

DES-6-08  
2010 FC 224

DES-6-08  
2010 CF 224

**IN THE MATTER OF a certificate signed pursuant to section 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)*;**

**DANS L'AFFAIRE CONCERNANT un certificat signé en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)*;**

**AND IN THE MATTER OF the referral of a certificate to the Federal Court pursuant to section 77(1) of the IRPA;**

**ET DANS L'AFFAIRE CONCERNANT le dépôt d'un certificat à la Cour fédérale en vertu du paragraphe 77(1) de la LIPR;**

**AND IN THE MATTER OF MAHMOUD ES-SAYYID JABALLAH**

**ET DANS L'AFFAIRE CONCERNANT MAHMOUD ES-SAYYID JABALLAH**

**INDEXED AS: JABALLAH (RE)**

**RÉPERTORIÉ : JABALLAH (RE)**

Federal Court, Dawson J.—Toronto, October 29 and 30 2009; Ottawa, February 26, 2010.

Cour fédérale, juge Dawson—Toronto, 29 et 30 octobre 2009; Ottawa, 26 février 2010.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Motion pursuant to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2) for order excluding, in context of security certificate proceeding naming Jaballah, all evidence given by him in previous security certificate proceedings — Alternatively seeking order precluding ministers from using Jaballah's evidence given before Immigration and Refugee Board (IRB) or in previous security certificate proceedings in accordance with Charter, s. 13 — Issues whether Jaballah entitled to remedy under Charter, ss. 13, 24(2); whether present proceeding proper case for application of Immigration and Refugee Protection Act, s. 83(1)(h) — Previous security certificates issued against Jaballah on basis Jaballah inadmissible to Canada on national security grounds — Present motion filed in context of another security certificate naming Jaballah — Jaballah's testimony in previous security proceedings not fulfilling requirements of Charter, s. 24(2) since Jaballah not compellable witness — As to Charter, s. 13, Jaballah failing to establish applicability thereof to present proceeding — As to Act, s. 83(1)(h), use of broad, permissive words, phrases conferring broad discretion upon designated judge to control information, evidence received — Where receipt of evidence would violate principles of fundamental justice, not appropriate to receive such evidence — Language of Act not providing any mechanism to compel named person's testimony or to sanction any failure to testify — Allowing ministers to use Jaballah's prior testimony as part of case in chief would violate principles of fundamental justice since would allow ministers to indirectly compel Jaballah to testify — Therefore, would not be appropriate to receive such material into evidence — However, if Jaballah*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Requête sollicitant une ordonnance écartant, en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés, tous les témoignages que M. Jaballah a faits au cours des procédures antérieures de certificat de sécurité — Subsidièrement, la requête sollicitait une ordonnance interdisant aux ministres d'utiliser les témoignages que M. Jaballah a faits à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) ou dans les procédures antérieures de certificat de sécurité conformément à l'art. 13 de la Charte — Il s'agissait de savoir si M. Jaballah avait droit à réparation aux termes des art. 13 et 24(2) de la Charte et si l'affaire se prêtait à l'application de l'art. 83(1)(h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Les certificats de sécurité antérieurs avaient été délivrés contre M. Jaballah au motif qu'il était interdit de territoire au Canada pour des motifs liés à la sécurité nationale — La requête en l'espèce a été présentée dans le cadre d'un autre certificat de sécurité désignant M. Jaballah — Les témoignages qu'a faits M. Jaballah dans les procédures antérieures de certificat de sécurité ne satisfaisaient pas aux exigences de l'art. 24(2) de la Charte parce que M. Jaballah n'est pas un témoin contraignable — S'agissant de l'art. 13 de la Charte, M. Jaballah n'est pas parvenu à établir que l'art. 13 de la Charte s'appliquait à la présente instance — Pour ce qui est de l'art. 83(1)(h) de la Loi, l'emploi de mots larges et permissifs confère au juge désigné le vaste pouvoir discrétionnaire de contrôler les informations et les éléments de preuve reçus — Si la réception d'un élément de preuve violait les principes de justice fondamentale, il ne serait pas indiqué de les recevoir — Le libellé de la Loi ne comporte aucun mécanisme permettant d'obliger la personne désignée à*

*choosing to testify in present proceeding, possible for ministers to cross-examine him on any prior statement made in previous security certificate proceedings — Jaballah's evidence given before IRB qualitatively different from testimony in previous certificate proceedings — Because principles of fundamental justice would not be violated, appropriate for Federal Court to receive Jaballah's prior evidence before IRB — Motion allowed in part.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Jaballah seeking to exclude, pursuant to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2), all evidence given by him in previous security certificate proceedings — Jaballah's testimony in previous proceedings not fulfilling requirements of Charter, s. 24(2) since Jaballah not compellable witness — Prior testimony therein voluntary — Difficult to establish causal connection between Charter, s. 7 violation as alleged by Jaballah, prior testimony in previous security proceedings — Right to know case not absolute — Jaballah failing to establish applicability of Charter, s. 24(2) to facts in present case.*

*Constitutional Law — Charter of rights — Criminal Process — Motion for order precluding ministers from using Jaballah's evidence given before Immigration and Refugee Board or in proceedings relating to previous security certificates issued against him in accordance with Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13 — Jaballah failing to establish applicability of Charter, s. 13 to present proceeding — While Charter, s. 7 may contain residual protections capable of extending protection beyond that conferred by s. 13, s. 7 not amending or altering protection provided by s. 13.*

This was a motion for an order, pursuant to subsection 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, excluding all evidence given by Mr. Jaballah in the course of proceedings relating to previous security certificates issued against him. Alternatively, the motion sought an order precluding the ministers from using Mr. Jaballah's evidence given before the Immigration and Refugee Board (IRB) or in proceedings relating to previous security certificates issued

*témoigner ou de sanctionner toute omission de témoigner — Le fait d'autoriser les ministres à utiliser les témoignages antérieurs de M. Jaballah dans le cadre de leur preuve principale leur permettrait de contraindre indirectement M. Jaballah à témoigner — Il s'ensuit donc qu'il ne serait pas indiqué de recevoir ces éléments en preuve — Cependant, si M. Jaballah décidait de témoigner dans la présente instance, les ministres pourraient le contre-interroger sur toute déclaration antérieure faite lors des procédures antérieures de certificat de sécurité — La preuve de M. Jaballah devant la CISR était, d'un point de vue qualitatif, différente des témoignages qu'il a faits lors des procédures antérieures de certificat de sécurité — Parce qu'il n'y aurait pas atteinte aux principes de justice fondamentale, il serait indiqué que la Cour fédérale reçoive le témoignage que M. Jaballah a fait antérieurement devant la CISR — Requête accueillie en partie.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — M. Jaballah tentait de faire exclure, en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés, tous les témoignages qu'il a faits au cours de procédures antérieures de certificat de sécurité — Les témoignages qu'a faits M. Jaballah dans les procédures antérieures ne satisfaisaient pas aux exigences de l'art. 24(2) de la Charte parce que M. Jaballah n'est pas un témoin contraignable — Ses témoignages antérieurs étaient volontaires — Il était difficile d'établir un lien de causalité entre la violation de l'art. 7 qu'affirme M. Jaballah et ses témoignages antérieurs dans le cadre des procédures antérieures de certificat de sécurité — Le droit de connaître la preuve produite contre soi n'est pas absolu — M. Jaballah n'était pas parvenu à établir que l'art. 24(2) de la Charte s'appliquait aux faits de l'espèce.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Requête en vue d'obtenir une ordonnance interdisant aux ministres d'utiliser les témoignages que M. Jaballah a faits à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ou dans les procédures relatives aux certificats de sécurité délivrés auparavant contre lui conformément à l'art. 13 de la Charte canadienne des droits et libertés — M. Jaballah n'était pas parvenu à établir que l'art. 13 de la Charte s'appliquait à la présente instance — Bien que l'art. 7 de la Charte puisse contenir des protections résiduelles aptes à excéder celles que confère l'art. 13 de la Charte, cela ne modifie pas la protection qu'accorde l'art. 13.*

Il s'agissait d'une requête sollicitant une ordonnance écartant, en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, tous les témoignages que M. Jaballah a faits au cours des procédures liées aux certificats de sécurité délivrés auparavant contre lui. Subsidiairement, la requête sollicitait une ordonnance interdisant aux ministres d'utiliser les témoignages que M. Jaballah a faits à la Commission de l'immigration et du

against him in accordance with section 13 of the Charter or, in the further alternative, precluding the ministers from using Mr. Jaballah's evidence before the IRB or in proceedings relating to previous security certificates issued against him as part of their case in chief in accordance with section 13 of the Charter.

When Mr. Jaballah, a foreigner, arrived in Canada, he claimed refugee status. Thereafter, a number of security certificates were issued against him on the basis that Mr. Jaballah was inadmissible to Canada on national security grounds. One of those certificates was determined to be reasonable. The present motion was filed in the context of a third security certificate naming Mr. Jaballah. It was referred to the Federal Court, which was in the process of determining whether the certificate was reasonable. Prior to this proceeding, Mr. Jaballah had applied for release from detention a number of times and had testified at the detention review hearings that took place.

The amended public summary released in the context of the third security certificate disclosed that, in support of their allegations, the ministers relied upon portions of Mr. Jaballah's testimony given before the IRB as well as before the Judges who heard the previous security certificate proceedings.

The issues were whether Mr. Jaballah was entitled to a remedy under subsection 24(2) or section 13 of the Charter and whether this was a proper case for the application of paragraph 83(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

*Held*, the motion should be allowed in part.

What had to first be considered was whether Mr. Jaballah's prior testimony "was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms" guaranteed by the Charter, as required by subsection 24(2) thereof. Mr. Jaballah submitted that his right to a fair hearing, guaranteed by section 7 of the Charter, had been violated in the previous security certificate proceedings because the prior legislative regime failed to allow him to know the case against him and to meet that case. It was difficult to establish a causal connection between the section 7 violation alleged by Mr. Jaballah and his prior testimony. Mr. Jaballah is not and was not a compellable witness in the prior security certificate proceedings. His prior testimony before the Federal Court was voluntary. Because Mr. Jaballah was not a compellable witness, his evidence could not be "obtained" by the ministers. He failed to establish how any failure to make full disclosure in previous security proceedings would have affected the reliability of

statut de réfugié (CISR) ou dans les procédures relatives aux certificats de sécurité délivrés contre lui conformément à l'article 13 de la Charte ou, subsidiairement encore, interdisant aux ministres d'utiliser les témoignages que M. Jaballah a faits à la CISR ou dans les procédures relatives aux certificats de sécurité délivrés contre lui auparavant dans le cadre de leur preuve principale, conformément à l'article 13 de la Charte.

Lorsque M. Jaballah, un étranger, est arrivé au Canada, il a demandé l'asile. Par la suite, plusieurs certificats de sécurité ont été délivrés contre lui au motif qu'il était interdit de territoire au Canada pour des motifs liés à la sécurité nationale. Un de ces certificats a été déclaré raisonnable. La requête en l'espèce a été présentée dans le cadre d'un troisième certificat de sécurité désignant M. Jaballah. Il a été déposé à la Cour fédérale, qui était en voie de décider du caractère raisonnable du certificat. Avant la présente instance, M. Jaballah avait demandé sa mise en liberté à plusieurs reprises et avait témoigné aux auditions des motifs de détention qui avaient eu lieu.

Le résumé public modifié publié dans le cadre du troisième certificat de sécurité révélait que, à l'appui de leurs allégations, les ministres s'étaient fondés sur des éléments des témoignages que M. Jaballah avait faits devant la CISR ainsi que devant les juges saisis des procédures antérieures de certificat de sécurité.

Il s'agissait de savoir si M. Jaballah avait droit à réparation aux termes du paragraphe 24(2) ou de l'article 13 de la Charte et si l'affaire se prêtait à l'application de l'alinéa 83(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

*Jugement* : la requête doit être accueillie en partie.

Le premier point qui devait être examiné consistait à savoir si les témoignages antérieurs de M. Jaballah « ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés » garantis par la Charte, comme l'exige le paragraphe 24(2) de la Charte. M. Jaballah soutenait que son droit à une audition équitable, droit que lui garantit l'article 7 de la Charte, avait été violé dans les procédures antérieures de certificat de sécurité car le régime législatif antérieur ne lui permettait pas de connaître la preuve établie contre lui et de la réfuter. Il était difficile d'établir un lien de causalité entre la violation de l'article 7 qu'affirme M. Jaballah et ses témoignages antérieurs. M. Jaballah n'est pas, et n'était pas, un témoin contraignable dans les procédures antérieures de certificat de sécurité. Ses témoignages antérieurs devant la Cour fédérale étaient volontaires. Comme M. Jaballah n'était pas un témoin contraignable, il était impossible que cette preuve soit « obtenu[e] » par les ministres. Il n'a pas établi en

his prior voluntary testimony such that it is unfair to hold him to the content of his earlier evidence. Furthermore, the right to know the case is not absolute. National security considerations can limit the extent of disclosure of information to an affected individual. Therefore, Mr. Jaballah failed to establish the applicability of subsection 24(2) of the Charter to the facts of this case.

Mr. Jaballah also failed to establish that section 13 of the Charter applied to this proceeding. While section 7 of the Charter may contain residual protections capable of extending protection beyond that conferred by section 13 of the Charter, this does not amend or alter the protection provided by section 13.

This was not a proper case for the application of paragraph 83(1)(h) of the Act. The use of broad and permissive words and phrases such as “may”, “in the judge’s opinion” and “reliable and appropriate” confer broad discretion upon the designated judge to control, on a principled basis, the information and evidence received by the Federal Court. In security certificate proceedings, the overarching principle of fundamental justice is that persons named in security certificates must be accorded a fair judicial process. Absent exceptional circumstances that are difficult, if not impossible, to envision, where the receipt of evidence would violate the principles of fundamental justice it would not be appropriate to receive such evidence. The ministers correctly conceded that, by operation of section 7 of the Charter, Mr. Jaballah is not a compellable witness. This conclusion was also consistent with the language of the Act, which does not provide any mechanism to compel the named persons’s testimony or to sanction any failure to testify. Just as compelling Mr. Jaballah to testify would violate the principles of fundamental justice, allowing the ministers to use his prior testimony as part of their case in chief would also violate the principles of fundamental justice since it would allow the ministers to indirectly compel Mr. Jaballah to testify. It follows that it would not be appropriate to receive such material into evidence. If Mr. Jaballah chooses to testify in this proceeding, the ministers would be able to cross-examine him upon any prior statement he made in previous security certificate proceedings.

Mr. Jaballah’s evidence before the Immigration and Refugee Board was qualitatively different from his testimony in previous certificate proceedings. His refugee claim was initiated as a result of his own free decision to embark on that

quoi l’omission de faire une divulgation complète dans les procédures antérieures de certificat de sécurité aurait eu une incidence sur la fiabilité de ses témoignages volontaires antérieurs, de sorte qu’il est inéquitable de le limiter au contenu de ses témoignages antérieurs. Qui plus est, le droit de connaître la preuve produite contre soi n’est pas absolu. Des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l’étendue de la divulgation de renseignements à un intéressé. Par conséquent, M. Jaballah n’était pas parvenu à établir que le paragraphe 24(2) de la Charte s’appliquait aux faits de l’espèce.

En outre, M. Jaballah n’était pas parvenu à établir que l’article 13 de la Charte s’appliquait à la présente instance. Bien que l’article 7 de la Charte puisse contenir des protections résiduelles aptes à excéder celles que confère l’article 13 de la Charte, cela ne modifie pas la protection qu’accorde l’article 13.

L’affaire ne se prêtait pas à l’application de l’alinéa 83(1)(h) de la Loi. L’emploi de mots larges et permissifs comme « peut », « qu’il estime » et « digne de foi et utile » confère au juge désigné le vaste pouvoir discrétionnaire de contrôler, d’une manière rationnelle, les informations et les éléments de preuve que reçoit la Cour fédérale. Dans les procédures de certificat de sécurité, le principe de justice fondamentale prépondérant est que les personnes désignées dans un certificat de sécurité doivent bénéficier d’un processus judiciaire équitable. En l’absence de circonstances exceptionnelles qui sont difficiles, voire impossibles, à envisager, si la réception d’un élément de preuve violait les principes de justice fondamentale il ne serait pas indiqué de les recevoir. Les ministres ont raison lorsqu’ils admettent que, par application de l’article 7 de la Charte, M. Jaballah n’est pas un témoin contraignable. Cette conclusion concordait avec le libellé de la Loi, qui ne comporte aucun mécanisme permettant d’obliger la personne désignée à témoigner ou de sanctionner toute omission de témoigner. Tout comme le fait de contraindre M. Jaballah à témoigner violerait les principes de justice fondamentale, celui d’autoriser les ministres à utiliser ses témoignages antérieurs dans le cadre de leur preuve principale aurait aussi le même résultat parce que cela reviendrait à leur permettre de contraindre indirectement M. Jaballah à témoigner. Il s’ensuit qu’il ne serait pas indiqué de recevoir ces éléments en preuve. Si M. Jaballah décidait de témoigner dans la présente instance, les ministres pourraient le contre-interroger sur toute déclaration antérieure faite lors des procédures antérieures de certificat de sécurité.

La preuve de M. Jaballah devant la CISR est, d’un point de vue qualitatif, différente des témoignages qu’il a faits lors des procédures antérieures de certificat de sécurité. Sa demande d’asile a été entreprise à la suite de la décision

process. Therefore, because the principles of fundamental justice would not be violated, it would be appropriate for the Federal Court to receive Mr. Jaballah's prior evidence before the IRB as part of the ministers' case.

One item of information in the closed record filed in support of the current security certificate could be considered to be derivative evidence. Derivative use immunity applied in this proceeding. Furthermore, the information in question was causally linked to Mr. Jaballah's testimony during the first security certificate proceedings. Use of this information by the ministers herein would violate the principles of fundamental justice.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5 (as am. by S.C. 1997, c. 18, s. 116).  
*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, 8, 9, 10, 11, 13, 24(1),(2).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 83.28(10) (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(2).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 34, 77 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), 83(1)(g) (as am. *idem*), (h) (as am. *idem*), (1.1) (as enacted *idem*).  
*Inquiries Act*, R.S.C., 1985, Part I.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1E, 1F.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, 276 D.L.R. (4th) 594, 54 Admin. L.R. (4th) 1; *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463, (1996), 136 D.L.R. (4th) 502, 107 C.C.C. (3d) 481; *Almrei (Re)*, 2009 FC 3, 337 F.T.R. 160, 76 Imm. L.R.

personnelle, prise librement par lui, de se lancer dans ce processus. En conséquence, parce qu'il n'y aurait pas atteinte aux principes de justice fondamentale, il serait indiqué que la Cour fédérale reçoive le témoignage que M. Jaballah a fait antérieurement devant la CISR dans le cadre de la preuve des ministres.

Un élément d'information dans le dossier clos déposé à l'appui du certificat de sécurité actuellement en vigueur pourrait constituer une preuve dérivée. Le principe de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée s'appliquait en l'espèce. De plus, l'information en cause avait un lien de causalité avec les témoignages que M. Jaballah a faits pendant les premières procédures de certificat de sécurité. L'utilisation, par les ministres, de cette information en l'espèce enfreindrait les principes de justice fondamentale.

