, the majority in *Hape* is saying that Canadian officials operating outside of Canada cannot act in a way that violates Canada’s international human rights obligations—quite independently of any obligations that they might otherwise have under the Charter.

[317] Such an interpretation of the majority decision in *Hape* is borne out by the Supreme Court’s comments, at paragraph 90 of the decision, where the majority stated that:

The only reasonable approach is to apply the law of the state in which the activities occur, subject to the *Charter’s* fair trial safeguards and to the limits on comity that may prevent Canadian officers from participating in activities that, though

[311] Autrement dit, ce ne peut être la nature ou la qualité de la violation de la Charte qui crée la compétence extraterritoriale, qui par ailleurs n’existe pas. Ce serait une façon entièrement arbitraire d’exercer cette compétence extraterritoriale.

[312] Je conviens avec les défendeurs que conclure que la Charte s’applique alors qu’il n’existe pas par ailleurs de compétence en vertu de celle-ci, du fait de la gravité des actes reprochés ou de leurs effets, soulève en même temps la question de l’existence de la compétence en vertu de la Charte et celle de décider s’il y a eu violation d’un droit fondamental.

[313] Cette conception « causale » de la compétence extraterritoriale a d’ailleurs été expressément rejetée par la Cour européenne des Droits de l’Homme dans *Banković*, au paragraphe 75, précisément parce qu’elle soulève en même temps la question de la compétence et celle de décider s’il y a eu violation des droits d’une personne.

[314] Qui plus est, le fait d’affirmer la compétence extraterritoriale de la Charte d’après une analyse qualitative de la nature ou de la gravité de la violation entraînerait à coup sûr une incertitude extrême chez les acteurs étatiques du Canada qui interviennent « sur le terrain » à l’étranger.

[315] J’ajoute qu’une lecture attentive de la décision majoritaire dans *Hape* ne permet pas de fonder ainsi l’effet extraterritorial de la Charte.

[316] En effet, selon la majorité dans *Hape*, les fonctionnaires canadiens intervenant à l’étranger ne peuvent agir en violation des obligations internationales du Canada en matière de droits de l’homme—tout à fait indépendamment des obligations que la Charte pourrait leur imposer par ailleurs.

[317] Cette interprétation de la décision majoritaire dans *Hape* est étayée par le paragraphe 90, où la majorité déclare :

La seule solution raisonnable reste l’application du droit de l’État où les actes ont lieu, sous réserve du droit constitutionnel à un procès équitable et des limites de la courtoisie susceptibles d’empêcher un policier canadien de prendre part à une mesure

authorized by the laws of another state, would cause Canada to be in violation of its international obligations in respect of human rights. [Emphasis added.]

[318] It does not follow from the fact that international human rights law obligations may operate to constrain the off-shore activities of Canadian state actors that the Charter therefore applies to those activities.

[319] Moreover, my interpretation of the majority decision in *Hape* is borne out by a review of the concurring opinions in that case.

[320] That is, it is clear from Justice Binnie's decision that he does not read the reasons of the majority as suggesting that the fact that fundamental human rights may be at stake in a given case would create Charter jurisdiction where it would not otherwise exist. Indeed, his concern is with the majority's conclusion that it is Canada's international human rights obligations that would govern the conduct of Canadian state actors in such circumstances, and not the Charter.

[321] This is evidenced by the fact that, at paragraph 186 of his decision, Justice Binnie criticizes the majority decision, noting that in endeavouring to "fill the gap" created by the majority's rejection of extraterritorial Charter jurisdiction, Justice LeBel "would substitute Canada's 'international human rights obligations', as a source of limitation on state power."

[322] In Justice Binnie's view, the substitution of Canada's international human rights obligations as the applicable extraterritorial standard, in lieu of Charter guarantees, is wholly unsatisfactory, as "the content of such obligations is weaker and their scope is more debatable than *Charter* guarantees."

[323] Justice Bastarache's reasons also interpret the majority decision as substituting international human rights law for Charter guarantees as the legal regime to be applied in striking a balance between Canada's ability to conduct its extraterritorial activities, and fundamental human rights: see *Hape*, at paragraph 125.

qui, même si elle est autorisée par le droit de l'État d'accueil, ferait en sorte que le Canada manque à ses obligations internationales quant au respect des droits de la personne. [Non souligné dans l'original.]