#### 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, 8, 9, 10, 11, 13, 24(1),(2).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 83.28(10) (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 4).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5 (mod. par L.C. 1997, ch. 18, art. 116).  
*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), partie I.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(2).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 34, 77 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 83(1)(g) (mod., *idem*), (h) (mod., *idem*), (1.1) (édicte, *idem*).

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, Art. 1E, 1F.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463; *Almrei (Re)*, 2009 CF 3; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154.

(3d) 126; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, (1985), 66 A.R. 202, 23 D.L.R. (4th) 503; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, 260 D.L.R. (4th) 411, [2006] 4 W.W.R. 605; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154, (1995), 129 D.L.R. (4th) 129, 65 B.C.A.C. 1.

## CONSIDERED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Jaballah*, 1999 CanLII 8989 (F.C.T.D.); *Jaballah v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 379, 296 F.T.R. 1, 63 Imm. L.R. (3d) 60; *Jaballah (Re)*, 2003 FCT 640, [2003] 4 F.C. 345, 28 Imm. L.R. (3d) 216; *Jaballah (Re)*, 2004 FCA 257, [2005] 1 F.C.R. 560, 242 D.L.R. (4th) 490, 38 Imm. L.R. (3d) 157; *Jaballah (Re)*, 2006 FC 1230, 148 C.R.R. (2d) 1, 301 F.T.R. 102, 58 Imm. L.R. (3d) 267; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, (1988), 56 D.L.R. (4th) 673, [1989] 1 W.W.R. 385; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, 240 D.L.R. (4th) 81, [2005] 2 W.W.R. 605; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, 294 D.L.R. (4th) 478, 58 C.R. (6th) 45; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, (1995), 121 D.L.R. (4th) 589, 96 C.C.C. (3d) 1; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498, 237 D.L.R. (4th) 1, 16 Admin. L.R. (4th) 1; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289, 2 Admin. L.R. (2d) 125.

## REFERRED TO:

*British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, (1995), 123 D.L.R. (4th) 462, [1995] 5 W.W.R. 129; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, 191 D.L.R. (4th) 539, 148 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353.

## AUTHORS CITED

Canada. Immigration and Refugee Board. *CRDD Handbook*, March 31, 1999, online <[http://www.irb.gc.ca/Eng/brdcom/references/legjur/rpdspr/guide/Documents/handbook\\_e.pdf](http://www.irb.gc.ca/Eng/brdcom/references/legjur/rpdspr/guide/Documents/handbook_e.pdf)>.

Paciocco, D. M. and L. Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008.

MOTION for an order, pursuant to subsection 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, excluding all evidence given by Mr. Jaballah in the course of proceedings relating to previous security certificates issued against him, or alternatively, for an order precluding the ministers from using Mr. Jaballah's

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Jaballah*, 1999 CanLII 8989 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Jaballah c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 379; *Jaballah (Re)*, 2003 CFPI 640, [2003] 4 C.F. 345; *Jaballah (Re)*, 2004 CAF 257, [2005] 1 R.C.F. 560; *Jaballah (Re)*, 2006 CF 1230; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711.

## DÉCISIONS CITÉES :

*British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Guide de la SSR*, 31 mars 1999, en ligne : <[http://www.irb.gc.ca/fra/brdcom/references/legjur/rpdspr/guide/Documents/handbook\\_f.pdf](http://www.irb.gc.ca/fra/brdcom/references/legjur/rpdspr/guide/Documents/handbook_f.pdf)>.

Paciocco, D. M. et L. Stuesser. *The Law of Evidence*, 5<sup>e</sup> éd. Toronto : Irwin Law, 2008.

REQUÊTE en vue d'obtenir une ordonnance écartant, en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, tous les témoignages que M. Jaballah a faits au cours des procédures liées aux certificats de sécurité délivrés auparavant contre lui ou, subsidiairement, en vue d'obtenir une ordonnance interdisant aux

evidence given before the Immigration and Refugee Board or in the previous security certificate proceedings in accordance with section 13 of the Charter. Motion allowed in part.

## APPEARANCES

*Marlys A. Edwardh* and *Adriel Weaver* for Mr. Jaballah.

*Donald MacIntosh* and *John Provart* for Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness.

*John Norris* as special advocate.

## SOLICITORS OF RECORD

*Edwardh, Marlys, Barristers Professional Corporation*, Toronto, for Mr. Jaballah.

*Deputy Attorney General of Canada* for Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness.

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

[1] DAWSON J.: Mahmoud Jaballah is named in a security certificate signed by the Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (ministers). The certificate has been referred to the Court pursuant to subsection 77(1) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act) and the Court is in the process of determining whether the certificate is reasonable.

[2] In the course of this proceeding, Mr. Jaballah has moved for an order:

Excluding pursuant to s. 24(2) of the *Charter* all evidence given by Mr. Jaballah in the course of the proceedings pursuant to the security certificates issued against him prior to the issuance of present security certificate of February 22, 2008 as those proceedings were conducted in breach of the principles of fundamental justice.

ministres d'utiliser les témoignages que M. Jaballah a faits à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ou dans les procédures antérieures de certificat de sécurité conformément à l'article 13 de la Charte. Requête accueillie en partie.

## ONT COMPARU

*Marlys A. Edwardh* et *Adriel Weaver* pour M. Jaballah.

*Donald MacIntosh* et *John Provart* pour le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile.

*John Norris* à titre d'avocat spécial.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Edwardh, Marlys, Barristers Professional Corporation*, Toronto, pour M. Jaballah.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile.

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

[1] LA JUGE DAWSON : Mahmoud Jaballah est désigné dans un certificat de sécurité qu'ont signé le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ainsi que le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (les ministres). Ce certificat a été déposé à la Cour en vertu du paragraphe 77(1) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi, ou la LIPR) et la Cour est en voie de décider du caractère raisonnable de ce document.

[2] Au cours de la présente instance, M. Jaballah a demandé une ordonnance :

[TRADUCTION] Écartant, en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte, tous les témoignages que M. Jaballah a faits au cours des procédures engagées dans le cadre des certificats de sécurité délivrés contre lui, et ce, avant la délivrance du présent certificat de sécurité, daté du 22 février 2008, car ces procédures ont été menées d'une manière contraire aux principes de justice fondamentale.

Further, or in the alternative, precluding the Ministers from using Mr. Jaballah's evidence before the IRB or in proceedings in relation to the security certificates issued against him in 1999 and 2001, in accordance with s. 13 of the *Charter*:

In the further alternative, precluding the Ministers from using Mr. Jaballah's evidence before the IRB or in proceedings in relation to the security certificates issued against him as part of their case in chief, in accordance with s. 13 of the *Charter*:

[3] An initial request that the security certificate be quashed pursuant to subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (*Charter*) has been withdrawn by Mr. Jaballah.

[4] The relevant facts underpinning the motion are as follows.

#### 1. Factual background

[5] Mr. Jaballah is not a citizen of Canada. He and his family arrived in Canada on May 11, 1996, and claimed refugee protection. A hearing ensued before the Immigration and Refugee Board (IRB). Mr. Jaballah testified in support of that claim for a number of days, commencing in May of 1998.

[6] Mr. Jaballah's refugee claim was pending when, on March 31, 1999, the Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada signed a security certificate in which they expressed their opinion that Mr. Jaballah was inadmissible to Canada on national security grounds.

[7] Mr. Jaballah was provided with a summary of the case against him and certain non-secret supporting documents. A hearing into the reasonableness of the certificate proceeded before Justice Cullen of this Court. Mr. Jaballah testified before Justice Cullen in June and August of 1999. Justice Cullen issued reasons and an order on November 2, 1999 [*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Jaballah*, 1999 CanLII

De plus, ou subsidiairement, interdisant aux ministres d'utiliser les témoignages que M. Jaballah a faits à la CISR ou dans les procédures relatives aux certificats de sécurité délivrés contre lui en 1999 et en 2001, conformément à l'article 13 de la Charte.

Subsidiairement encore, interdisant aux ministres d'utiliser les témoignages que M. Jaballah a faits à la CISR ou dans les procédures relatives aux certificats de sécurité délivrés contre lui dans le cadre de leur preuve principale, conformément à l'article 13 de la Charte.

[3] M. Jaballah a retiré une demande initiale visant à faire annuler le certificat de sécurité en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte).

[4] Les faits pertinents qui sous-tendent la requête sont les suivants.

#### 1. Le contexte factuel

[5] M. Jaballah n'a pas la citoyenneté canadienne. Sa famille et lui sont arrivés au Canada le 11 mai 1996 et ont demandé l'asile. Une audience a eu lieu devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR). M. Jaballah a témoigné à l'appui de cette demande pendant un certain nombre de jours, à partir du mois de mai 1998.

[6] La demande d'asile de M. Jaballah était en instance quand, le 31 mars 1999, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada ont signé un certificat de sécurité dans lequel ils ont exprimé leur avis que M. Jaballah était interdit de territoire au Canada pour des motifs liés à la sécurité nationale.

[7] M. Jaballah a obtenu un résumé de la preuve présentée contre lui, ainsi que certains documents justificatifs non secrets. Une audience sur le caractère raisonnable du certificat a eu lieu devant le juge Cullen, de la présente Cour. M. Jaballah a témoigné devant ce dernier en juin et en août 1999. Le 2 novembre 1999, le juge Cullen a rendu une ordonnance [*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Jaballah*, 1999

8989 (F.C.T.D.)), in which he found the security certificate was not reasonable so that it was quashed.

[8] A second security certificate was issued against Mr. Jaballah on August 13, 2001. Mr. Jaballah was again provided with a summary of the case against him and non-secret supporting documents. This material was subsequently supplemented and amended. In reasons reported at [*Jaballah v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*] 2007 FC 379, 296 F.T.R. 1 concerning Mr. Jaballah, Justice Layden-Stevenson wrote (at paragraph 44):

Second is the fact that the public record in this matter is voluminous. The summary of the Ministers' evidence with respect to Mr. Jaballah is extensive and has been amended and expanded over time. There is little to distinguish the evidence (documents and testimony submitted by the parties on the public record) from the information (which for convenience I will call the classified information although it is more appropriately characterized as defined in section 76 of the IRPA). [Emphasis added.]

[9] A hearing to determine the reasonableness of the second certificate proceeded before Justice MacKay of this Court. On the advice of his lawyer, Mr. Jaballah did not testify at the second proceeding and, in the course of the hearing, Mr. Jaballah's counsel withdrew. On May 23, 2003 [*Jaballah (Re)*, 2003 FCT 640, [2003] 4 F.C. 345], Justice MacKay issued reasons and an order in which he found the certificate to be reasonable.

[10] That finding of reasonableness was set aside by the Federal Court of Appeal on procedural grounds in July of 2004 [2004 FCA 257, [2005] 1 F.C.R. 560]. The matter was remitted to the Federal Court and Justice MacKay was again designated by the Chief Justice to determine whether the certificate was reasonable.

[11] On August 24, 2005, Mr. Jaballah applied for release from detention. During the detention review hearing in September of 2005, Mr. Jaballah testified for four days. His testimony and cross-examination touched upon matters relevant to the reasonableness of the certificate. The motion for release from detention was dismissed.

CanLII 8989 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)] motivée dans laquelle il a conclu que le certificat de sécurité n'était pas raisonnable, de sorte que ce dernier a été annulé.

[8] Un deuxième certificat de sécurité a été délivré contre M. Jaballah le 13 août 2001. Ce dernier a une fois de plus reçu un résumé de la preuve présentée contre lui, ainsi que des documents justificatifs non secrets. Ces informations ont par la suite été étoffées et modifiées. Dans des motifs publiés à [*Jaballah c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*] 2007 CF 379 au sujet de M. Jaballah, la juge Layden-Stevenson a écrit ce qui suit (au paragraphe 44) :

La deuxième raison est le fait que le dossier public est volumineux en l'espèce. Le résumé de la preuve des ministres concernant M. Jaballah est long et a été modifié et étoffé au fil du temps. La différence entre la preuve (les documents et les témoignages produits par les parties et contenus dans le dossier public) et les renseignements (que, pour des raisons pratiques, j'appellerai les renseignements classifiés, même s'il serait plus exact de parler de renseignements définis à l'article 76 de la LIPR) est mince. [Non souligné dans l'original.]

[9] Une audience visant à déterminer le caractère raisonnable du deuxième certificat a eu lieu devant le juge MacKay, de la présente Cour. Sur les conseils de son avocat, M. Jaballah n'a pas témoigné à la deuxième instance et, au cours de l'audience, l'avocat de M. Jaballah s'est retiré. Le 23 mai 2003 [*Jaballah (Re)*, 2003 CFPI 640, [2003] 4 C.F. 345], le juge MacKay a rendu une ordonnance motivée dans laquelle il a conclu que le certificat était raisonnable.

[10] Cette conclusion de raisonabilité a été infirmée par la Cour d'appel fédérale pour des motifs d'ordre procédural en juillet 2004 [2004 CAF 257, [2005] 1 R.C.F. 560]. L'affaire a été renvoyée à la Cour fédérale et le juge en chef a de nouveau désigné le juge MacKay pour déterminer si le certificat était raisonnable ou non.

[11] Le 24 août 2005, M. Jaballah a demandé sa mise en liberté. Lors de l'audition des motifs de détention, en septembre 2005, M. Jaballah a témoigné pendant quatre jours. Son témoignage et son contre-interrogatoire ont porté sur des questions liées au caractère raisonnable du certificat. La demande de mise en liberté a été rejetée.

[12] The hearing into the reasonableness of the certificate then followed. On May 23, 2006, Justice MacKay ordered that:

... any testimony of Mr. Jaballah, given at this stage with respect to the August 2001 security certificate issued against him, shall be used solely for the purposes of this proceeding (Court file DES-04-01) pending further order of this Court, to be made after receiving submissions of counsel for the parties concerning appropriate limitations, if any, of the future use of testimony now offered by Mr. Jaballah.

[13] After hearing submissions from counsel concerning any limitations to be placed upon the future use of testimony provided by Mr. Jaballah, on August 18, 2006 Justice MacKay ordered that:

The respondent, Mr. Jaballah, shall have use and derivative use immunity for testimony given by him in open Court in May and July 2006 in regard to the reasonableness of the Ministers' security certificate issued in August 2001 in any possible criminal proceedings against him, except any prosecution in respect of perjury or the giving of contradictory evidence, and also, unless he agrees to its use, in any subsequent proceedings concerning reasonableness of the Ministers' security certificate of August 2001 if the current proceeding should be aborted or quashed as a result of the Supreme Court of Canada's anticipated decision with respect to appeals in the cases known under the names *Almrei*, *Charkaoui*, and *Harkat*.

[14] During May and July 2006, Mr. Jaballah testified at the hearing to determine the reasonableness of the certificate.

[15] On October 16, 2006 [2006 FC 1230, 148 C.R.R. (2d) 1], Justice MacKay issued reasons and an order again finding the security certificate to be reasonable.

[16] A further application for release from detention was made by Mr. Jaballah. This application was heard by Justice Layden-Stevenson, then a judge of this Court. Mr. Jaballah testified before her in October of 2006. On October 2, 2006, Justice Layden-Stevenson issued an order on the following terms:

[12] C'est à la suite de cela que l'audience sur le caractère raisonnable du certificat a eu lieu. Le 23 mai 2006, le juge MacKay a ordonné ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] tout témoignage que fera M. Jaballah à ce stade-ci au sujet du certificat de sécurité délivré contre lui en août 2001 servira uniquement aux fins de la présente instance (dossier de la Cour n° DES-04-01), et ce, jusqu'à ce que la Cour rende une autre ordonnance, après avoir reçu les observations des avocats des parties sur les limites appropriées, s'il y en a, quant à l'usage futur des témoignages maintenant faits par M. Jaballah.

[13] Après avoir entendu les observations des avocats au sujet des limites à imposer à l'utilisation future des témoignages de M. Jaballah, le 18 août 2006 le juge MacKay a ordonné ceci :

[TRADUCTION] Le défendeur, M. Jaballah, bénéficiera de l'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée à l'égard des témoignages qu'il a faits en audience publique en mai et en juillet 2006, relativement au caractère raisonnable du certificat de sécurité que les ministres ont délivré en août 2001, dans toute procédure criminelle susceptible d'être engagée contre lui, exception faite de toute poursuite pour parjure ou pour témoignage contradictoire, et aussi, à moins qu'il convienne de leur utilisation, dans toute procédure ultérieure concernant le caractère raisonnable du certificat de sécurité des ministres daté d'août 2001, advenant que la procédure en cours soit avortée ou annulée par suite de la décision anticipée de la Cour suprême du Canada en rapport avec les appels interjetés dans les affaires appelées *Almrei*, *Charkaoui* et *Harkat*.

[14] Au cours des mois de mai et de juillet 2006, M. Jaballah a témoigné à l'audience visant à décider du caractère raisonnable du certificat.

[15] Le 16 octobre 2006 [2006 CF 1230], le juge MacKay a rendu une ordonnance motivée, concluant de nouveau que le certificat de sécurité était raisonnable.

[16] M. Jaballah a présenté une autre demande de mise en liberté. Cette dernière a été entendue par la juge Layden-Stevenson, alors juge de la présente Cour. M. Jaballah a témoigné devant elle en octobre 2006. Le 2 octobre 2006, la juge Layden-Stevenson a rendu l'ordonnance suivante :

IT IS HEREBY ORDERED that the Applicant, Mr. Jaballah, shall have use and derivative use immunity for testimony given by him in open Court in October, 2006 in regard to a review of detention arising as a result of the Ministers' security certificate issued in August, 2001 in any possible criminal proceedings against him, except any prosecution in respect of perjury or the giving of contradictory evidence, and also, unless he agrees to its use, in any subsequent proceedings concerning reasonableness of the Ministers' security certificate of August, 2001 if the certificate proceedings should be aborted or quashed as a result of the Supreme Court of Canada's anticipated decision with respect to appeals in the cases known under the names *Almrei*, *Charkaoui* and *Harkat*. [Emphasis in original.]

[17] On February 23, 2007, the Supreme Court of Canada released its judgment in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui I*). The Court determined that section 7 of the Charter was engaged in security certificate proceedings and that the then existing procedure under the Act in respect of security certificates infringed section 7 of the Charter. This was because the secrecy then required under the Act denied a person named in a security certificate the opportunity to know the case against him or her, and therefore denied the person the opportunity to meaningfully challenge the government's case.

[18] A third security certificate in respect of Mr. Jaballah was issued by the ministers on February 22, 2008. The case now advanced against Mr. Jaballah is set out in a secret security intelligence report. A public summary and an amended public summary of the security intelligence report have been provided to Mr. Jaballah. The amended public summary discloses that, in support of their allegations, the ministers rely upon portions of Mr. Jaballah's testimony given before the IRB, Justice Cullen and Justice MacKay. The ministers do not rely upon Mr. Jaballah's evidence before Justice Layden-Stevenson.

## 2. The issues

[19] These reasons address the following issues:

[TRADUCTION] PAR LES PRÉSENTES, LA COUR STATUE que le demandeur, M. Jaballah, bénéficiera de l'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée qui lui a été accordée en audience publique en octobre 2006 à l'égard d'un contrôle des motifs de sa détention par suite du certificat de sécurité délivré par les ministres en août 2001, et ce, dans toute procédure criminelle susceptible d'être contre lui, à l'exception de toute poursuite pour parjure ou pour témoignage contradictoire, et aussi, à moins qu'il convienne de son utilisation, dans toute procédure ultérieure concernant le caractère raisonnable du certificat de sécurité des ministres daté d'août 2001, advenant que la procédure en cours soit avortée ou annulée par suite de la décision anticipée de la Cour suprême du Canada en rapport avec les appels interjetés dans les affaires appelées *Almrei*, *Charkaoui* et *Harkat*. [Souligné dans l'original.]

[17] Le 23 février 2007, la Cour suprême du Canada a rendu son jugement dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui I*). La Cour a déclaré que l'article 7 de la Charte trouvait application dans les procédures relatives à un certificat de sécurité et que la procédure que la Loi prévoyait à l'époque au sujet des certificats de sécurité violait l'article 7 de la Charte. Cela était dû au fait que le caractère secret qui était alors exigé en vertu de la Loi privait une personne désignée dans un certificat de sécurité de la possibilité de connaître la preuve présentée contre elle, et donc de la possibilité de contester de façon raisonnable la preuve de l'État.

[18] Les ministres ont délivré un troisième certificat de sécurité concernant M. Jaballah le 22 février 2008. La preuve maintenant avancée contre M. Jaballah est énoncée dans un rapport de renseignements de sécurité secret. Un résumé public ainsi qu'un résumé public modifié de ce rapport de renseignements de sécurité lui ont été remis. Le résumé public modifié révèle que, à l'appui de leurs allégations, les ministres se fondent sur des éléments des témoignages que M. Jaballah a faits devant la CISR, devant le juge Cullen et devant le juge MacKay. Les ministres ne se fondent pas sur le témoignage que M. Jaballah a fait devant la juge Layden-Stevenson.

## 2. Les questions en litige

[19] Les présents motifs portent sur les questions suivantes :

a. Is Mr. Jaballah entitled to a remedy under subsection 24(2) of the Charter?

b. Is Mr. Jaballah entitled to a remedy under section 13 of the Charter?

c. Is this a proper case for the application of paragraph 83(1)(h) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the Act?

3. Is Mr. Jaballah entitled to a remedy under subsection 24(2) of the Charter?

[20] Subsection 24(2) of the Charter states:

24. ...

Exclusion of evidence bringing administration of justice into disrepute

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

[21] The first matter, therefore, for the Court to consider is whether Mr. Jaballah's prior testimony "was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms" guaranteed by the Charter.

[22] It is Mr. Jaballah's submission that "it is beyond controversy" that his right to a fair hearing, guaranteed by section 7 of the Charter, was violated in the previous security certificate proceedings because the prior legislative regime failed to allow him to know the case against him and to meet that case. It follows, he further submits, that his testimony before this Court in the prior proceedings was obtained in a manner that infringed his right to know the case against him and to meet that case. It should, therefore, be excluded in this proceeding. Mr. Jaballah does not seek to exclude his testimony before the IRB on this basis.

a. M. Jaballah a-t-il droit à réparation aux termes du paragraphe 24(2) de la Charte?

b. M. Jaballah a-t-il droit à réparation aux termes de l'article 13 de la Charte?

c. L'affaire se prête-t-elle à l'application de l'alinéa 83(1)h [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la Loi?

3. M. Jaballah a-t-il droit à réparation aux termes du paragraphe 24(2) de la Charte?

[20] Le paragraphe 24(2) de la Charte indique ce qui suit :

24. [...]

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Irrecevabilité d'éléments de preuve qui risqueraient de déconsidérer l'administration de la justice

[21] Le premier point que la Cour doit donc examiner consiste à savoir si les témoignages antérieurs de M. Jaballah « ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés » garantis par la Charte.

[22] M. Jaballah soutient qu'il est [TRADUCTION] « incontestable » que son droit à une audition équitable, droit que lui garantit l'article 7 de la Charte, a été violé dans les procédures antérieures de certificat de sécurité car le régime législatif antérieur ne lui permettait pas de connaître la preuve établie contre lui et de la réfuter. Il s'ensuit, ajoute-t-il, que les témoignages qu'il a faits devant la Cour lors des procédures antérieures ont été obtenus d'une manière qui violait son droit de connaître la preuve établie contre lui et de la réfuter. Il faudrait donc que ces allégations soient exclues de la présente instance. M. Jaballah ne cherche pas à faire exclure pour ce motif les témoignages qu'il a faits devant la CISR.

[23] The ministers respond that Mr. Jaballah has not established that, in these circumstances, subsection 24(2) of the Charter is engaged. This is said to be because there was no connection between the Charter violation found by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui I* and Mr. Jaballah's evidence which was given voluntarily and under oath. Absent a relevant Charter violation in the gathering of evidence, subsection 24(2) has no application.

[24] The phrase "obtained in a manner" was considered by the Supreme Court in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980. The Court observed that ordinarily only a few Charter rights, those protected by sections 8, 9 and 10 of the Charter, will be relevant to the gathering of evidence and therefore be relevant to the remedy of exclusion under subsection 24(2) of the Charter. The Court rejected the requirement of a strict causal nexus because that would require courts to speculate upon whether evidence would have been discovered in the absence of the prior Charter violation. At pages 1005 and 1006, the majority of the Court wrote:

In my view, all of the pitfalls of causation may be avoided by adopting an approach that focuses on the entire chain of events during which the *Charter* violation occurred and the evidence was obtained. Accordingly, the first inquiry under s. 24(2) would be to determine whether a Charter violation occurred in the course of obtaining the evidence. A temporal link between the infringement of the Charter and the discovery of the evidence figures prominently in this assessment, particularly where the Charter violation and the discovery of the evidence occur in the course of a single transaction. The presence of a temporal connection is not, however, determinative. Situations will arise where evidence, though obtained following the breach of a *Charter* right, will be too remote from the violation to be "obtained in a manner" that infringed the *Charter*. In my view, these situations should be dealt with on a case by case basis. There can be no hard and fast rule for determining when evidence obtained following the infringement of a Charter right becomes too remote. [Emphasis added.]

[25] Subsection 24(2) was again considered by the Supreme Court of Canada in *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463. The issue before the Court was whether the

[23] Les ministres répliquent que M. Jaballah n'a pas établi que, dans ces circonstances, le paragraphe 24(2) de la Charte trouve application car il n'y a aucun lien entre la violation de la Charte à laquelle a conclu la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui I* et les témoignages que M. Jaballah a faits volontairement et sous serment. À défaut d'une violation pertinente de la Charte lors de la collecte d'éléments de preuve, le paragraphe 24(2) ne s'applique pas.

[24] Les mots « obtenus dans des conditions » ont été analysés par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980. La Cour a fait remarquer qu'en général seuls quelques droits garantis par la Charte, ceux que protègent les articles 8, 9 et 10 de cette dernière, seront pertinents pour la collecte d'éléments de preuve et, de ce fait, pour l'exclusion que prévoit le paragraphe 24(2) de la Charte. La Cour a rejeté l'exigence d'un lien de causalité strict car cela obligerait les tribunaux à faire des conjectures sur le fait de savoir si l'on aurait découvert des éléments de preuve en l'absence de la violation antérieure de la Charte. Aux pages 1005 et 1006 du recueil, la Cour a statué à la majorité ce qui suit :

À mon avis, tous les pièges que pose la question de la causalité peuvent être évités par l'adoption d'un point de vue qui met l'accent sur toute la suite des événements pendant lesquels la violation de la *Charte* s'est produite et les éléments de preuve ont été obtenus. En conséquence, la première étape de l'examen prévu au par. 24(2) consisterait à déterminer si une violation de la Charte a été commise en recueillant des éléments de preuve. L'existence d'un lien temporel entre la violation de la Charte et la découverte des éléments de preuve revêt une importance particulière dans cette évaluation, surtout lorsque la violation de la Charte et la découverte des éléments de preuve se produisent au cours d'une seule et même opération. Toutefois, la présence d'un lien temporel n'est pas déterminante. Il y aura des cas où les éléments de preuve, bien qu'ils aient été obtenus suite à la violation d'un droit garanti par la *Charte*, seront trop éloignés de la violation pour avoir été «obtenus dans des conditions» qui portent atteinte à la *Charte*. À mon avis, ces situations devraient être considérées individuellement. Il ne peut y avoir de règle stricte pour déterminer le moment où les éléments de preuve obtenus par suite de la violation d'un droit garanti par la Charte deviennent trop éloignés. [Non souligné dans l'original.]

[25] La Cour suprême du Canada a analysé de nouveau le paragraphe 24(2) dans l'arrêt *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463. La question soumise consistait à savoir si le

*viva voce* evidence of a witness who was arrested following an illegal search was subject to a subsection 24(2) analysis. The majority of the Court found that subsection 24(2) had no application to the facts before the Court because there was no temporal connection between the *viva voce* evidence and the Charter breach. Further, any causal connection was too remote.

[26] At page 482 of the report, the Court reviewed its prior jurisprudence, writing:

Although *Therens* and *Strachan* warned against over-reliance on causation and advocated an examination of the entire relationship between the *Charter* breach and the impugned evidence, causation was not entirely discarded. Accordingly, while a temporal link will often suffice, it is not always determinative. It will not be determinative if the connection between the securing of the evidence and the breach is remote. I take remote to mean that the connection is tenuous. The concept of remoteness relates not only to the temporal connection but to the causal connection as well. It follows that the mere presence of a temporal link is not necessarily sufficient. In obedience to the instruction that the whole of the relationship between the breach and the evidence be examined, it is appropriate for the court to consider the strength of the causal relationship. If both the temporal connection and the causal connection are tenuous, the court may very well conclude that the evidence was not obtained in a manner that infringes a right or freedom under the *Charter*. On the other hand, the temporal connection may be so strong that the *Charter* breach is an integral part of a single transaction. In that case, a causal connection that is weak or even absent will be of no importance. Once the principles of law are defined, the strength of the connection between the evidence obtained and the *Charter* breach is a question of fact. Accordingly, the applicability of s. 24(2) will be decided on a case-by-case basis as suggested by Dickson C.J. in *Strachan*. [Emphasis added.]

[27] Turning to the application of the law to the facts before the Court, the Court wrote as follows at pages 483–485:

In order to assess properly the relationship between the breach and the impugned evidence, it is important to bear in mind that it is the *viva voce* evidence of Mayer that is said to have been obtained in a manner that breaches the *Charter*. A distinction must be made between discovery of a person who is arrested and charged with an offence and the evidence subsequently volunteered by that person. The discovery of the person cannot simply be equated with securing evidence from that person which is favourable to the Crown. The person

témoignage de vive voix d'un témoin, arrêté à la suite d'une fouille illégale, pouvait faire l'objet d'une analyse fondée sur le paragraphe 24(2). La Cour a conclu à la majorité que ce paragraphe ne s'appliquait pas aux faits soumis à la Cour car il n'y avait aucun lien temporel entre le témoignage de vive voix et la violation de la Charte. De plus, tout lien de causalité était trop éloigné.

[26] À la page 482 du recueil, la Cour a passé en revue sa jurisprudence et écrit ce qui suit :

Bien qu'on ait recommandé, dans les arrêts *Therens* et *Strachan*, de ne pas trop s'en remettre au lien de causalité et qu'on y ait préconisé un examen de l'ensemble du rapport entre la violation de la *Charte* et la preuve contestée, le lien de causalité n'a pas été complètement écarté. Par conséquent, bien qu'un lien temporel suffisse souvent, il n'est pas toujours déterminant. Il ne sera pas déterminant si le lien entre l'obtention de la preuve et la violation est éloigné. Par éloigné, je considère que l'on veut dire ténue. Le concept du caractère éloigné s'applique non seulement au lien temporel, mais aussi au lien causal. Il s'ensuit que la seule existence d'un lien temporel n'est pas nécessairement suffisante. Conformément à la directive voulant qu'on examine l'ensemble du rapport entre la violation et la preuve obtenue, il convient que la cour examine la force du rapport causal. Si le lien temporel et le lien causal sont ténus tous les deux, la cour peut très bien conclure que la preuve n'a pas été obtenue dans des conditions qui portent atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Par contre, le lien temporel peut être fort à ce point que la violation de la *Charte* fait partie intégrante d'une seule et même opération. Dans un tel cas, la faiblesse ou même l'absence d'un lien causal sera sans importance. Une fois les principes de droit définis, la force du lien entre la preuve obtenue et la violation de la *Charte* est une question de fait. Par conséquent, la possibilité d'appliquer le par. 24(2) sera déterminée cas par cas, comme l'a proposé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Strachan*. [Non souligné dans l'original.]

[27] Examinant ensuite l'application du droit aux faits soumis à la Cour, cette dernière a écrit ce qui suit, aux pages 483 à 485 du recueil :

Pour apprécier correctement le rapport entre la violation et la preuve contestée, il est important de garder à l'esprit que c'est le témoignage de vive voix de Mayer qui, dit-on, a été obtenu dans des conditions qui violent la *Charte*. Il faut faire une distinction entre la découverte d'une personne qui est ensuite arrêtée et accusée d'une infraction et le témoignage que cette personne fait de son plein gré ultérieurement. On ne saurait simplement assimiler la découverte de cette personne à l'obtention, auprès d'elle, d'éléments de preuve favorables

charged has the right to remain silent and in practice will usually exercise it on the advice of counsel. The prosecution has no assurance, therefore, that the person will provide any information let alone sworn testimony that is favourable to the Crown. In this regard it has been rightly observed that testimony cannot be treated in the same manner as an inanimate object. As Brooke J.A. observed in his dissenting opinion, at p. 85:

Testimony is the product of a person's mind and known only if and when that person discloses it. It cannot be obtained or discovered in any other way. Testimony which is heard for the first time some months after a search cannot be equated with or analogized to evidence of an inanimate thing found or seized when an illegal search is carried out.

Similarly, Rehnquist J., as he then was, in *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978), explained the difference as follows, at pp. 276-77:

Witnesses are not like guns or documents which remain hidden from view until one turns over a sofa or opens a filing cabinet. Witnesses can, and often do, come forward and offer evidence entirely of their own volition. And evaluated properly, the degree of free will necessary to dissipate the taint will very likely be found more often in the case of live-witness testimony than other kinds of evidence.

When the evidence is appropriately characterized as indicated above, the application of the relevant factors yields a different result from that reached by the trial judge and the majority of the Court of Appeal. In order to find a temporal link the pertinent event is the decision of Mayer to cooperate with the Crown and testify, and not his arrest. Indeed the existence of a temporal link between the illegal search and the arrest of Mayer is of virtually no consequence. Moreover, any temporal link between the illegal search and the testimony is greatly weakened by intervening events of Mayer's voluntary decision to cooperate with the police, to plead guilty and to testify. The application of the causal connection factor is to the same effect. The connection between the illegal search and the decision by Mayer to give evidence is extremely tenuous. Having regard, therefore, to the entire chain of events, I am of the opinion that the nexus between the impugned evidence and the *Charter* breach is remote. In this regard I agree with Brooke J.A. when he states, at pp. 85-86:

au ministère public. L'accusé a le droit de garder le silence et, en pratique, il exercera ce droit sur le conseil de son avocat. La poursuite n'a donc aucune garantie que la personne fournira des renseignements, et encore moins qu'elle présentera un témoignage sous serment favorable au ministère public. À cet égard, c'est à juste titre qu'on a fait remarquer que le témoignage ne saurait être traité de la même manière qu'un objet inanimé. Le juge Brooke fait observer, dans ses motifs de dissidence, à la p. 85 :

[TRADUCTION] Le témoignage est le fruit de la pensée d'une personne et il n'est connu que si et lorsque la personne le présente. Il ne peut pas être obtenu ou découvert par quelque autre moyen. Le témoignage qui est entendu pour la première fois quelques mois après une fouille ou perquisition ne saurait être assimilé à un élément de preuve constitué par un objet inanimé trouvé ou saisi lors d'une fouille ou perquisition illégale.

De même, le juge Rehnquist, maintenant Juge en chef, dans l'arrêt *United States c. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978), explique ainsi la différence, aux pp. 276 et 277 :

[TRADUCTION] Les témoins ne sont pas comme des armes à feu ou des documents qui restent cachés jusqu'à ce que quelqu'un renverse un sofa ou ouvre un classeur. Les gens peuvent venir témoigner tout à fait de leur propre gré, et c'est souvent ce qu'ils font. Et si on l'évalue correctement, on trouvera fort probablement la mesure de libre arbitre nécessaire pour dissiper le vice plus souvent dans le cas d'un témoignage en direct que dans celui d'autres types de témoignage.

Lorsque les éléments de preuve sont correctement qualifiés de la façon indiquée ci-dessus, l'application des facteurs pertinents entraîne un résultat différent de celui obtenu par le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité. Pour conclure à l'existence d'un lien temporel, ce qui est pertinent c'est la décision de Mayer de coopérer avec le ministère public et de témoigner, et non pas son arrestation. En fait, l'existence d'un lien temporel entre la perquisition illégale et l'arrestation de Mayer est quasiment sans importance. En outre, tout lien temporel entre la perquisition illégale et le témoignage est grandement affaibli par les événements intermédiaires constitués par la décision spontanée de Mayer de coopérer avec la police, de plaider coupable et de témoigner. L'application du facteur du lien causal va dans le même sens. Le lien entre la perquisition illégale et la décision de Mayer de témoigner est extrêmement ténu. Compte tenu, par conséquent, de toute la suite des événements, je suis d'avis que le lien entre le témoignage contesté et la violation de la *Charte* est éloigné. À cet égard, je suis d'accord avec le juge Brooke lorsqu'il affirme, aux pp. 85 et 86 :

Clearly, the testimony of Mayer cannot be said to be derivative of the breach as was the case of the testimony of Hall in *R. v. Burlingham*. . . . There may be some link to the evidence of the finding of the marijuana, but this is surely not a basis on which to say the testimony was discovered or obtained by the breach of the appellant's rights. There must be a point at which a chain connecting the breach and the testimony is sufficiently weakened as to render the testimony untainted or too remote from the original breach. If this is not so, the ramifications may be far-reaching with respect to the exclusion of testimony of a co-accused where the Crown seeks to take advantage of it. In my opinion, the link between the breach and Mayer's testimony does not survive an analysis of remoteness or attenuation.

For the foregoing reasons, the relationship between the infringement of s. 8 of the *Charter* and the *viva voce* evidence of Mayer does not lead me to conclude that the latter was obtained in a manner that infringes or denies a *Charter* right or freedom. Section 24(2) of the *Charter* is, therefore, not engaged and is not available to exclude the evidence. The evidence is relevant and was properly admitted at trial. The majority of the Court of Appeal was in error in setting aside the conviction.

[28] Important points in that analysis are that:

- Testimony cannot be treated in the same manner as an inanimate object (such as drug paraphernalia found during an illegal search) because there is no assurance that a person will testify or give evidence that is contrary to their interest; and
- On the facts before the Court, any temporal link was greatly weakened by the intervening events of the witness' decisions to cooperate with the police, plead guilty and testify.