[318] Ce n'est pas parce que les obligations découlant du droit international des droits de l'homme restreignent peut-être les activités à l'étranger des représentants du Canada que la Charte s'applique à ces activités.

[319] Mon interprétation de la décision majoritaire dans *Hape* s'appuie en outre sur un examen des avis concordants dans l'arrêt.

[320] Il est évident en effet d'après la décision du juge Binnie que pour lui, les motifs de la majorité ne tendent pas à indiquer que le fait que les droits fondamentaux de l'homme soient en jeu dans une affaire crée une compétence au titre de la Charte qui sinon n'existerait pas. Ses réserves portent en fait sur la conclusion de la majorité selon laquelle ce sont les obligations internationales du Canada au chapitre des droits de l'homme, et non la Charte, qui régiraient en pareil cas la conduite de ses représentants.

[321] En témoigne sa critique de la décision majoritaire au paragraphe 186 de sa décision, où il souligne qu'afin de « combler le vide » créé par le fait que la majorité rejette l'application extraterritoriale de la Charte, le juge LeBel « propose, pour circonscrire le pouvoir de l'État, de s'en remettre aux "obligations internationales [du Canada] en matière de droits de la personne" ».

[322] Le juge Binnie ne se satisfait pas du tout de ce que ces obligations internationales du Canada au chapitre des droits de l'homme deviennent la norme extraterritoriale applicable au lieu des garanties de la Charte : « La teneur de ces obligations est moindre et leur portée est plus discutable que celles des garanties de la *Charte* ».

[323] De même, selon l'interprétation que le juge Bastarache fait de la décision majoritaire au paragraphe 125, celle-ci substitue le droit international des droits de l'homme aux garanties de la Charte comme régime juridique à appliquer en équilibrant la capacité du Canada de mener ses activités extraterritoriales et les droits fondamentaux de l'homme.

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

[325] The majority decision in *Hape* did leave open the possibility that the participation by Canadian officials operating overseas in activities that would breach Canada’s international obligations might justify a remedy under subsection 24(1) of the Charter, because of the impact of those activities on Charter rights in Canada: see *Hape*, at paragraph 101.

[326] It is, however, difficult to see how the conduct of the Canadian Forces in Afghanistan that is in issue in this case would have an impact on Charter rights in Canada.

[327] Moreover, for the reasons given earlier in this decision, I have found that detainees do not possess rights under the Canadian Charter, but rather enjoy the rights conferred on them by the Afghan Constitution and by international law, including, in particular, international humanitarian law.

[328] As a consequence, the Charter would not apply to restrain the conduct of the Canadian Forces in Afghanistan, even if the applicants were ultimately able to establish that the transfer of the detainees in question would expose them to a substantial risk of torture. The answer to the second question is therefore, “no”.

VI. CONCLUSION

[329] In *Hape*, Justice Binnie cautioned the majority against issuing far-reaching pronouncements limiting the extraterritorial reach of the Charter. As he observed, other cases, including this one, raise “serious questions of the utmost importance have arisen respecting the extent to which, if at all, a constitutional bill of rights follows the flag when state security and police authorities operate outside their home territory”: *Hape*, at paragraph 184.

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

[325] La décision majoritaire dans *Hape* n’a pas écarté la possibilité que la participation de fonctionnaires canadiens à des actes à l’étranger qui contreviendraient aux obligations internationales du Canada puisse justifier une réparation suivant le paragraphe 24(1) de la Charte en raison de l’incidence de ces actes sur des droits garantis par la Charte au Canada : voir *Hape*, au paragraphe 101.

[326] Or, il est difficile de se représenter comment la conduite des Forces canadiennes en Afghanistan dont il s’agit en l’espèce pourrait influencer sur des droits garantis par la Charte au Canada.

[327] Qui plus est, pour les motifs que j’ai exposés ci-dessus, j’ai conclu que les prisonniers ne jouissent pas des droits que garantit la Charte, mais de ceux que leur confèrent la constitution afghane et le droit international, y compris et surtout le droit humanitaire international.