[29] As the Supreme Court noted in *Strachan*, ordinarily few *Charter* rights will be relevant to the gathering of evidence and hence be relevant to subsection 24(2) of the *Charter*. However, in the present case no argument was made that section 7 of the *Charter* is, as a matter of law, incapable of supporting a *Charter* violation within the contemplation of subsection 24(2) of the *Charter*. I accept that section 7 can support a remedy under

[TRADUCTION] Il est clair qu'on ne peut pas affirmer que le témoignage de Mayer découle de la violation comme c'était le cas du témoignage de Hall dans l'arrêt *R. c. Burlingham* [ . . . ] Il peut y avoir un certain lien avec la preuve de la découverte de marijuana, mais cela ne permet sûrement pas de dire que le témoignage a été découvert ou obtenu grâce à la violation des droits de l'appelant. Il doit y avoir un point où le lien entre la violation et le témoignage est suffisamment affaibli pour que le témoignage ne soit pas vicié et qu'il soit trop éloigné de la violation initiale. Sinon, les ramifications peuvent aller loin en ce qui concerne l'exclusion du témoignage d'un coaccusé lorsque le ministère public tente d'en tirer profit. À mon avis, le lien entre la violation et le témoignage de Mayer ne résiste pas à une analyse du caractère éloigné ou de l'atténuation.

Pour les motifs qui précèdent, le rapport entre la violation de l'art. 8 de la *Charte* et le témoignage de vive voix de Mayer ne m'amène pas à conclure que ce témoignage a été obtenu dans des conditions qui portent atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Par conséquent, le par. 24(2) de la *Charte* ne s'applique pas et ne peut être invoqué pour faire écarter cet élément de preuve, qui est pertinent et a été régulièrement utilisé au procès. La Cour d'appel à la majorité a erré en annulant les déclarations de culpabilité.

[28] Dans cette analyse, les points importants sont les suivants :

- Un témoignage ne peut pas être traité de la même façon qu'un objet inanimé (comme des accessoires servant à la consommation de drogue, que l'on découvre lors d'une fouille illégale) parce que rien ne garantit qu'une personne témoignera ou fournira des éléments de preuve qui sont contraires à son intérêt;
- Au vu des faits soumis à la Cour, n'importe quel lien temporel était considérablement affaibli par les événements intermédiaires constitués par les décisions du témoin de coopérer avec la police, de plaider coupable et de témoigner.

[29] Comme la Cour suprême l'a souligné dans l'arrêt *Strachan*, en général rares sont les droits garantis par la *Charte* qui seront pertinents pour la collecte d'éléments de preuve et, de ce fait, pour le paragraphe 24(2) de la *Charte*. Cependant, en l'espèce, il n'a pas été soutenu que l'article 7 de la *Charte* est, en droit, incapable d'étayer une violation de la *Charte* qui tombe sous le coup du paragraphe 24(2) de cette dernière. Je conviens que l'article

subsection 24(2) of the Charter. Notwithstanding, it is fair to state that the facts now before the Court provide an unusual context in which to consider subsection 24(2) of the Charter.

[30] For that reason, during the oral argument of this motion, I canvassed with counsel what would constitute relevant causal or temporal links in this context. Counsel agreed that a causal link would require a connection between Mr. Jaballah's previous testimony and the section 7 violations articulated by the Supreme Court of Canada. They further agreed that a temporal link would require some connection between when Mr. Jaballah's evidence was obtained and the time at which the Charter breach occurred. See: transcript October 30, 2009, pages 260–261 and pages 364–365.

[31] Turning to whether a causal link exists between a Charter breach and Mr. Jaballah's prior testimony, the starting point of my analysis is the articulation by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui I* of the nature of the Charter infringing conduct. The Court made the following points:

- A fair hearing requires that the affected person be informed of the case against him or her, and be permitted to respond to that case (paragraph 53);
- Under the then existing provisions of the Act, the named person might be deprived of access to some or all of the information put against him or her. This denied the person named in the certificate the ability to know the case to be met (paragraph 54);
- Ultimately, a designated judge might have to consider information that was not included in the summary provided to the person concerned. In the result, the judge might be required to decide the case, wholly or in part, on the basis of information that the named person and his or her counsel never saw. The named person may, therefore, have known nothing of the case to be met.

7 peut étayer une réparation en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte. Toutefois, il est juste de dire que les faits maintenant soumis à la Cour présentent un contexte inusité dans lequel examiner le paragraphe 24(2) de la Charte.

[30] Pour cette raison, lors des plaidoiries concernant la présente requête, j'ai examiné avec les avocats ce qui constituerait, dans le présent contexte, des liens temporels ou de causalité pertinents. Les avocats ont convenu qu'un lien de causalité exigerait qu'il y ait un rapport entre les témoignages antérieurs de M. Jaballah et les violations de l'article 7 exposées par la Cour suprême du Canada. Ils ont convenu de plus qu'un lien temporel exigerait l'existence d'un rapport quelconque entre le moment où les éléments de preuve de M. Jaballah ont été obtenus et celui où la violation de la Charte a eu lieu. Voir : notes sténographiques du 30 octobre 2009, pages 260, 261 et 364 à 365.

[31] Pour ce qui est de savoir s'il existe un lien de causalité entre une violation de la Charte et les témoignages antérieurs de M. Jaballah, le point de départ de mon analyse est la formulation, par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui I*, de la nature de la conduite qui constitue une violation de la Charte. La Cour a fait les remarques suivantes :

- Une audition équitable exige que l'intéressé soit informé des allégations formulées contre lui et qu'il ait la possibilité d'y répondre (paragraphe 53);
- Sous le régime des dispositions de la Loi qui étaient en vigueur à ce moment-là, il était possible que la personne désignée n'ait pas accès à la totalité ou à une partie des renseignements produits contre elle, ce qui empêchait la personne désignée dans le certificat de savoir ce qu'elle devait prouver (paragraphe 54);
- En définitive, un juge désigné peut devoir tenir compte de renseignements qui n'ont pas été inclus dans le résumé fourni à l'intéressé. Au bout du compte, ce juge peut être tenu de rendre sa décision entièrement ou en partie sur la foi de renseignements que la personne désignée et son avocat n'ont jamais vus. Il est donc possible que la personne désignée ignore totalement ce

Although technically afforded an opportunity to be heard, the person concerned might be left in the position of having no idea about what needed to be said (paragraph 55);

- Without knowledge of the information before the Court, the named person might not have been able to raise relevant legal objections or to develop relevant legal arguments. This undermined the judge's ability to come to a decision based upon all relevant facts and law (paragraphs 52 and 65);

- The right to know the case to be met is not absolute. The Supreme Court had previously recognized, and continued to recognize, that national security concerns can limit the extent of disclosure of information to an affected individual (paragraphs 57 and 58);

- In some contexts, substitutes for full disclosure might permit compliance with section 7 of the Charter. For section 7 to be satisfied, either the named person must be given the necessary disclosure, or a substantial substitute for the disclosure of that information must be found. Neither circumstance occurred under the former legislative scheme (paragraphs 59 and 61); and,

- The procedures then in force for determining whether a certificate was reasonable could not be justified as minimal impairments of the individual's rights to judicial determination on the facts and the law, and to know and meet the case. Mechanisms developed in Canada and abroad, such as the Security Intelligence Review Committee counsel and the special advocate system employed in the United Kingdom, illustrated that the government could do more to protect the rights of a person named in a security certificate while keeping critical information confidential (paragraphs 71 and 81).

[32] To summarize, in *Charkaoui I* the Supreme Court found that section 7 of the Charter requires that either a person named in a security certificate be given the opportunity to know and meet the case, or that a

qu'on lui reproche. Même si elle a techniquement la possibilité d'être entendue, la personne désignée n'a peut-être aucune idée de la preuve qu'elle doit présenter (paragraphe 55);

- Sans savoir les renseignements soumis à la Cour, la personne désignée n'est peut-être pas en mesure de soulever des objections juridiques ou de faire valoir des arguments de droit pertinents. Cela mine la capacité du juge d'arriver à une décision fondée sur tous les faits et éléments de droit pertinents (paragraphes 52 et 65);

- Le droit de connaître la preuve qui pèse contre la personne n'est pas absolu. La Cour suprême a reconnu plutôt, et continue de reconnaître, que des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l'étendue de la divulgation de renseignements à l'intéressé (paragraphes 57 et 58);

- Dans certains contextes, des solutions de rechange à la divulgation complète peuvent permettre de satisfaire à l'article 7 de la Charte. Pour ce faire, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à la personne désignée, soit trouver une autre façon de l'informer pour l'essentiel. Ni l'une ni l'autre de ces options n'a eu lieu en vertu de l'ancien régime législatif (paragraphes 59 et 61);

- Les procédures qui étaient alors en vigueur pour déterminer si un certificat était raisonnable ne pouvaient pas être justifiées comme une atteinte minimale aux droits de la personne à une décision judiciaire fondée sur les faits et sur le droit, et à son droit de connaître la preuve qui pesait contre elle et d'y répondre. Des mécanismes créés au Canada et à l'étranger, comme le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité et le système de représentant spécial utilisé au Royaume-Uni, ont illustré que l'État pouvait faire mieux pour protéger les droits d'une personne désignée dans un certificat de sécurité tout en préservant la confidentialité des renseignements sensibles (paragraphes 71 et 81).

[32] En résumé, dans l'arrêt *Charkaoui I* la Cour suprême a conclu que l'article 7 de la Charte exige soit qu'une personne désignée dans un certificat de sécurité ait la possibilité de connaître la preuve produite contre

substantial substitute for the provision of sufficient information must be found.

[33] I now turn to consider whether there is a connection between the section 7 violation identified by the Supreme Court in *Charkaoui I* and Mr. Jaballah's prior testimony.

[34] In oral argument, counsel for Mr. Jaballah agreed that in order to assess whether there was any linkage between the alleged Charter breach and the content of Mr. Jaballah's prior evidence, one must know the extent to which the nature of the case to be met had been disclosed to Mr. Jaballah at the time his evidence was given. See: transcript October 30, 2009, at pages 358–359. That said, there is limited information before the Court on this motion as to the content of the summaries and the supporting evidence provided to Mr. Jaballah in the prior proceedings.

[35] Counsel for Mr. Jaballah did provide a comparison document, issued in the course of the 2001 reasonableness proceeding, that compared the content of the summaries originally provided in 1999 with the summary provided in the 2001 security certificate proceedings. Counsel for Mr. Jaballah then contrasted the lack of information said to be in the summaries with the content of Mr. Jaballah's cross-examination on September 13, 2005. However, as set out above, Justice Layden-Stevenson explained that the summary provided to Mr. Jaballah in 2001 was amended and expanded over time so that at least by the 2006 detention review hearing there was little, in her view, to distinguish the evidence in the public record from the confidential information.

[36] On this motion all of the transcripts of Mr. Jaballah's prior testimony are contained in a compendium filed with the Court. However, the summaries and supplementary disclosures provided from time to time are not.

elle et d'y répondre, soit que l'on trouve une autre façon importante de fournir des renseignements suffisants.

[33] Voyons maintenant s'il y a un rapport entre la violation de l'article 7 qu'a identifiée la Cour suprême dans l'arrêt *Charkaoui I* et les témoignages antérieurs de M. Jaballah.

[34] Dans leur plaidoirie, les avocates de M. Jaballah ont convenu que pour pouvoir évaluer s'il y avait un lien quelconque entre la présumée violation de la Charte et le contenu des témoignages antérieurs de leur client, il était nécessaire de connaître la mesure dans laquelle la nature de la preuve à réfuter avait été divulguée à ce dernier au moment où il avait témoigné. Voir : notes sténographiques du 30 octobre 2009, aux pages 358 et 359. Cela dit, la Cour dispose, dans le cadre de la présente requête, de renseignements limités au sujet du contenu des résumés et des éléments de preuve justificatifs qui ont été fournis à M. Jaballah dans les procédures antérieures.

[35] Les avocates de M. Jaballah ont fourni un document de comparaison, produit au cours de la procédure de 2001 sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité et comparant le contenu des résumés initialement fournis en 1999 avec le résumé fourni dans les procédures concernant le certificat de sécurité de 2001. Les avocates de M. Jaballah ont mis ensuite en contraste le manque de renseignements figurant censément dans les résumés et le contenu du contre-interrogatoire du 13 septembre 2005 de M. Jaballah. Cependant, comme il a été indiqué plus tôt, la juge Layden-Stevenson a expliqué que le résumé fourni à M. Jaballah en 2001 avait été modifié et étoffé à la longue, de sorte qu'à l'époque de l'audition relative aux motifs de détention de 2006, au moins, il y avait selon elle peu de choses pour faire une distinction entre les éléments de preuve figurant dans le dossier public et les renseignements confidentiels.

[36] Dans le cadre de la présente requête, toutes les transcriptions des témoignages antérieurs de M. Jaballah figurent dans un répertoire produit auprès de la Cour. Cependant, les résumés et les divulgations supplémentaires qui ont été fournis de temps à autre ne le sont pas.

[37] The consequence of the failure to provide the disclosure is that it is difficult to assess the extent to which Mr. Jaballah did not know the case to be met when he testified from time to time, and to then assess how that may or may not have affected the content and fairness of his testimony.

[38] A second difficulty faced by Mr. Jaballah in establishing any causal connection is that, for reasons discussed below, I find that Mr. Jaballah is not, and was not, a compellable witness in the prior security certificate proceedings. Mr. Jaballah's prior testimony before this Court was voluntary. Indeed, on the advice of his then counsel, Mr. Jaballah chose not to testify during the 2001 reasonableness hearing. As noted by the Court in *Goldhart*, it follows that the ministers had no assurance that after the certificate was issued Mr. Jaballah would provide evidence, let alone evidence that the ministers would later seek to rely upon. Because Mr. Jaballah was not a compellable witness, his evidence could not be "obtained" by the ministers. Mr. Jaballah's testimony could only result from his voluntary decision to testify, a decision he made in consultation with his counsel.

[39] Further, the fact that Mr. Jaballah may have been deprived of proper disclosure of the case to be met would preclude the drawing of any adverse inference that he failed to adduce evidence at an earlier time on a point that neither he nor his counsel could know was relevant.

[40] Different considerations apply where, with the assistance of counsel, Mr. Jaballah chose to give evidence. Mr. Jaballah has not explained how the fact that he may not have known the entire case to be met would impact upon the reliability of the testimony he chose to give. Put another way, Mr. Jaballah has failed to establish how any failure to make full disclosure would have affected the reliability of his prior voluntary testimony such that it is unfair to hold him to the content of his earlier evidence.

[37] À cause du défaut de fournir la divulgation, il est difficile d'évaluer la mesure dans laquelle M. Jaballah ignorait la preuve qu'il devait réfuter lorsqu'il témoignait de temps à autre, et d'évaluer ensuite de quelle façon cela a pu avoir une incidence, ou non, sur la teneur et l'équité de ses témoignages.

[38] Une seconde difficulté auquel fait face M. Jaballah dans le cadre de l'établissement d'un lien de causalité est que, pour des raisons analysées plus loin, je conclus que ce dernier n'est pas, et n'était pas, un témoin contraignable dans les procédures antérieures de certificat de sécurité. Les témoignages que M. Jaballah a faits antérieurement devant la présente Cour étaient volontaires. En fait, sur les instructions de son avocat de l'époque, M. Jaballah a décidé de ne pas témoigner lors de l'audience de 2001 sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité. Comme l'a souligné la Cour suprême dans l'arrêt *Goldhart*, il s'ensuit que les ministres n'avaient aucune garantie qu'après la délivrance du certificat M. Jaballah fournirait une preuve, et encore moins une preuve sur laquelle les ministres chercheraient plus tard à se fonder. Comme M. Jaballah n'était pas un témoin contraignable, il était impossible que cette preuve soit « obtenu[e] » par les ministres. Le témoignage de M. Jaballah ne pouvait découler que de sa décision volontaire de témoigner, décision qu'il a prise en consultation avec son avocat.

[39] En outre, le fait que M. Jaballah a pu avoir été privé de la divulgation appropriée de la preuve à réfuter empêcherait de tirer une inférence négative, à savoir qu'il avait omis de produire antérieurement des éléments de preuve sur un point que ni lui ni son avocat ne pouvaient savoir qu'il était pertinent.

[40] Des considérations différentes s'appliquent dans les cas où, avec l'aide de son avocat, M. Jaballah a décidé de fournir des éléments de preuve. Ce dernier n'a pas expliqué en quoi le fait qu'il ne connaissait peut-être pas toute la preuve à réfuter aurait une incidence sur la fiabilité du témoignage qu'il avait décidé de faire. Autrement dit, M. Jaballah n'a pas établi en quoi l'omission de faire une divulgation complète aurait eu une incidence sur la fiabilité de ses témoignages volontaires antérieurs, de sorte qu'il est inéquitable de le limiter au contenu de ses témoignages antérieurs.

[41] The final difficulty I see with the establishment of a causal connection between the section 7 violation and Mr. Jaballah's testimony is that the Supreme Court in *Charkaoui I* was careful to recognize that the right to know the case is not absolute. National security considerations can limit the extent of disclosure of information to an affected individual. It appears that the Supreme Court contemplated that a person named in a security certificate may in future have to proceed in the absence of full disclosure of the case to be met, so long as a substantial substitute is provided for that missing disclosure (for example, a special advocate). However, Mr. Jaballah submits that where a person named in a security certificate does not know the case to be met, his or her testimony will *per se* be obtained in a manner that infringes their rights under section 7 of the Charter. This submission appears to be contrary to the Supreme Court's premise that the right to know the case is not absolute.

[42] Turning to the existence of a temporal connection between the failure to disclose the case to be met and Mr. Jaballah's testimony, any failure to disclose sufficient information would commence with the filing of a deficient summary and supporting information. The failure would continue until a proper level of disclosure was provided. The lack of evidence with respect to the state of disclosure prevents me from properly considering the existence of a temporal link, particularly in respect of Mr. Jaballah's later testimony in 2005 and 2006.

[43] The strength of the connection between the evidence obtained and the Charter breach is a question of fact. The applicability of subsection 24(2) is to be decided on a case-by-case basis. See: *Goldhart*, at paragraph 40. For the above reasons, Mr. Jaballah has failed to establish the necessary causal or temporal connection between the evidence given through his testimony and the asserted Charter breach. I, therefore, find that Mr. Jaballah has failed to establish the applicability of subsection 24(2) of the Charter to the facts of this case.

[41] La dernière difficulté que je vois dans l'établissement d'un lien de causalité entre la violation de l'article 7 et le témoignage de M. Jaballah est que, dans l'arrêt *Charkaoui I*, la Cour suprême a pris soin de reconnaître que le droit de connaître la preuve produite contre soi n'est pas absolu. Des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l'étendue de la divulgation de renseignements à un intéressé. Il semble que la Cour suprême ait envisagé qu'une personne désignée dans un certificat de sécurité puisse dans l'avenir devoir procéder en l'absence d'une divulgation complète de la preuve à réfuter, tant qu'on offre une solution de rechange importante à cette divulgation manquante (par exemple, les services d'un avocat spécial). Cependant, M. Jaballah soutient que lorsqu'une personne désignée dans un certificat de sécurité ignore la preuve à réfuter, son témoignage sera, en soi, obtenu d'une manière contraire aux droits que lui garantit l'article 7 de la Charte. Cet argument semble contraire à la prémisse de la Cour suprême selon laquelle le droit de connaître la preuve produite n'est pas absolu.

[42] Quant à l'existence d'un lien temporel entre le défaut de divulguer la preuve à réfuter et le témoignage de M. Jaballah, toute omission de divulguer des renseignements suffisants commencerait par la production d'un résumé et de renseignements justificatifs lacunaires. L'omission se poursuivrait jusqu'à ce que l'on fournisse un niveau de divulgation approprié. Le manque de preuves quant à l'état de la divulgation m'empêche d'examiner convenablement l'existence d'un lien temporel, surtout en ce qui a trait aux témoignages ultérieurs de M. Jaballah en 2005 et 2006.