[328] La Charte ne pourrait donc s’appliquer pour restreindre la conduite des Forces canadiennes en Afghanistan, même si les demanderesse étaient finalement en mesure d’établir que le transfèrement des détenus en cause expose ceux-ci à un risque sérieux de torture. La réponse à la deuxième question est en conséquence « non ».

VI. CONCLUSION

[329] Au paragraphe 184 de l’arrêt *Hape*, le juge Binnie met en garde la majorité de ne pas rendre des décisions de grande portée qui limiteraient l’application extraterritoriale de la Charte. Il fait observer que d’autres affaires, dont celle-ci en l’espèce, soulèvent « des questions graves et de la plus haute importance [...] quant à la mesure dans laquelle, le cas échéant, une charte des droits inscrite dans la Constitution continue de régir à l’étranger les autorités chargées de la sûreté de l’État et du respect de la loi ».

[330] It is not for this Court to second-guess the choices made by the Supreme Court of Canada. Rather, it is the Court's duty to follow the Supreme Court's teachings, in so far as they apply to the facts of the case at hand.

[331] The majority of the Supreme Court of Canada has stated clearly and categorically in *Hape* that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* will not ordinarily have extraterritorial effect except where the consent of the host state has been given to its application. No such consent has been provided by the Government of Afghanistan in this case.

[332] Moreover, the "effective military control" test advocated by the applicants as a basis for extending the extraterritorial reach of the Charter has not been generally accepted in international law. In addition, one cannot reconcile the use of such a "control of the person" based test with the reasoning of the majority in *Hape*.

[333] Finally, the majority decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Hape* does not create an exceptional basis for asserting the extraterritorial reach of the Charter where fundamental human rights are at stake.

[334] The problems that would result from a finding that the Charter did apply to the conduct of the Canadian Forces in relation to the multinational military operation in Afghanistan have been discussed earlier in this decision. One is the patchwork of different national legal norms that would apply with respect to detained Afghan citizens in different parts of Afghanistan, depending on the nationality of the military forces who detained them, and the human rights protections afforded by the domestic laws of the detaining country.

[335] A second concern is that a finding that the Charter applies to the actions of the Canadian Forces, in circumstances where the Government of Afghanistan has not consented to its application would, according to the Supreme Court, necessarily result in an impermissible encroachment on the sovereignty of Afghanistan.

[336] At the same time, a number of concerns also flow from the Court's finding that the Charter does not apply in the circumstances of this case.

[330] Il n'appartient pas à la Cour de remettre en question les choix de la Cour suprême du Canada. La Cour se doit au contraire de suivre les enseignements de celle-ci dans la mesure où ils s'appliquent aux faits de l'espèce.

[331] Dans *Hape*, la Cour suprême du Canada a affirmé à la majorité, clairement et sans équivoque, que la *Charte canadienne des droits et libertés* n'a ordinairement d'effet extraterritorial qu'avec le consentement de l'État d'accueil. En l'espèce, l'Afghanistan n'a pas donné ce consentement.

[332] En outre, le critère de l'« autorité militaire réelle » préconisé par les demanderesse pour permettre d'élargir la portée extraterritoriale de la Charte n'est pas de façon générale accepté en droit international. Qui plus est, on ne peut concilier l'utilisation d'un tel critère fondé sur l'« autorité sur la personne » avec le raisonnement de la majorité dans *Hape*.

[333] Enfin, la décision majoritaire de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Hape* ne crée pas d'exception pour établir l'extraterritorialité de la Charte quand des droits fondamentaux de l'homme sont en jeu.

[334] La Cour a analysé ci-dessus les problèmes qu'entraînerait une conclusion que la Charte s'applique à la conduite des Forces canadiennes relativement à l'opération militaire multinationale en Afghanistan. L'un est la mosaïque des différentes normes juridiques nationales qui s'appliqueraient aux ressortissants afghans emprisonnés dans différentes parties de leur pays, en fonction de l'État dont relèvent les forces militaires les détenant, et des protections des droits de l'homme prévues par les lois nationales de cet État.

[335] Un deuxième problème est qu'une conclusion que la Charte s'applique aux actes des Forces canadiennes dans les cas où l'Afghanistan n'y a pas consenti entraînerait obligatoirement, selon la Cour suprême, une atteinte inadmissible à la souveraineté afghane.