[43] La force du rapport entre les éléments de preuve obtenus et la violation de la Charte est une question de fait. L'applicabilité du paragraphe 24(2) doit être tranchée au cas par cas. Voir : *Goldhart*, au paragraphe 40. Pour les motifs qui précèdent, M. Jaballah n'a pas établi le lien temporel ou de causalité nécessaire entre les éléments de preuve fournis au moyen de ses témoignages et la présumée violation de la Charte. Je conclus donc que M. Jaballah n'est pas parvenu à établir que le paragraphe 24(2) de la Charte s'appliquait aux faits de l'espèce.

[44] I now move to consider Mr. Jaballah's submissions concerning section 13 of the Charter.

4. Is Mr. Jaballah entitled to a remedy under section 13 of the Charter?

[45] Section 13 of the Charter states:

Self-incrimination **13.** A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

[46] Mr. Jaballah submits that section 13 precludes the ministers from using in this proceeding for any purpose any evidence he has previously given in security certificate proceedings, as well as any testimony he gave before the IRB.

[47] The ministers respond that section 13 does not apply to this proceeding.

[48] With respect to the applicability of section 13, Mr. Jaballah argues that the immunity afforded by section 13 is not limited to criminal proceedings. He acknowledges that early cases, relying upon the inter-relationship between sections 13 and 11 of the Charter, held that section 13 applied to administrative proceedings only where they exposed the individual to penalty or forfeiture or "true penal consequences". "True penal consequences" have been defined by the Supreme Court to consist of imprisonment, or a fine which by its magnitude would appear to be imposed to redress a wrong done to society at large, rather than to maintain discipline, professional integrity and standards, or regulate conduct within a limited private sphere of activity. However, Mr. Jaballah submits that "this narrow and restrictive interpretation of the application of s. 13 fails to give adequate effect to the interrelationship between s. 13 and s. 7", and cannot be sustained in light of recent Supreme Court jurisprudence. The cases relied upon are: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248 (*Re Bagri*);

[44] Voyons maintenant les arguments de M. Jaballah sur l'article 13 de la Charte.

4. M. Jaballah a-t-il droit à réparation en vertu de l'article 13 de la Charte?

[45] Le texte de l'article 13 de la Charte est le suivant :

**13.** Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires. Témoignage incriminant

[46] Aux dires de M. Jaballah, l'article 13 empêche les ministres d'utiliser dans le cadre de la présente instance, et ce, à une fin quelconque, tout témoignage qu'il a donné antérieurement dans les procédures relatives à un certificat de sécurité, ainsi que dans tout témoignage qu'il a fait devant la CISR.

[47] Les ministres répondent que l'article 13 ne s'applique pas à la présente instance.

[48] Pour ce qui est de l'applicabilité de l'article 13, M. Jaballah soutient que l'immunité qu'accorde cette disposition ne se limite pas aux procédures de nature criminelle. Il reconnaît qu'il a été conclu dans des affaires antérieures, en se fondant sur la corrélation entre les articles 13 et 11 de la Charte, que l'article 13 s'appliquait aux instances administratives uniquement lorsqu'elles exposaient l'intéressé à une pénalité ou à une confiscation, ou à de « véritables conséquences pénales ». Selon la définition qu'en donne la Cour suprême, les « véritables conséquences pénales » consistent en une peine d'emprisonnement ou en une amende qui, par son importance, semblerait imposée dans le but de réparer un tort causé à la société en général, plutôt que pour maintenir la discipline, l'intégrité professionnelle et des normes, ou réglementer la conduite dans une sphère d'activités limitée. Cependant, M. Jaballah soutient que [TRADUCTION] « cette interprétation stricte et restrictive de l'application de l'article 13 ne donne pas un effet adéquat à la corrélation entre l'article 13 et l'article 7 », et que cette interprétation ne peut être

*Charkaoui I*, and *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui II*).

[49] The relevance of the two *Charkaoui* decisions is said to be in the Supreme Court's recognition of the grave consequences that may flow from security certificate proceedings, and the consequent requirement of a fair process that has regard to the nature of the proceedings and the interests at stake.

[50] Mr. Jaballah argues that the need for procedural protections is exceedingly high and those procedural protections must include immunity against the use by the ministers of his prior testimony. It is here that reliance is placed by Mr. Jaballah upon *Re Bagri*.

[51] In *Re Bagri*, the Court considered the constitutionality of provisions of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] that empower a judge, on the application of a peace officer, to initiate an investigative hearing where the judge is satisfied that there are reasonable grounds to believe either that a terrorism offence has been committed and that information concerning the offence or the whereabouts of the suspect is likely to be obtained, or that there are reasonable grounds to believe that a terrorism offence will be committed and that the witness has direct and material information relating to the offence or the whereabouts of a suspect. Additionally, reasonable prior attempts must have been made to obtain that information from the witness. The witness may be ordered to attend, to be examined under oath, and to produce anything in his possession or control.

[52] Subsection 83.28(10) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4] of the *Criminal Code* goes on to provide that no person shall be excused from answering a question or producing a thing on the ground that the answer or thing may tend to incriminate the person or subject the person to a proceeding or penalty. It also confers both use and

maintenue au vu de la jurisprudence récente de la Cour suprême. Les arrêts sur lesquels il se fonde sont les suivants : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248 (*Re Bagri*); *Charkaoui I* et *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui II*).

[49] La pertinence des deux arrêts *Charkaoui* résiderait dans le fait que la Cour suprême a reconnu les graves conséquences qui peuvent découler de procédures relatives à un certificat de sécurité, et la nécessité subséquente d'un processus équitable qui tient compte de la nature des procédures et des intérêts en jeu.

[50] M. Jaballah soutient qu'il est des plus nécessaires de disposer de protections procédurales et que ces dernières peuvent inclure une immunité contre l'utilisation que les ministres peuvent faire de ses témoignages antérieurs. C'est à cet égard que M. Jaballah se fonde sur l'arrêt *Re Bagri*.

[51] Dans l'arrêt *Re Bagri*, la Cour a examiné la constitutionnalité de dispositions du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] qui habilite un juge, à la suite de la demande d'un agent de la paix, à lancer une investigation judiciaire s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction de terrorisme a été commise et qu'il y a des chances d'obtenir les renseignements qui se rapportent à cette infraction ou au lieu où se trouve le suspect, ou de croire qu'une infraction de terrorisme sera commise et que le témoin a des renseignements directs et pertinents qui se rapportent à l'infraction ou au lieu où se trouve un suspect. En outre, il faut que des efforts raisonnables aient été faits au préalable pour obtenir ces renseignements du témoin. Il peut être ordonné à ce dernier de comparaître, de subir un interrogatoire sous serment et d'apporter toute chose qu'il a en sa possession ou à sa disposition.

[52] Le paragraphe 83.28(10) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 4] du *Code criminel* dispose ensuite que nul n'est dispensé de répondre à une question ou de produire une chose pour la raison que la réponse ou la chose remise peut tendre à l'incriminer ou à l'exposer à une procédure ou à une pénalité. Cette disposition confère

derivative use immunity in respect of any answer given or thing produced in any criminal proceeding against the person.

[53] Thus, subsection 83.28(10) provides protection to persons compelled to testify in judicial investigative hearings that are “equal to and, in the case of derivative use immunity, greater than the protections afforded to witnesses compelled to testify in other proceedings” including criminal trials. See: *Re Bagri*, at paragraph 73.

[54] In *Re Bagri*, the Supreme Court observed that testimony given in such a proceeding might also be used against non-citizens in deportation hearings held under section 34 of the Act. The Court concluded as follows in this context (at paragraphs 77–79):

This appeal is our first opportunity to discuss the parameters of a right against self-incrimination in the context of possible deportation or extradition hearings against, on the facts of this case, persons named under the s. 83.28 proceeding. Prior cases have focussed exclusively on the engagement of s. 7 in relation to government participation where the possibility of torture or death exists. The right against self-incrimination in the guise of testimonial compulsion has been recognized as non-absolute. Indeed, in the reasons above, we have affirmed the need for various procedural safeguards where testimonial compulsion is at issue. This Court has also expressly recognized the dire consequences which may flow from deportation and extradition, as such proceedings frequently have grave consequences for the liberty and security interests of individuals.

As in many other areas of law, a balance must be struck between the principle against self-incrimination and the state’s interest in investigating offences. We believe such a balance is struck by extending the procedural safeguards of s. 83.28 to extradition and deportation hearings. . . .

In order to meet the s. 7 requirements, the procedural safeguards found in s. 83.28 must necessarily be extended to extradition and deportation proceedings. In *Branch, supra*, at

aussi l’immunité contre l’utilisation de la preuve ainsi que l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée à l’égard de n’importe quelle réponse donnée ou chose produite dans le cadre de toute instance criminelle engagée contre la personne en question.

[53] Le paragraphe 83.28(10) confère donc aux personnes contraintes à témoigner dans une investigation judiciaire des protections qui sont « équivalentes et, dans le cas de l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée, supérieures à celles dont jouissent les témoins contraints à témoigner dans d’autres procédures », y compris les procès criminels. Voir : *Re Bagri*, au paragraphe 73.

[54] Dans l’arrêt *Re Bagri*, la Cour suprême a fait remarquer qu’un témoignage fait dans une telle procédure pouvait aussi être utilisée contre un non-citoyen lors d’audiences en matière d’expulsion tenues en vertu de l’article 34 de la LIPR. Dans ce contexte, la Cour a tiré la conclusion suivante (aux paragraphes 77 à 79) :

Le présent pourvoi nous donne l’occasion d’analyser, pour la première fois, les paramètres du droit de ne pas s’incriminer dans le contexte d’audiences en matière d’expulsion ou d’extradition auxquelles sont exposées, selon les faits de la présente affaire, des personnes visées par l’acte de procédure délivré en vertu de l’art. 83.28. Les affaires antérieures portaient exclusivement sur l’application de l’art. 7 dans le cas où le gouvernement participe à des procédures où le risque de torture ou de peine de mort est un enjeu. La Cour a reconnu que le droit de ne pas s’incriminer en livrant un témoignage forcé n’est pas absolu. En fait, dans les motifs qui précèdent, nous avons confirmé que diverses garanties procédurales sont requises lorsqu’il est question de contrainte à témoigner. La Cour a aussi expressément reconnu que les procédures d’expulsion et d’extradition peuvent avoir des effets désastreux, étant donné les graves conséquences qu’elles ont souvent sur les droits à la liberté et à la sécurité de certaines personnes.

Comme dans bien d’autres domaines du droit, il est nécessaire d’établir un équilibre entre le principe interdisant l’auto-incrimination et l’intérêt qu’a l’État à enquêter sur des infractions. Nous croyons que l’application des garanties procédurales de l’art. 83.28 aux audiences en matière d’extradition et d’expulsion permet d’établir cet équilibre [ . . . ]

Pour satisfaire aux exigences de l’art. 7, il faut nécessairement appliquer les garanties procédurales de l’art. 83.28 aux procédures d’extradition et d’expulsion. Dans

para. 5, derivative use immunity was stated to apply both in subsequent proceedings where the witness is an accused subject to penal sanctions, and more generally to any proceeding which engages s. 7 of the *Charter*, such as extradition and deportation hearings. The protective effect of s. 83.28(10) would be significantly undercut if information gathered under s. 83.28 was used at the state's discretion in subsequent extradition or deportation proceedings. Therefore, where there is the potential for such use by the state, the hearing judge must make and, if necessary, vary the terms of an order to properly provide use and derivative use immunity in extradition or deportation proceedings. [Emphasis added.]

[55] Mr. Jaballah relies upon that conclusion to argue that:

Although s. 13 was not considered in this case, it of course not being engaged at the point of the initial compulsion to testify, Mr. Jaballah submits these reasons are nevertheless instructive with respect to its scope and application. In effect, the Supreme Court required that *prospective* use immunity under s. 7 had to embrace not only criminal and quasi-criminal proceedings but also proceedings in respect of deportation and extradition where those proceedings entailed grave consequences for the individual. Mr. Jaballah submits that by parity of reasoning, *retrospective* use immunity under s. 13 ought to be equally encompassing. Mr. Jaballah further submits that this conclusion is bolstered by consideration of the Supreme Court's decisions in the subsequent cases of *Charkaoui (No. 1)*, *supra*, and *Charkaoui (No. 2)*. [Footnote omitted.]

[56] With respect, I do not believe that a protection crafted under section 7 of the Charter, in the specific factual context before the Court in *Re Bagri*, can alter the ambit or applicability of section 13 of the Charter. Put another way, section 7 may contain residual protections capable of extending protection beyond that conferred by section 13 of the Charter. See: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at paragraph 91. This, however, does not amend or alter the protection provided by section 13 of the Charter.

[57] In oral argument, counsel for Mr. Jaballah acknowledged that security certificate proceedings are

l'arrêt *Branch*, précité, par. 5, la Cour a affirmé que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée peut être revendiquée, à la fois, dans des procédures subséquentes où le témoin est un accusé passible de sanctions pénales et, de façon plus générale, dans toutes procédures qui déclenchent l'application de l'art. 7 de la *Charte*, telles les audiences en matière d'extradition et d'expulsion. L'effet protecteur du par. 83.28(10) serait sérieusement compromis si l'État pouvait, à sa discrétion, utiliser dans des procédures d'extradition ou d'expulsion subséquentes les renseignements recueillis en vertu de l'art. 83.28. Par conséquent, lorsqu'un tel risque existe, le juge qui préside l'investigation peut établir ou modifier, si nécessaire, les modalités de l'ordonnance de manière à accorder, comme il se doit, l'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée dans les procédures d'extradition ou d'expulsion. [Non souligné dans l'original.]

[55] M. Jaballah se fonde sur cette conclusion pour faire valoir ce qui suit :

[TRADUCTION] Même si l'article 13 n'a pas été examiné dans cette affaire, cette disposition n'entrant pas en application au stade de la contrainte initiale à témoigner, M. Jaballah soutient que ces motifs sont néanmoins instructifs quant à la portée et à l'application de cette disposition. En fait, la Cour suprême a prescrit que l'immunité contre l'utilisation *prospective* de la preuve que prévoit l'article 7 devait englober non seulement les procédures criminelles et quasi criminelles, mais aussi celles qui concernent les cas d'expulsion et d'extradition lorsqu'elles comportent de graves conséquences pour la personne visée. M. Jaballah soutient que, par souci de cohérence, l'immunité contre l'utilisation *retrospective* de la preuve que prévoit l'article 13 devrait englober les mêmes choses. Il soutient en outre que cette conclusion est étayée par l'examen des décisions que la Cour suprême a rendues dans deux affaires ultérieures : *Charkaoui (n° 1)*, précitée, et *Charkaoui (n° 2)*. [Renvoi omis.]

[56] Ceci étant dit avec respect, je ne crois pas qu'une protection conçue en vertu de l'article 7 de la Charte, dans le contexte factuel précis qui était soumis à la Cour dans l'arrêt *Re Bagri*, peut changer la portée ou l'applicabilité de l'article 13 de la Charte. En d'autres termes, l'article 7 peut contenir des protections résiduelles aptes à excéder celles que confère l'article 13. Voir : *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, au paragraphe 91. Toutefois, cela ne modifie pas la protection qu'accorde l'article 13 de la Charte.

[57] Dans leur plaidoirie, les avocates de M. Jaballah ont reconnu que les procédures de certificat de sécurité

not criminal in nature, and do not attract true penal consequences. See: transcript October 29, 2009, at page 112.

[58] Given that acknowledgment, and my conclusion that the decision in *Re Bagri* cannot by itself extend the application of section 13 of the Charter, I find that Mr. Jaballah has failed to establish that section 13 of the Charter applies to this proceeding.

[59] There remains to consider paragraph 83(1)(h) of the Act.

5. Is this a proper case for the application of paragraph 83(1)(h) of the Act?

[60] Paragraph 83(1)(h) of the Act provides that in proceedings relating to security certificates:

Protection of information **83.** (1) The following provisions apply to proceedings under any of sections 78 and 82 to 82.2:

...

(h) the judge may receive into evidence anything that, in the judge's opinion, is reliable and appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base a decision on that evidence;

[61] During oral argument, I enquired of counsel for the parties whether paragraph 83(1)(h) of the Act would permit the Court to refuse to receive evidence on the ground that the evidence was not reliable or was not appropriate. Both parties agreed that it would. See: transcript October 30, 2009, at pages 328–330 and pages 379–381. For the following reasons, I believe that to be correct.

[62] On its face, paragraph 83(1)(h) appears intended to facilitate the admission of evidence that would otherwise be inadmissible. The provision recognizes the type of information and intelligence that is collected in the context of national security investigations. An example would be information obtained from a reliable

ne sont pas de nature criminelle et n'entraînent pas de véritables conséquences pénales. Voir : notes sténographiques du 29 octobre 2009, à la page 112.

[58] Compte tenu de cette reconnaissance, ainsi que de ma conclusion selon laquelle la décision rendue dans *Re Bagri* ne peut en soi étendre l'application de l'article 13 de la Charte, je conclus que M. Jaballah n'est pas parvenu à établir que cette disposition s'applique à la présente instance.

[59] Il reste à examiner l'alinéa 83(1)h de la Loi.

5. L'affaire se prête-t-elle à l'application de l'alinéa 83(1)h de la Loi?

[60] L'alinéa 83(1)h de la Loi indique que dans les procédures relatives à un certificat de sécurité :

**83.** (1) Les règles ci-après s'appliquent aux instances visées aux articles 78 et 82 à 82.2 :

Protection des renseignements

[...]

h) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément — même inadmissible en justice — qu'il estime digne de foi et utile et peut fonder sa décision sur celui-ci;

[61] Lors des plaidoiries, j'ai demandé aux avocats des parties si l'alinéa 83(1)h permettait à la Cour de refuser de recevoir des éléments de preuve qui ne seraient pas dignes de foi ou utiles. Les deux parties ont reconnu que oui. Voir : notes sténographiques du 30 octobre 2009, aux pages 328 à 330 et 379 à 381. Pour les motifs qui suivent, je crois que cela est exact.

[62] À première vue, l'alinéa 83(1)h semble destiné à faciliter l'admission d'éléments de preuve qui seraient par ailleurs inadmissibles. Cette disposition reconnaît le type d'informations et de renseignements que l'on recueille dans le contexte d'une enquête en matière de sécurité nationale. Un exemple de cela serait les

foreign agency. The Court may be satisfied that the information is reliable and appropriate, but under traditional rules of evidence it would be inadmissible as hearsay.

[63] Notwithstanding that purpose, the use of broad and permissive words and phrases such as “may”, “in the judge’s opinion” and “reliable and appropriate” confer broad discretion upon the designated judge to control, on a principled basis, the information and evidence received by the Court.

[64] Support for that view is found in subsection 83(1.1) [as enacted by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the Act which states:

**83. ...**

Clarification

(1.1) For the purposes of paragraph (1)(h), reliable and appropriate evidence does not include information that is believed on reasonable grounds to have been obtained as a result of the use of torture within the meaning of section 269.1 of the *Criminal Code*, or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment within the meaning of the Convention Against Torture.

[65] The clause-by-clause analysis of Bill C-3 [S.C. 2008, c. 3] states that subsection 83(1.1) was added to clarify that reliable and appropriate evidence does not include information believed on reasonable grounds to have been obtained by torture. That subsection 83(1.1) is simply a “clarification” reflects, in my view, Parliament’s intent that information or evidence tainted by unreliability or inappropriateness should not be received by the Court.