[336] De façon concomitante, la conclusion de la Cour que la Charte ne s'applique pas aux faits de l'espèce entraîne un certain nombre d'inquiétudes.

[337] As was noted by Justice Binnie in *Hape*, the content of human rights protections provided by international law is weaker, and their scope more debatable than Charter guarantees: see *Hape*, at paragraph 186.

[338] Moreover, the enforcement mechanisms for those standards may not be as robust as those available under the Charter, and have even been described as “rather gentle”: see Roach, previously cited, at page 2.

[339] The potential weaknesses in these enforcement mechanisms is particularly troubling, in light of the serious concerns that have been raised by the applicants with respect to the efficacy of the safeguards that have been put into place to protect detainees transferred into the custody of Afghan prison officials by the Canadian Forces: see *Amnesty No. 2*, at paragraph 111.

[340] It is also troubling that while Canada can prosecute members of its military after the fact for mistreating detainees under their control, a constitutional instrument whose primary purpose is, according to the Supreme Court, to limit the exercise of the authority of state actors so that breaches of the Charter are prevented, will not apply to prevent that mistreatment in the first place.

[341] It must also be observed that this case does not involve “human rights imperialism,” with the applicants endeavouring to have Canadian standards imposed on government officials and citizens of another country, in that country’s territory. Rather, what the applicants seek to restrain is the conduct of Canada’s own military forces, in relation to decisions and individuals entirely within their control.

[342] That said, the Supreme Court of Canada has carefully considered the scope of the Charter’s extraterritorial reach in *R. v. Hape*, and has concluded that its reach is indeed very limited. Applying the Supreme Court’s reasoning in *Hape* to the facts of this case leads to the conclusion that the Charter does not apply to the actions of the Canadian Forces in Afghanistan in issue here.

[337] Ainsi que le souligne le juge Binnie dans *Hape*, au paragraphe 186, la protection des droits de l’homme que prévoit le droit international est moindre et sa portée plus discutable que les garanties de la Charte.

[338] En outre, les mécanismes d’application de ces normes ne sont peut-être pas aussi rigoureux que ceux qui existent en vertu de la Charte et ont même été qualifiés de [TRADUCTION] « plutôt souples » : voir Roach, précité, à la page 2.

[339] Les faiblesses possibles de ces mécanismes d’application sont particulièrement troublantes, étant donné les graves inquiétudes qu’ont soulevées les demanderesse à propos de l’efficacité des garanties mises en place pour protéger les prisonniers que les Forces canadiennes ont transférés sous la garde des responsables de l’administration pénitentiaire afghane : voir *Amnesty n° 2*, au paragraphe 111.

[340] Il est également troublant que le Canada puisse poursuivre *a posteriori* ses propres militaires pour mauvais traitements de détenus dont ils avaient le contrôle, mais qu’un instrument constitutionnel dont l’objet premier, selon la Cour suprême, est de restreindre l’exercice de l’autorité des acteurs étatiques en vue de prévenir toute violation de la Charte ne s’applique pas pour prévenir les mauvais traitements dès le départ.

[341] Il faut souligner qu’il ne s’agit pas en l’espèce « d’impérialisme des droits de l’homme », les demanderesse tentant de faire imposer des normes canadiennes à des fonctionnaires et à des ressortissants d’un autre pays, qui se trouvent sur le territoire de ce pays. Les demanderesse s’efforcent plutôt de limiter la conduite de militaires canadiens à propos de décisions et de personnes dont ils ont entièrement le contrôle.

[342] Cela dit, la Cour suprême du Canada a soigneusement réfléchi dans *R. c. Hape* à la portée extraterritoriale de la Charte et a conclu qu’elle est réellement très limitée. L’application du raisonnement de la Cour suprême dans *Hape* aux faits de l’espèce amène à conclure que la Charte ne s’applique pas aux actes des Forces canadiennes en Afghanistan dont il s’agit en l’espèce.

[343] Before concluding, it must be noted that the finding that the Charter does not apply does not leave detainees in a legal “no-man’s land,” with no legal rights or protections. The detainees have the rights conferred on them by the Afghan Constitution. In addition, whatever their limitations may be, the detainees also have the rights conferred on them by international law, and, in particular, by international humanitarian law.

[344] It must also be observed that members of the Canadian Forces cannot act with impunity with respect to the detainees in their custody. Not only can Canadian military personnel face disciplinary sanctions and criminal prosecution under Canadian law should their actions in Afghanistan violate international humanitarian law standards, in addition, they could potentially face sanctions or prosecutions under international law.

[345] Indeed, serious violations of the human rights of detainees could ultimately result in proceedings before the International Criminal Court, pursuant to the *Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998 [2187 U.N.T.S. 90].

[346] For the foregoing reasons, the questions posed by this motion should be answered as follows:

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

NO

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

NO

[347] As was noted at the outset of this decision, the parties are in agreement that if the Court were to answer

[343] Il faut souligner avant de conclure que les prisonniers ne se retrouvent pas dans un vide juridique, sans droit ou protection, du fait de la conclusion que la Charte ne s’applique pas. Ils ont les droits que leur confère la constitution afghane. Ils ont aussi les droits que leur confèrent le droit international et le droit humanitaire international en particulier, quelles qu’en soient les limites.

[344] Il convient en outre de signaler que les membres des Forces canadiennes ne peuvent agir dans l’impunité à l’égard des prisonniers dont ils ont la garde. Les militaires canadiens sont passibles non seulement de sanctions disciplinaires et de poursuites criminelles en vertu du droit canadien si les actes qu’ils commettent en Afghanistan contreviennent aux normes juridiques du droit humanitaire international, mais aussi de sanctions ou de poursuites en vertu du droit international.

[345] À vrai dire, de graves violations des droits de l’homme des détenus pourraient au bout du compte entraîner des procédures devant la Cour pénale internationale en vertu du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998 [2187 R.T.N.U. 90].

[346] Pour les motifs exposés ci-dessus, les réponses à apporter aux questions posées dans la requête sont les suivantes :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* s’applique-t-elle, durant le conflit armé en Afghanistan, à la détention de non-ressortissants du Canada par les Forces canadiennes ou à leur transfèrement aux autorités afghanes pour qu’elles décident des mesures à prendre à leur égard?

NON

2. Si la réponse à la question précédente est « non », la Charte s’applique-elle néanmoins si les demanderesse sont finalement en mesure d’établir que le transfèrement des détenus en question expose ceux-ci à un risque sérieux de torture?

NON

[347] Ainsi qu’il a été souligné dès le début de la décision, les parties sont convenues que si la Cour

both questions in the negative, it follows that the application for judicial review must necessarily be dismissed, as the application rests entirely on the Charter for its legal foundation. As a consequence, the application for judicial review is dismissed.

[348] Given that the application for judicial review has been dismissed, no decision will be rendered with respect to the applicants' recent motion seeking an interim injunction restraining future detainee transfers.

[349] Finally, given the importance of the issues raised by this case, and the significant public interest in having this matter litigated, no order will be made as to costs.

VII.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The questions posed by this motion are answered as follows:

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

NO

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

NO

2. This application for judicial review is dismissed, without costs.

répond par la négative aux deux questions, la demande de contrôle judiciaire doit obligatoirement être rejetée, car son fondement juridique repose entièrement sur la Charte. La demande de contrôle judiciaire est en conséquence rejetée.

[348] La demande de contrôle judiciaire ayant été rejetée, aucune décision ne sera rendue à l'égard de la récente requête des demanderessees visant l'obtention d'une injonction provisoire interdisant les futurs transfèrements de prisonniers.

[349] Enfin, il n'y aura pas d'adjudication de dépens, étant donné l'importance des questions soulevées en l'espèce et le fort intérêt public dans la résolution judiciaire de l'instance.

VII.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. Les réponses à apporter aux questions posées dans la requête sont les suivantes :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle, durant le conflit armé en Afghanistan, à la détention de non-ressortissants du Canada par les Forces canadiennes ou à leur transfèrement aux autorités afghanes pour qu'elles décident des mesures à prendre à leur égard?

NON

2. Si la réponse à la question précédente est « non », la Charte s'applique-t-elle néanmoins si les demanderessees sont finalement en mesure d'établir que le transfèrement des détenus en question expose ceux-ci à un risque sérieux de torture?

NON

2. La demande de contrôle judiciaire est rejetée sans frais.