[66] Having so characterized paragraph 83(1)(h) of the Act, I will first consider what, if any, use can be made in this proceeding of Mr. Jaballah’s prior testimony given in the reasonableness and detention review hearings associated with the first two certificates. I will then move to consider what, if any, use can be made of his testimony before the IRB.

informations obtenues d’un organisme étranger digne de confiance. Il est fort possible que la Cour soit convaincue que l’information est digne de foi et utile mais, selon les règles de preuve classiques, elle serait inadmissible car il s’agirait de ouï-dire.

[63] Indépendamment de cette fin, l’emploi de mots larges et permissifs comme « peut », « qu’il estime » et « digne de foi et utile » confère au juge désigné le vaste pouvoir discrétionnaire de contrôler, d’une manière rationnelle, les informations et les éléments de preuve que reçoit la Cour.

[64] Cette opinion s’appuie sur le paragraphe 83(1.1) [édicte par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la Loi, dont le texte est le suivant :

**83. [...]**

(1.1) Pour l’application de l’alinéa (1)h), sont exclus des éléments de preuve dignes de foi et utiles les renseignements dont il existe des motifs raisonnables de croire qu’ils ont été obtenus par suite du recours à la torture, au sens de l’article 269.1 du *Code criminel*, ou à d’autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, au sens de la Convention contre la torture.

Précision

[65] L’analyse article par article du projet de loi C-3 [L.C. 2008, ch. 3] indique que le paragraphe 83(1.1) a été ajouté pour préciser que les éléments de preuve dignes de foi et utiles n’incluent pas les informations qui, a-t-on des motifs raisonnables de croire, ont été obtenues sous la torture. Le fait que le paragraphe 83(1.1) soit simplement une « clarification » reflète à mon sens l’intention du législateur selon laquelle la Cour ne devrait pas recevoir d’informations ou d’éléments de preuve entachés par le fait qu’ils ne sont pas dignes de foi ou utiles.

[66] Après avoir caractérisé ainsi l’alinéa 83(1)h) de la Loi, j’examinerai d’abord l’usage qui peut être fait en l’espèce des témoignages antérieurs que M. Jaballah a faits lors de l’audience relative au caractère raisonnable du certificat de sécurité et de l’audience relative aux motifs de détention qui sont associées aux deux premiers certificats. J’examinerai ensuite l’usage qui peut être fait du témoignage qu’il a fait devant la CISR.

a. Mr. Jaballah's evidence given before this Court in the proceedings related to the two prior security certificates.

[67] For Mr. Jaballah's prior testimony to be received into evidence it must be reliable and appropriate. My concern is with respect to the appropriateness of receiving this evidence.

[68] In *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498 the word "appropriate" was found to generally confer a very broad latitude and discretion. At the same time, the word must take its meaning from the relevant context (see paragraphs 48 and 51).

[69] In the context of security certificate proceedings, the process so impacts upon the named person's liberty interests that section 7 of the Charter is engaged. See: *Charkaoui I*, at paragraph 18.

[70] The application of section 7 does not dictate any particular process, but requires a fair process having regard to the nature of the proceedings and the interests at stake. It is the context that determines what procedures are required in order to conform to the principles of fundamental justice. The Supreme Court has stated that factual situations that are closer to criminal proceedings will merit greater vigilance by the courts. In security certificate proceedings, the overarching principle of fundamental justice is that persons named in security certificates must be accorded a fair judicial process. See: *Charkaoui I*, at paragraphs 20, 25 and 28.

[71] Absent exceptional circumstances that are difficult, if not impossible, to envision, where the receipt of evidence would violate the principles of fundamental justice it would not be appropriate to receive such evidence. The question therefore becomes whether receipt of Mr. Jaballah's prior evidence before this Court would accord with the principles of fundamental justice.

a. La preuve qu'a fournie M. Jaballah devant la présente Cour en l'espèce ayant trait aux deux certificats de sécurité antérieurs.

[67] Pour que les témoignages antérieurs de M. Jaballah soient reçus en preuve, il faut qu'ils soient dignes de foi et utiles (ou indiqués). La question qui me préoccupe a trait au caractère indiqué de la réception de ces éléments de preuve.

[68] Dans l'arrêt *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498, il a été conclu que le mot « indiqué » évoque généralement l'existence d'une très grande latitude et d'un très large pouvoir discrétionnaire. En même temps, ce mot doit tirer son sens du contexte pertinent (voir les paragraphes 48 et 51).

[69] Dans le contexte des procédures de certificat de sécurité, le processus a un tel effet sur le droit à la liberté de la personne désignée qu'il fait entrer en application l'article 7 de la Charte. Voir : *Charkaoui I*, au paragraphe 18.

[70] L'application de l'article 7 ne dicte aucun processus particulier, mais exige la tenue d'un processus équitable qui tient compte de la nature des procédures et des intérêts en jeu. C'est le contexte qui détermine quelles sont les procédures qui sont requises pour se conformer aux principes de justice fondamentale. La Cour suprême a déclaré que les situations de fait qui se rapprochent davantage d'une procédure criminelle méritent une plus grande vigilance de la part des tribunaux. Dans les procédures de certificat de sécurité, le principe de justice fondamentale prépondérant est que les personnes désignées dans un certificat de sécurité doivent bénéficier d'un processus judiciaire équitable. Voir : *Charkaoui I*, aux paragraphes 20, 25 et 28.

[71] En l'absence de circonstances exceptionnelles qui sont difficiles, voire impossibles, à envisager, si la réception d'un élément de preuve violait les principes de justice fondamentale il ne serait pas indiqué de le recevoir. Il faut donc déterminer si la réception des témoignages antérieurs que M. Jaballah a faits devant la Cour serait conforme aux principes de justice fondamentale.

[72] In order to determine whether it is appropriate to receive Mr. Jaballah's prior testimonial evidence, it is necessary to identify the nature of that evidence and the extent of the protections required by section 7. The question raised by the parties whether Mr. Jaballah is a compellable witness in these proceedings impacts upon both of these considerations. Additionally, while I have found that section 13 of the Charter does not apply to this case, I believe that the content of the protection provided by that section has some relevance to the extent of the procedural protections required by the principles of fundamental justice.

[73] The ministers contend on this motion that Mr. Jaballah, as a person named in a security certificate, is not a compellable witness in proceedings related to the certificate. The ministers say that this consequence flows from the operation of section 7 of the Charter and the wording of paragraph 83(1)(g) [as am. *idem*] of the Act. See: transcript October 30, 2009, at page 266 and pages 300–302. Paragraph 83(1)(g) provides:

Protection of information **83.** (1) The following provisions apply to proceedings under any of sections 78 and 82 to 82.2:

...

(g) the judge shall provide the permanent resident or foreign national and the Minister with an opportunity to be heard;

[74] Mr. Jaballah disagrees, and states that he is a compellable witness such that his prior testimony should be treated as having been compelled. Mr. Jaballah supports this submission by reference to the strong presumption of compellability both at common law and in the structure of the Charter. He also relies upon the *obiter* comment of my colleague Justice Mosley in *Almrei (Re)*, 2009 FC 3, 337 F.T.R. 160 to the effect that Mr. Almrei “could, conceivably” be compelled to testify at a detention review hearing.

[75] Because of the consequences that I believe flow from a finding that a person named in a security

[72] Pour savoir s'il est indiqué de recevoir les témoignages antérieurs de M. Jaballah, il est nécessaire de déterminer la nature de cette preuve et l'étendue des protections qu'exige l'article 7. Les parties se sont demandées si M. Jaballah est un témoin contraignable en l'espèce, et cette question a une incidence sur ces deux aspects. En outre, même si j'ai conclu que l'article 13 de la Charte ne s'applique pas en l'espèce, je crois que la teneur de la protection qu'accorde cette disposition a une certaine pertinence pour l'étendue des protections procédurales que requièrent les principes de justice fondamentale.

[73] Les ministres soutiennent dans le cadre de la présente requête que M. Jaballah, en tant que personne désignée dans un certificat de sécurité, n'est pas un témoin contraignable dans les procédures qui se rapportent au certificat. Ils disent que cette conséquence découle de l'application de l'article 7 de la Charte, ainsi que du libellé de l'alinéa 83(1)g [mod., *idem*] de la Loi. Voir : notes sténographiques du 30 octobre 2009, à la page 266 et aux pages 300 à 302. Le texte de l'alinéa 83(1)g est le suivant :

Protection des renseignements **83.** (1) Les règles ci-après s'appliquent aux instances visées aux articles 78 et 82 à 82.2 :

[...]

(g) il donne à l'intéressé et au ministre la possibilité d'être entendus;

[74] M. Jaballah n'est pas d'accord et indique qu'il est un témoin contraignable, de sorte qu'il faudrait traiter ses témoignages antérieurs comme s'ils avaient été forcés. M. Jaballah étaye cet argument en faisant référence à la forte présomption de contraignabilité, tant en common law que dans la structure de la Charte. Il se fonde également sur le commentaire qu'a fait en passant mon collègue, le juge Mosley, dans la décision *Almrei (Re)*, 2009 CF 3, à savoir que M. Almrei pourrait [TRADUCTION] « fort bien » être contraint à témoigner à une audience de contrôle des motifs de détention.

[75] À cause des conséquences qui, je crois, découlent d'une conclusion selon laquelle une personne

certificate is not a compellable witness, it is important to resolve this issue.

[76] I acknowledge the presumption of compellability at common law and the structure of the Charter whereby paragraph 11(c) only protects a person from compulsion when they are charged with an offence. I also acknowledge that the jurisprudence establishes that paragraph 11(c) of the Charter does not apply in inadmissibility proceedings. See, for example, *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at page 735 where the Court wrote that deportation provisions are “not concerned with the penal consequences of the acts of individuals.”

[77] However, I do not believe paragraph 11(c) of the Charter to exhaust Charter protection against compellability. Just as section 7 of the Charter may provide a residual protection against self-incrimination, section 7 may provide a residual protection against compellability. Security certificates entail the detention of a non-citizen incidental to the ministers’ attempt to remove the person from the country. The seriousness of the liberty and security interests implicated in this process require commensurate procedural protections that meet the common law duty of fairness and the requirements of fundamental justice.

[78] The ministers would only attempt to compel a person named in the security certificate to testify for the purpose of furnishing evidence that the ministers could rely upon. In my view, to coerce such a person to furnish evidence against his or her interest, in circumstances where their liberty and security interests are so engaged, would not afford the person a fair judicial process and would be contrary to the principles of fundamental justice. This is so because the factors that favour the importance of the search for truth do not outweigh the factors that favour protecting the individual against undue compulsion by the state.

désignée dans un certificat de sécurité n’est pas un témoin contraignable, il est important de régler cette question.

[76] Je reconnais la présomption de contraignabilité en common law et la structure de la Charte selon laquelle l’alinéa 11c) ne protège une personne contre la contrainte que lorsqu’elle est accusée d’une infraction. Je reconnais également que la jurisprudence établit que l’alinéa 11c) de la Charte ne s’applique pas aux procédures d’interdiction de territoire. Voir, par exemple, *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la page 735, où la Cour a écrit que les dispositions en matière d’expulsion « ne portent pas sur les conséquences pénales des actes de particuliers ».

[77] Cependant, je ne crois pas que l’alinéa 11c) de la Charte épuise les protections qu’offre cette dernière contre la contraignabilité. L’article 7 de la Charte peut offrir une protection résiduelle contre l’auto-incrimination, mais il peut aussi offrir une protection résiduelle contre la contraignabilité. Les certificats de sécurité impliquent la mise en détention d’un non-citoyen accessoirement à l’effort que font les ministres pour expulser cet individu du pays. La gravité des droits à la liberté et à la sécurité qu’implique ce processus exige des protections procédurales équivalentes qui satisfont à l’obligation d’équité en common law et aux impératifs de la justice fondamentale.

[78] Les ministres ne tenteraient de contraindre une personne désignée dans le certificat de sécurité à témoigner que dans le but de fournir des preuves sur lesquelles ils pourraient se fonder. À mon avis, contraindre une telle personne à fournir des preuves contraires à son intérêt, dans des circonstances où les droits de cette personne à la liberté et à la sécurité sont à ce point mis en cause, n’accorderait pas à cette personne un processus judiciaire équitable et serait contraire aux principes de justice fondamentale. Il en est ainsi parce que les facteurs qui favorisent l’importance de la recherche de la vérité n’ont pas plus de poids que ceux qui favorisent la protection de la personne contre une contrainte induite de la part de l’État.

[79] I conclude, therefore, that the ministers are correct when they concede that, by operation of section 7 of the Charter, Mr. Jaballah is not a compellable witness. I also agree that this conclusion is consistent with the language of the Act. Paragraph 83(1)(g) requires the judge to “provide the permanent resident or foreign national and the Minister with an opportunity to be heard.” This language is not consistent with the ability to coerce testimony from any party. Further, the Act does not provide any mechanism to compel the named person’s testimony or to sanction any failure to testify.

[80] Further, as the ministers submit, a person named in a certificate can present their case through evidence other than his or her own testimony.

[81] Finally, with respect to the *obiter* remark of Justice Mosley in *Almrei*, again as the ministers point out, at paragraph 70 of those reasons, Justice Mosley ruled that Mr. Almrei could choose not to testify at the detention review.

[82] Having found Mr. Jaballah not to be compellable, I believe that consequences flow from this conclusion.

[83] In *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at page 353, the majority of the Supreme Court considered the value promoted by the non-compellability rule. While I agree with the ministers that there should be no wholesale importation of criminal justice principles into what is otherwise an immigration matter, I believe it to be instructive to consider the value promoted by the non-compellability rule, particularly where the applicability of that rule is conceded by the ministers.

[84] In *Dubois*, at page 357, the Court accepted that the non-compellability rule seeks to promote the principle of the case to meet. The Court quoted with approval the following: “The important protection [of the non-compellability rule] is not that the accused need not testify, but that the Crown must prove its case before there can be any expectation that he will respond”. The Supreme Court went on to note that the corollary of the

[79] Je conclus donc que les ministres ont raison lorsqu’ils admettent que, par application de l’article 7 de la Charte, M. Jaballah n’est pas un témoin contraignable. Je conviens également que cette conclusion concorde avec le libellé de la Loi. L’alinéa 83(1)g exige du juge qu’« il donne à l’intéressé et au ministre la possibilité d’être entendu ». Ce libellé ne cadre pas avec la capacité de contraindre une partie quelconque à témoigner. De plus, la Loi ne comporte aucun mécanisme permettant d’obliger la personne désignée à témoigner ou de sanctionner toute omission de témoigner.

[80] De plus, comme le font valoir les ministres, une personne désignée dans un certificat peut présenter ses arguments autrement que par son propre témoignage.

[81] Finalement, en ce qui concerne la remarque faite en passant par le juge Mosley dans la décision *Almrei*, là encore les ministres font remarquer qu’au paragraphe 70 de ses motifs, le juge Mosley a conclu que M. Almrei pouvait décider de ne pas témoigner au contrôle des motifs de sa détention.

[82] Ayant conclu que M. Jaballah n’est pas contraignable, je crois qu’il y a des conséquences qui en découlent.

[83] Dans l’arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la page 353, les juges majoritaires de la Cour suprême ont examiné la valeur que vise à atteindre la règle de la non-contraignabilité. Je suis d’accord avec les ministres qu’il ne faudrait pas importer en bloc des principes de justice criminelle dans ce qui constitue par ailleurs une affaire d’immigration, mais je crois qu’il est instructif d’examiner la valeur que vise à atteindre la règle de la non-contraignabilité, surtout quand les ministres admettent que cette règle s’applique.

[84] Dans l’arrêt *Dubois*, à la page 357, la Cour a admis que la règle de la non-contraignabilité vise à promouvoir le principe de la preuve à réfuter. La Cour a cité en y souscrivant le passage suivant : « Ce n’est pas le fait que l’accusé ne soit pas obligé de témoigner qui le protège mais le fait que la Couronne soit obligée de prouver l’accusation avant qu’on s’attende à une réaction de sa part ». La Cour suprême a ensuite souligné

initial right to silence was protection against self-incrimination. At pages 365 and 366, Justice Lamer (as he then was) wrote:

Having established that s. 13 is a form of protection against self-incrimination, it is still necessary to consider whether this implies that an accused who has chosen to testify should be protected in a retrial of the same offence or one included therein.

I do not see how the evidence given by the accused to meet the case as it was in the first trial could become part of the Crown's case against the accused in the second trial, without being in violation of s. 11(d), and to a lesser extent of s. 11(c)....

To allow the prosecution to use, as part of its case, the accused's previous testimony would, in effect, allow the Crown to do indirectly what it is estopped from doing directly by s. 11(c), i.e. to compel the accused to testify. It would also permit an indirect violation of the right of the accused to be presumed innocent and remain silent until proven guilty by the prosecution, as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. Our constitutional *Charter* must be construed as a system where "Every component contributes to the meaning as a whole, and the whole gives meaning to its parts" (P. A. Côté writing about statutory interpretation in *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 236). The courts must interpret each section of the *Charter* in relation to the others (see, for example, *R. v. Carson* (1983), 20 M.V.R. 54 (Ont. C.A.); *R. v. Konechny*, [1984] 2 W.W.R. 481 (B.C.C.A.); *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1 (C.A.); *R. v. Antoine*, *supra*). To hold that a new trial is not "any other proceedings" within the meaning of s. 13 would in fact authorize an interpretation of a *Charter* right which would imply a violation of another *Charter* right. Such a result should be avoided. [Emphasis added.]

[85] The correctness of this view was recently reaffirmed by the Supreme Court of Canada in *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at paragraphs 25–27 and 39–40.

[86] By parity of reasoning, allowing the ministers to use Mr. Jaballah's prior testimony as part of their case in chief would allow the ministers to indirectly compel Mr. Jaballah to testify.

que le droit initial au silence avait pour corollaire la protection contre l'auto-incrimination. Aux pages 365 et 366, le juge Lamer (tel était alors son titre) écrit ce qui suit :

Après avoir établi que l'art. 13 confère une forme de protection contre l'auto-incrimination, il est aussi nécessaire de déterminer si cela signifie qu'un accusé qui a choisi de témoigner doit être protégé à l'occasion du nouveau procès relativement à la même infraction ou à une infraction comprise.

Je ne vois pas comment le témoignage donné par l'accusé pour réfuter la preuve soumise au premier procès pourrait, sans contrevenir à l'al. 11d), et à un degré moindre à l'al. 11c) [...]

Permettre à la poursuite d'utiliser, dans le cadre de sa preuve principale, le témoignage antérieur de l'accusé aurait comme conséquence de lui permettre de faire indirectement ce qui lui est interdit de faire directement en vertu de l'al. 11c), c.-à-d. contraindre l'accusé de témoigner. Ce serait de plus permettre une violation indirecte du droit de l'accusé d'être présumé innocent et de garder le silence jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par la poursuite, droit que lui garantit l'al. 11d) de la *Charte*. Notre *Charte* constitutionnelle doit s'interpréter comme un système où « chaque élément contribue au sens de l'ensemble et l'ensemble au sens de chacun des éléments » (comme l'écrit P.A. Côté dans *Interprétation des lois* (1982), à la p. 257). Les tribunaux doivent interpréter chaque article de la *Charte* en fonction des autres articles (voir, par exemple, *R. v. Carson* (1983), 20 M.V.R. 54 (C.A. Ont.); *R. v. Konechny*, [1984] 2 W.W.R. 481 (C.A.C.-B.); *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1 (C.A.); *R. v. Antoine*, précité). Conclure qu'un nouveau procès n'est pas une « autre procédure » au sens de l'art. 13 équivaudrait en fait à permettre une interprétation d'un droit conféré par la *Charte* qui comporte la violation d'un autre droit conféré par la *Charte*. Il faut éviter un tel résultat. [Non souligné dans l'original.]

[85] La Cour suprême du Canada a récemment confirmé cette opinion dans l'arrêt *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, aux paragraphes 25 à 27 et 39 à 40.

[86] Par souci de cohérence, le fait de permettre aux ministres d'utiliser les témoignages antérieurs de M. Jaballah dans le cadre de leur preuve principale reviendrait à leur permettre de contraindre indirectement ce dernier à témoigner.

[87] I therefore conclude that, just as compelling Mr. Jaballah to testify would violate the principles of fundamental justice, allowing the ministers to use his prior testimony as part of their case in chief would also violate principles of fundamental justice. It follows that it would not be appropriate to receive such material into evidence.

[88] The next matter that must be considered is this. If in this proceeding Mr. Jaballah chooses to testify, can the ministers use his prior testimony for purposes of cross-examination. More specifically, would such use be in accordance with the principles of fundamental justice?

[89] As noted by the majority of the Supreme Court in *R v. R.J.S.*, at paragraph 108, any rule demanded by the principle against self-incrimination which places a limit on compellability is in dynamic tension with the opposing principle of fundamental justice which suggests that, in the search for the truth, all relevant evidence should be available to the Court.

[90] This tension is, I believe, reflected in the following passage from *Henry* (at paragraphs 2–3):

It seems a long stretch from the important purpose served by a right designed to protect against compelled self-incrimination to the proposition advanced by the appellants in the present case, namely that an accused can volunteer one story at his or her first trial, have it rejected by the jury, then after obtaining a retrial on an unrelated ground of appeal volunteer a different and contradictory story to a jury differently constituted in the hope of a better result because the second jury is kept in the dark about the inconsistencies.

The protective policy of s. 13 must be considered in light of the countervailing concern that an accused, by tailoring his or her testimony at successive trials on the same indictment, may obtain through unexposed lies and contradictions an unjustified acquittal, thereby bringing into question the credibility of the trial process itself. Effective cross-examination lies at the core of a fair trial: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 608; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 663; *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58, at para. 76; *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5, at para. 41. Catching a witness in self-contradictions is one of the staples of effective cross-examination.

[87] Je conclus donc que, si le fait de contraindre M. Jaballah violerait les principes de justice fondamentale, celui d'autoriser les ministres à utiliser ses témoignages antérieurs dans le cadre de leur preuve principale aurait aussi le même résultat. Il s'ensuit qu'il ne serait pas indiqué de recevoir ces éléments en preuve.

[88] L'autre point à examiner est le suivant. Si, dans la présente instance, M. Jaballah décide de témoigner, les ministres peuvent-ils utiliser ses témoignages antérieurs pour le contre-interroger? Plus précisément, cela serait-il conforme aux principes de justice fondamentale?

[89] Comme l'ont signalé les juges majoritaires de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. R.J.S.*, au paragraphe 108, toute règle qu'exige le principe interdisant l'auto-incrimination et qui impose une limite à la contraignabilité exerce une tension dynamique avec le principe contraire de la justice fondamentale qui indique que, dans la recherche de la vérité, tous les éléments de preuve pertinents doivent être mis à la disposition de la Cour.

[90] Cette tension est, je crois, illustrée dans le passage suivant, extrait de l'arrêt *Henry* (aux paragraphes 2 et 3) :

Il y a un monde entre l'objet important visé par un droit destiné à protéger contre l'auto-incrimination forcée et la prétention des appelants, selon laquelle un accusé peut, après avoir donné volontairement une version des faits à son premier procès, l'avoir vue rejetée par le jury et avoir obtenu un nouveau procès pour un motif distinct, soumettre volontairement une version différente et contradictoire à un jury différemment constitué, dans l'espoir que celui-ci rendra un verdict plus favorable parce que les contradictions avec la première version ne lui seront pas révélées.

La finalité protectrice de l'art. 13 a un contrepois dont il faut tenir compte, soit la crainte qu'un accusé puisse ajuster son témoignage au cours de procès successifs relativement à la même accusation et ainsi être acquitté à tort, grâce à des mensonges et des contradictions non révélés, ce qui ébranlerait la crédibilité du processus judiciaire lui-même. Un contre-interrogatoire efficace constitue une composante essentielle d'un procès équitable : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 608; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 663; *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58, par. 76; *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, 2004 CSC 5, par. 41. Mettre au jour les contradictions dans les déclarations d'un témoin est l'un des éléments principaux d'un contre-interrogatoire efficace.

[91] In *Henry*, the Supreme Court reviewed prior jurisprudence that had interpreted the scope of the protection against self-incrimination guaranteed by section 13 of the Charter. The circumstances before the Court in *Henry* were that the accused persons had voluntarily testified both at their first trial and at their subsequent retrial. At the second trial they told a different version of events and they were cross-examined on their prior inconsistent testimony. They argued before the Supreme Court that this use of their prior testimony violated their right against self-incrimination guaranteed by section 13 of the Charter. The Court concluded that section 13 does not apply to protect an accused who chooses to testify at his or her retrial on the same indictment.

[92] I believe the values that informed the Court's analysis in *Henry* should inform considerations of the scope of the protection afforded to Mr. Jaballah under section 7 of the Charter. The liberty and security interests that are engaged in this proceeding are significant; however, I do not see that they justify greater protection than would be afforded to an accused in a criminal proceeding.

[93] For this reason, if Mr. Jaballah chooses to testify in this proceeding, the ministers may cross-examine him upon any prior statement made in previous security certificate proceedings.

b. IRB testimony

[94] Mr. Jaballah confined his submissions concerning his testimony before the IRB to section 13 of the Charter. Given, however, that I have concluded that section 7 of the Charter is relevant, it is necessary for me to consider whether it would be contrary to principles of fundamental justice to receive such testimony from the ministers in support of their case.

[95] In their section 13 analysis, counsel for Mr. Jaballah argued that the IRB hearing was "another proceeding" and that he was a compellable witness before the IRB. They relied upon the fact that, at the

[91] Dans l'arrêt *Henry*, la Cour suprême a passé en revue des éléments jurisprudentiels dans lesquels avait été interprétée la portée de la protection contre l'auto-incrimination que garantit l'article 13 de la Charte. Les circonstances soumises à la Cour dans cette affaire étaient que les accusés avaient témoigné volontairement, tant à leur premier procès qu'à leur nouveau procès ultérieur. Au second procès, ils avaient relaté une version différente des faits et ils avaient été contre-interrogés sur leurs témoignages incompatibles antérieurs. Ils ont fait valoir devant la Cour suprême que cette utilisation de leurs témoignages antérieurs violait le droit à ne pas s'incriminer que garantissait l'article 13 de la Charte. La Cour a conclu que l'article 13 ne s'appliquait pas pour protéger un accusé qui décidait de témoigner à son nouveau procès sur le même acte d'accusation.

[92] Je crois que les valeurs qui ont éclairé l'analyse faite par la Cour dans l'arrêt *Henry* devraient éclairer l'examen relatif à la portée de la protection que l'article 7 de la Charte accorde à M. Jaballah. Les droits à la liberté et à la sécurité qui sont en cause dans la présente instance sont importants, mais je ne pense pas qu'ils justifient une protection supérieure à celle que l'on accorderait à un accusé dans une instance criminelle.

[93] Pour cette raison, si M. Jaballah décide de témoigner dans la présente instance, les ministres peuvent le contre-interroger sur toute déclaration antérieure faite lors des procédures de certificat de sécurité antérieures.

b. Le témoignage fait devant la CISR

[94] M. Jaballah a limité ses observations concernant le témoignage qu'il a fait devant la CISR à l'article 13 de la Charte. Cependant, comme j'ai conclu que l'article 7 de la Charte est pertinent, il est nécessaire que j'examine s'il serait contraire aux principes de justice fondamentale de recevoir des ministres cette preuve à l'appui de leurs arguments.

[95] Dans son analyse concernant l'article 13, les avocates de M. Jaballah ont fait valoir que l'audience de la CISR faisait partie « d'autres procédures » et qu'il était un témoin contraignable devant la CISR.

relevant time, the governing legislation conferred on members of the IRB all of the powers and authorities of a commissioner appointed under Part I [sections 1 to 5] of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11 including the power to require a person to appear and testify. The ministers responded that while IRB members did possess the powers of commissioners of inquiry, the nature of the IRB proceedings and of Mr. Jaballah's testimony must be considered.

[96] I agree, and view Mr. Jaballah's evidence before the IRB to be qualitatively different from his testimony in previous certificate proceedings.

[97] Mr. Jaballah's refugee claim was one initiated as a result of his own free decision to embark on that process. Before or during the process he would have learned that in order to advance a refugee claim, he was required to file a personal information form, completed under oath, and to appear and testify under oath. Mr. Jaballah chose to do both. Throughout the refugee claim, Mr. Jaballah was not coerced into providing evidence. Any failure to file a personal information form or to attend a hearing would not have led to any penalty or proceeding for contempt. Rather, a hearing would have been held into the abandonment of the refugee claim. In the refugee hearing, Mr. Jaballah was not in an adversarial position to the state. Unless the Minister of Citizenship and Immigration was of the view that cessation or exclusion clauses applied (under subsection 2(2) of the former *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] or section E or F of Article 1 of the Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6]) refugee hearings held before the IRB were viewed to be non-adversarial in nature in that there was no case to be met by the claimant. This was because there was no party adverse in interest to the claimant. See: *CRDD Handbook*, March 31, 1999, pages 1-8 to 1-12.

Elles se sont fondées sur le fait qu'à l'époque en cause, le texte de loi qui régissait la question conférait aux membres de la CISR tous les pouvoirs d'un commissaire nommé en vertu de la partie I [articles 1 à 5] de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, y compris celui d'exiger qu'une personne compareisse et témoigne. Les ministres ont répondu que même si les commissaires de la CISR détenaient effectivement les pouvoirs d'un commissaire d'enquête, il était nécessaire de prendre en considération la nature des procédures de la CISR ainsi que celle du témoignage de M. Jaballah.

[96] Je suis d'accord, et je considère que la preuve de M. Jaballah devant la CISR est, d'un point de vue qualitatif, différente des témoignages qu'il a faits lors des procédures de certificat antérieures.

[97] La demande d'asile de M. Jaballah a été entreprise à la suite de la décision personnelle, prise librement par lui, de se lancer dans ce processus. Avant ou pendant le processus, il aurait appris que pour présenter une demande d'asile il lui fallait produire un formulaire de renseignements personnels, établi sous serment, ainsi que comparaître et témoigner sous serment. M. Jaballah a choisi de faire les deux. Pendant toute la durée de la demande d'asile, M. Jaballah n'a pas été contraint à fournir des preuves. Toute omission de produire un formulaire de renseignements personnels ou de comparaître à une audience n'aurait pas mené à l'imposition d'une pénalité ou à une poursuite pour outrage. Au lieu de cela, on aurait tenu une audience sur l'abandon de la demande d'asile. Dans l'audition de la demande d'asile, M. Jaballah ne se trouvait pas dans une position antagoniste par rapport à l'État. Sauf si le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration était d'avis que les clauses de cessation ou d'exclusion s'appliquaient (en vertu du paragraphe 2(2) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] ou de la section E ou F de l'article premier de la Convention [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6]), les audiences relatives à une demande d'asile qui avaient lieu de la CISR étaient considérées comme non antagonistes, en ce sens que le demandeur n'avait aucune preuve à réfuter. Cela s'expliquait par le fait qu'il n'y avait aucune partie ayant un intérêt opposé à celui du demandeur. Voir : *Guide de la SSR*, 31 mars 1999, pages 1-8 à 1-12.

[98] In *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154, the Supreme Court affirmed that any limit on the principle against self-incrimination should be determined by reference to the two rationales which underlie that principle. They are: first, to protect against unreliable confessions, and second, to protect against the abuse of power by the state. In *Fitzpatrick*, the Court found that neither rationale would be threatened by allowing the Crown to use, on a prosecution for over-fishing, documents the accused fisherman was compelled by regulation to provide. The Supreme Court found the protection against self-incrimination afforded by section 7 of the Charter did not elevate all records produced under statutory compulsion to the status of compelled testimony at a criminal or investigation hearing.

[99] I similarly find neither rationale to be threatened if Mr. Jaballah's IRB testimony is received in evidence. With respect to the fear of unreliable confessions, Mr. Jaballah's testimony before the IRB was not a confession. Further, I do not see how allowing that evidence to be adduced in a security certificate proceeding would increase the likelihood of false testimony before the IRB. Strong sanctions already exist for the giving of false testimony under oath. As in *Fitzpatrick*, the fear of an increased incentive to falsify evidence is not a reasonable basis on which to conclude that the principle of self-incrimination applies in the circumstances before me.

[100] With respect to the second rationale, protection against state abuse, in my view there is little danger of abusive state conduct arising out of the voluntary participation in a refugee claim and the subsequent use of that testimony.

[101] For these reasons, I find the principles of fundamental justice would not be violated, and so it would be appropriate for the Court to receive Mr. Jaballah's prior evidence before the IRB as part of the ministers' case. Also, if Mr. Jaballah chooses to testify in this

[98] Dans l'arrêt *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, la Cour suprême a confirmé que toute limite imposée au principe interdisant l'auto-incrimination doit être déterminée en se reportant aux deux objets fondamentaux qui sous-tendent ce principe : premièrement, la protection contre les confessions indignes de foi et, deuxièmement, la protection contre les abus de pouvoir de l'État. Dans l'arrêt *Fitzpatrick*, la Cour a conclu que l'on ne menacerait ni l'un ni l'autre de ces objets en permettant à la Couronne d'utiliser, dans le cadre d'une poursuite pour surpêche, des documents que la réglementation forçait l'accusé — un pêcheur — à fournir. La Cour suprême a conclu que la protection contre l'auto-incrimination qu'accorde l'article 7 de la Charte ne conférerait pas à tous les dossiers produits sous contrainte légale le statut de témoignage forcé lors d'une audience tenue en matière criminelle ou aux fins d'une enquête.

[99] Je conclus moi aussi que ni l'un ni l'autre des objets fondamentaux n'est menacé si l'on reçoit en preuve le témoignage que M. Jaballah a fait devant la CISR. En ce qui concerne la crainte des confessions indignes de foi, le témoignage que M. Jaballah a fait devant la CISR n'était pas une confession. De plus, je ne vois pas en quoi le fait de permettre que cette preuve soit produite dans le cadre d'une procédure de certificat de sécurité aggraverait le risque d'un faux témoignage devant la CISR. Il existe déjà de sévères sanctions pour ceux qui font un faux témoignage sous serment. Comme dans l'arrêt *Fitzpatrick*, la crainte d'une incitation accrue à falsifier une preuve n'est pas un motif raisonnable de conclure que le principe interdisant l'auto-incrimination s'applique en l'espèce.

[100] Quant au second objet fondamental, la protection contre les abus de pouvoir de l'État, il y a selon moi peu de risques que la participation volontaire à une demande d'asile et l'utilisation ultérieure de ce témoignage mènent à une conduite abusive de la part de l'État.

[101] Pour ces motifs, je conclus que l'on ne violerait pas les principes de justice fondamentale et qu'il serait donc indiqué que la Cour reçoive le témoignage que M. Jaballah a fait antérieurement devant la CISR dans le cadre de la preuve des ministres. En outre, si M. Jaballah

proceeding, his IRB testimony can be used in cross-examination by the ministers.

[102] This latter conclusion is consistent with the decision of Justice Mosley in *Almrei* where, at paragraphs 71–75, he found that if Mr. Almrei chose to testify at a detention review hearing he could be cross-examined at that hearing on the basis of his prior statements and testimony.

c. Derivative use immunity

[103] Mr. Jaballah submits that derivative use immunity applies in this proceeding. The ministers do not disagree.

[104] The special advocates have identified one item of information in the closed record filed in support of the current security certificate which they say is derivative evidence. The ministers agree that should the Court find that the ministers' reliance on Mr. Jaballah's prior testimony violates one or more of Mr. Jaballah's Charter rights, the one item of information can be considered to be derivative evidence.

[105] I agree that derivative use immunity applies in this proceeding. See: *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, at paragraph 5 and *Re Bagri*, at paragraph 79. I am also satisfied that the information in question is causally linked to Mr. Jaballah's 1999 testimony. As such, the principles of fundamental justice would be violated if the ministers are allowed to use this evidence in support of the certificate. It would not be appropriate to receive this information and evidence as part of the ministers' case.

d. The protection provided by Justice MacKay's order

décide de témoigner en l'espèce, les ministres pourront utiliser le témoignage qu'il a fait devant la CISR en contre-interrogatoire.

[102] Cette dernière conclusion concorde avec la décision qu'a rendue le juge Mosley dans la décision *Almrei*, où, aux paragraphes 71 à 75, il a conclu que si M. Almrei décidait de témoigner à une audience relative au contrôle des motifs de sa détention, il pourrait être contre-interrogé à cette occasion sur la foi de ses déclarations et de ses témoignages antérieurs.

c. L'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée

[103] M. Jaballah soutient que le principe de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée s'applique en l'espèce. Les ministres ne sont pas en désaccord avec ce point de vue.

[104] Les avocats spéciaux ont relevé, dans le dossier clos déposé à l'appui du certificat de sécurité actuellement en vigueur, un élément d'information particulier qui, disent-ils, constitue une preuve dérivée. Les ministres conviennent que si la Cour conclut que le fait qu'ils se fondent sur les témoignages antérieurs de M. Jaballah viole un ou plusieurs des droits que la Charte garantit à celui-ci, cet élément d'information peut être considéré comme une preuve dérivée.

[105] Je conviens que le principe de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée s'applique en l'espèce. Voir : *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 5, et *Re Bagri*, au paragraphe 79. Je suis également convaincue que les renseignements en question ont un lien de causalité avec les témoignages que M. Jaballah a faits en 1999. Cela étant, on enfreindrait les principes de justice fondamentale si l'on permettait aux ministres d'utiliser cette preuve à l'appui du certificat. Il ne serait pas indiqué de recevoir cette information et ces éléments dans le cadre de la preuve des ministres.

d. La protection qu'accorde l'ordonnance du juge MacKay

[106] Justice MacKay's order of August 18, 2006 conferred use and derivative use immunity upon Mr. Jaballah in respect of his testimony given before Justice MacKay in May and July, 2006. My reasons with respect to the use that the ministers may make of Mr. Jaballah's prior testimony before this Court make it unnecessary to consider the effect of Justice MacKay's order except in one respect. I have found that should Mr. Jaballah choose to testify, the ministers may cross-examine him upon his prior testimony in this Court. That finding makes it necessary to consider whether Justice MacKay's order conferred any broader protection in respect of the 2006 testimony.

[107] Mr. Jaballah's supplementary submissions of December 3, 2009, set out the background to the making of the August 18, 2006 order and his argument as to why the use immunity granted extends to use for the purposes of impeachment on cross-examination. That order was delivered in the context of an application for the adjournment of further proceedings against Mr. Jaballah pending the outcome of the Supreme Court's decision in *Charkaoui I*. In dismissing the application, Justice MacKay found that a court order could adequately address Mr. Jaballah's concerns for the potential harm of having his evidence used by the ministers in future hearings. Mr. Jaballah submits that it is apparent from the record that the potential harm sought to be protected against included impeachment. He points to Mr. Norris's submissions of July 11, 2006 (at page 812):

Mr. Jaballah ought to receive use and derivative use immunity in regard to that testimony in any other proceeding. That is to say that his very testimony could not be used either to continue to build the case against him in some future proceeding or information derived from his testimony equally ought not to be available to the ministers or, more broadly speaking, to the Crown and the Government of Canada in building its case against Mr. Jaballah either directly as part of his case-in-chief or as the basis for cross-examination of Mr. Jaballah. [Emphasis in original.]

[106] L'ordonnance que le juge MacKay a rendue le 18 août 2006 a accordé une immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée à M. Jaballah, relativement aux témoignages qu'il avait faits devant lui en mai et en juillet 2006. Mes motifs concernant l'utilisation que les ministres peuvent faire des témoignages antérieurs faits par M. Jaballah devant la Cour font qu'il est inutile d'examiner l'effet qu'a l'ordonnance du juge MacKay, sauf à un égard en particulier. J'ai conclu que si M. Jaballah décidait de témoigner, les ministres pourraient le contre-interroger sur les témoignages antérieurs qu'il a faits devant la présente Cour. Cette conclusion oblige à examiner si l'ordonnance du juge MacKay a conféré une protection additionnelle au sujet des témoignages faits en 2006.

[107] Les observations supplémentaires que M. Jaballah a faites le 3 décembre 2009 situent le contexte dans lequel l'ordonnance du 18 août 2006 a été rendue, ainsi que son argument quant au motif pour lequel l'immunité accordée contre l'utilisation de la preuve s'étend à l'utilisation qui est faite de cette dernière pour attaquer la crédibilité de M. Jaballah en contre-interrogatoire. Cette ordonnance a été rendue dans le contexte d'une demande d'ajournement d'autres procédures engagées contre M. Jaballah, en attendant l'issue de la décision de la Cour suprême dans *Charkaoui I*. En rejetant la demande, le juge MacKay a conclu qu'une ordonnance judiciaire pouvait régler convenablement les préoccupations de M. Jaballah au sujet du tort que pourrait causer le fait que les ministres utilisent ses témoignages lors d'audiences ultérieures. M. Jaballah soutient qu'il ressort clairement du dossier qu'une attaque contre la crédibilité faisait partie du tort possible que l'on cherchait à protéger. Il souligne les observations qu'a faites M. Norris le 11 juillet 2006 (à la page 812) :

[TRADUCTION] M. Jaballah devrait bénéficier de l'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée à l'égard de ces témoignages dans toute autre procédure. C'est-à-dire que l'on ne pourrait pas s'en servir pour continuer à étoffer la preuve contre lui lors d'une procédure ultérieure, ou les informations tirées de ses témoignages devraient elles aussi ne pas être à la disposition des ministres ou, de façon plus générale, de la Couronne et du gouvernement du Canada pour étoffer sa preuve contre M. Jaballah, soit directement dans le cadre de sa preuve principale, soit comme fondement à un contre-interrogatoire de M. Jaballah. [Mis en italique dans l'original.]

Further submissions were made regarding the scope of use immunity available to compellable as opposed to voluntary witnesses on the basis of *Henry* (May 23, 2006, at pages 276-277). This was to the effect that a compellable witness would be shielded from cross-examination on previous testimony. Mr. Jaballah submits that in light of this, and Justice MacKay's finding that he was "virtually compelled by circumstances to testify if he [was] to exercise his opportunity to establish that the Ministers' certificate is unreasonable", the order ought to be read as conferring protection not only against the use of his testimony in the Ministers' case in chief, but against its use in cross-examination as well.

[108] The ministers respond by first arguing that the Court should not consider itself bound by Justice MacKay's order because it was premature. This is said to be because under section 13 of the Charter, the question of whether evidence is incriminating falls to be determined when one attempts to use the evidence, not when the evidence is first given. The ministers argue that the Court should not be precluded from making its own determination and, when doing so, the Court should be mindful that it is a principle of fundamental justice that relevant evidence should be available to the trier of fact.

[109] In their supplementary written submissions of December 3, 2009, the ministers reiterate that Mr. Jaballah's prior testimony was voluntary and not compelled. They note that a finding of "virtual compulsion" is not an explicit finding that Mr. Jaballah was legally compelled. They further submit that:

... should the Court find generally that Mr. Jaballah's testimony was not compelled, it would be incongruous to interpret the Order any differently than that the use immunity provision does not restrict use of the testimony for the purposes of impeaching his credibility on cross-examination, as that testimony was not compelled. The Ministers submit that the Order should be read in such a manner that the benefit conferred by MacKay J. in granting use immunity was to solidify for Mr. Jaballah that his testimony from May and

D'autres observations ont été faites au sujet de la portée de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dont disposent les témoins contraignables, par opposition aux témoins volontaires, sur le fondement de l'arrêt *Henry* (23 mai 2006, aux pages 276 et 277). Selon ces observations, un témoin contraignable serait à l'abri d'un contre-interrogatoire portant sur des témoignages antérieurs. M. Jaballah soutient qu'au vu de ce qui précède, et de la conclusion du juge MacKay selon laquelle il était [TRADUCTION] « quasi contraint par les circonstances de témoigner s'il devait exercer sa chance d'établir que le certificat des ministres est déraisonnable », il faudrait considérer que l'ordonnance protège non seulement contre l'utilisation de ses témoignages dans la preuve principale des ministres, mais aussi contre leur utilisation en contre-interrogatoire.

[108] Les ministres répliquent en faisant valoir tout d'abord que la Cour ne devrait pas considérer qu'elle est liée par l'ordonnance du juge MacKay, car cette ordonnance était prématurée. En effet, aux termes de l'article 13 de la Charte, la question de savoir si une preuve est incriminante doit être tranchée au moment où on tente d'utiliser la preuve, et non pas où cette dernière est donnée pour la première fois. Ils soutiennent qu'il ne faudrait pas empêcher la Cour de rendre sa propre décision et, en le faisant, la Cour devrait garder à l'esprit qu'il est un principe de justice fondamentale selon lequel une preuve pertinente doit être mise à la disposition du juge des faits.

[109] Dans leurs observations écrites supplémentaires du 3 décembre 2009, les ministres réitèrent que les témoignages antérieurs de M. Jaballah étaient volontaires et non forcés. Ils signalent qu'une conclusion de [TRADUCTION] « quasi-contrainte » n'est pas une conclusion explicite selon laquelle M. Jaballah était légalement forcé. Ils ajoutent de plus que :

[TRADUCTION] [...] si la Cour conclut de façon générale que les témoignages de M. Jaballah n'ont pas été forcés, il serait incongru d'interpréter l'ordonnance autrement qu'en disant que la disposition d'immunité contre l'utilisation de la preuve n'empêche pas d'utiliser les témoignages en vue d'attaquer sa crédibilité en contre-interrogatoire, car ces témoignages n'ont pas été forcés. Les ministres soutiennent que l'ordonnance devrait être interprétée de telle façon que l'avantage que le juge MacKay a conféré en accordant l'immunité contre

July 2006 would not be used in future proceedings against him in first instance, as he asserted had occurred in the past. The Order should not however be read as precluding use of his testimony to impeach his credibility in cross-examination as that would be an overly broad reading of the provisions of the Order.

...

In fashioning the Order as he did, Justice MacKay should not be deemed to have wanted or intended to go further than the robust protections afforded by the *Charter*, the common law and the jurisprudence which protects a person from being compelled to testify.

[110] I begin by rejecting the ministers' submission that the Court should not consider itself bound by the August 18, 2006 order. I reject this as being an impermissible collateral attack on the order. Further, it would be repugnant for the Court to resile from the assurance given to Mr. Jaballah in exchange for his testimony.

[111] Turning to the scope of the protection provided, some months before the order was made, in *Henry*, the Supreme Court had clarified the scope of the protection against self-incrimination provided by section 13 of the Charter. While I have found section 13 not to apply to this proceeding, I believe that section 13 informs how use immunity operates in Canadian law. This reflects the view expressed by a number of academic writers that section 13 of the Charter has made redundant section 5 [as am. by S.C. 1997, c. 18, s. 116] of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5]. (Prior to the enactment of the Charter, section 5 of the *Canada Evidence Act* provided a narrower protection against self-incrimination.) See, for example, Paciocco and Steusser, *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008, at page 288. It is also consistent with the view expressed in *Henry*, at paragraph 23, that a consensus exists that section 13 of the Charter was intended to extend section 5 of the *Canada Evidence Act*.

l'utilisation de la preuve était de confirmer auprès de M. Jaballah que ses témoignages de mai et de juillet 2006 ne seraient pas utilisés lors de procédures ultérieures engagées contre lui en première instance, comme, affirmait-il, cela était arrivé dans le passé. Il ne faudrait toutefois pas considérer que l'ordonnance empêche d'utiliser ses témoignages pour attaquer sa crédibilité en contre-interrogatoire car il s'agirait là d'une lecture exagérément large des dispositions de l'ordonnance.

[...]

Il ne faudrait pas considérer que le juge MacKay, en concevant l'ordonnance comme il l'a fait, voulait ou entendait aller plus loin que les solides protections qu'accorde la Charte, la common law et la jurisprudence, qui protègent une personne contre le fait d'être contraint à témoigner.

[110] Tout d'abord, je rejette l'argument des ministres selon lequel la Cour ne devrait pas considérer qu'elle est liée par l'ordonnance du 18 août 2006. Je rejette cet argument car il s'agit d'une contestation incidente inadmissible de l'ordonnance. En outre, la Cour répugnerait à l'idée de revenir sur l'assurance qu'elle a donnée à M. Jaballah en échange de ses témoignages.

[111] En ce qui concerne la portée de la protection accordée, quelques mois avant que l'ordonnance soit rendue, dans l'arrêt *Henry* la Cour suprême a éclairci la portée de la protection contre l'auto-incrimination que confère l'article 13 de la Charte. Même si j'ai conclu que cet article ne s'applique pas en l'espèce, je crois qu'il éclaire la façon dont le principe de l'immunité contre l'utilisation de la preuve s'applique en droit canadien. Cela reflète l'opinion qu'ont exprimée un certain nombre de théoriciens, à savoir que l'article 13 de la Charte a rendu superflu l'article 5 [mod. par L.C. 1997, ch. 18, art. 116] de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5]. (Avant l'adoption de la Charte, l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* offrait une protection plus restreinte contre l'auto-incrimination.) Voir, par exemple, Paciocco et Steusser, *The Law of Evidence*, 5<sup>e</sup> éd. Toronto : Irwin Law, 2008, à la page 288. Cela concorde aussi avec l'opinion exprimée dans l'arrêt *Henry*, au paragraphe 23, à savoir qu'il y avait consensus sur le fait que l'article 13 visait à élargir l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

[112] In *Henry*, the Supreme Court drew a distinction between the extent of the available protection against self-incrimination based upon whether prior testimony is compelled or voluntary. Thus, if an accused voluntarily testifies he can be cross-examined on his previous testimony. Conversely, prior compelled evidence is inadmissible even for the purpose of challenging a witness' credibility.

[113] The scope of the requested immunity was very much a live issue before Justice MacKay. In my view, had he intended to provide immunity greater than that available in criminal proceedings, Justice MacKay would have expressly identified the extent of the enhanced protection. He did not, and I conclude the order provides protection consistent with that available under section 13 of the Charter in criminal proceedings.

[114] Mr. Jaballah places great reliance upon the fact that Justice MacKay noted that Mr. Jaballah was "virtually compelled by circumstances to testify". However, at law testimony is either compellable or not. The law does not recognize "virtual compellability". I believe that Justice MacKay was referring to the tactical obligation Mr. Jaballah may have felt to testify. Such tactical pressure would be relevant to the exercise of discretion as to whether to afford prospective immunity in exchange for testimony. It is irrelevant to the consideration of whether evidence was compelled. See: *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, at paragraphs 47–51.

[115] For these reasons, I find that the extent of the immunity provided in respect of Mr. Jaballah's 2006 testimony is coextensive with that which I have found is otherwise available to a person named in a security certificate. Should Mr. Jaballah decide to testify in this proceeding, he may be cross-examined upon his 2006 testimony. This conclusion would be equally applicable to the identical protection conferred by Justice Layden-Stevenson's order of October 2, 2006.

[112] Dans l'arrêt *Henry*, la Cour suprême a fait une distinction entre l'étendue de la protection disponible contre l'auto-incrimination, selon que le témoignage antérieur est forcé ou volontaire. C'est donc dire que si un accusé témoigne volontairement, il peut être contre-interrogé sur son témoignage antérieur. À l'inverse, un témoignage antérieur forcé est inadmissible même s'il est question de contester la crédibilité d'un témoin.

[113] L'étendue de l'immunité demandée était une question très sérieuse quand elle a été soumise au juge MacKay. À mon avis, s'il avait voulu accorder une immunité supérieure à celle qui est disponible dans les procédures criminelles, le juge MacKay aurait expressément indiqué l'étendue de la protection supplémentaire. Il ne l'a pas fait, et je conclus que l'ordonnance confère une protection qui concorde avec celle qui est disponible en vertu de l'article 13 de la Charte dans les procédures de nature criminelle.

[114] M. Jaballah se fonde dans une large mesure sur le fait que le juge MacKay a fait remarquer qu'il était [TRADUCTION] « quasi contraint par les circonstances à témoigner ». Cependant, en droit, un témoignage est contraignable ou il ne l'est pas. Le droit ne reconnaît pas la [TRADUCTION] « quasi-contraignabilité ». Je crois que le juge MacKay faisait référence à l'obligation tactique qu'éprouvait peut-être M. Jaballah à témoigner. Une telle pression tactique serait pertinente pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non une immunité prospective en échange d'un témoignage, mais elle est sans rapport avec la question de savoir si le témoignage était forcé. Voir : *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, aux paragraphes 47 à 51.

[115] Pour ces motifs, je conclus que l'étendue de l'immunité accordée à l'égard des témoignages que M. Jaballah a faits en 2006 est la même que celle qui, ai-je conclu, est par ailleurs assurée à une personne désignée dans un certificat de sécurité. Si M. Jaballah décide de témoigner en l'espèce, il peut être contre-interrogé sur les témoignages qu'il a faits en 2006. Cette conclusion s'appliquerait tout autant à la protection identique que conférerait l'ordonnance que la juge Layden-Stevenson a rendue le 2 octobre 2006.

## e. Final comment

[116] For the above reasons, I have concluded that if Mr. Jaballah chooses to testify in this proceeding, the ministers may cross-examine him upon any prior statement made in prior security certificate proceedings or before the IRB. However, prior testimony before this Court may not be used by the ministers as part of their case in chief.

[117] In reaching this conclusion, I have been mindful of the tension between the principle against self-incrimination and the search for the truth. In the present case, no issue arises with respect to statements Mr. Jaballah may have made to authorities prior to the institution of any of the certificate proceedings. Except for the one item of information derived from Mr. Jaballah's prior testimony (described above at paragraph 104) no information or evidence is excluded from the ministers' case which was the product of the investigation conducted by the Canadian Security Intelligence Service. Therefore, the excluded evidence does not impact in any meaningful way upon the ability of the ministers to investigate and prepare a case alleging inadmissibility.

[118] This, I believe, is reflected in the ministers' acknowledgment, made in the course of submissions concerning *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, that the exclusion of Mr. Jaballah's prior testimony would not "gut" the ministers' case. See: transcript October 30, 2009, at page 290.

[119] What is in issue here is a very unique situation: where there have been three prior reasonableness hearings, and a number of associated detention review hearings, years later can the ministers use Mr. Jaballah's prior testimony against him in support of their case in the current proceeding?

[120] The finding that the evidence cannot be used to build the ministers' case in chief, but can be used in

## e. Un dernier commentaire

[116] Pour les motifs qui précèdent, j'ai conclu que si M. Jaballah décidait de témoigner en l'espèce, les ministres pourraient le contre-interroger sur toute déclaration faite dans le cadre de procédures de certificat de sécurité antérieures ou devant la CISR. Cependant, les ministres ne peuvent pas se servir, dans le cadre de leur preuve principale, des témoignages faits antérieurement devant la Cour.

[117] Pour arriver à cette conclusion, j'ai tenu compte de la tension qui existe entre le principe interdisant l'auto-incrimination et la recherche de la vérité. En l'espèce, les déclarations que M. Jaballah a pu avoir faites aux autorités avant l'engagement de l'une quelconque des procédures de certificat ne suscitent aucun problème. À l'exception d'un seul élément d'information tiré des témoignages antérieurs de M. Jaballah (et décrit plus tôt, au paragraphe 104), aucune information ou preuve n'est exclue de la preuve des ministres, qui était le produit de l'enquête menée par le Service canadien du renseignement de sécurité. Par conséquent, la preuve exclue n'a pas d'incidence marquée sur la capacité qu'ont les ministres de faire enquête et de préparer une preuve alléguant l'interdiction de territoire.

[118] Cela, je crois, se reflète dans la reconnaissance qu'ont faite les ministres, au cours des plaidoiries concernant l'affaire *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, à savoir que l'exclusion des témoignages antérieurs de M. Jaballah ne serait pas « fatale » à la preuve des ministres. Voir : notes sténographiques du 30 octobre 2009, à la page 290.

[119] La question qui est en litige en l'espèce est une situation fort singulière : quand il y a eu trois audiences relatives au caractère raisonnable d'un certificat de sécurité, ainsi qu'un certain nombre d'audiences connexes, concernant le contrôle des motifs de détention, les ministres peuvent-ils, plusieurs années plus tard, utiliser contre M. Jaballah les témoignages qu'il a faits antérieurement à l'appui de leur preuve dans la présente instance?

[120] La conclusion selon laquelle la preuve ne peut pas servir à étayer la preuve principale des ministres,

cross-examination should Mr. Jaballah decide to testify, represents the balance between protecting Mr. Jaballah's right to a fair hearing and protecting the public's right to have all relevant evidence available in the search for the truth.

## 6. Conclusion

[121] Mr. Jaballah's motion will, therefore, be allowed in part. The ministers may not, as part of their case against Mr. Jaballah, rely on Mr. Jaballah's testimony from his previous security certificate hearings. However, should Mr. Jaballah choose to testify in the current proceeding, he may be cross-examined on that same testimony. The ministers will not be similarly restricted in their use of the evidence Mr. Jaballah gave at his IRB hearing. That testimony may be used in their case against Mr. Jaballah and for the purpose of cross-examination. Mr. Jaballah will have derivative use immunity in respect of the item of information in the closed record mentioned in these reasons. The Court will not receive this information in support of the ministers' case. Finally, Mr. Jaballah will not, as a result of Justice Mackay's August 18, 2006 order, receive any broader protection in respect of his May and July 2006 testimony than I have found he is otherwise entitled to. If he chooses to testify in the current proceeding, Mr. Jaballah may be cross-examined on that evidence as well.

[122] No order will issue at this time because the parties have acknowledged that no interlocutory appeal lies from this decision. An opportunity will in future be afforded to the parties to propose any certified question.

mais peut être utilisée en contre-interrogatoire advenant que M. Jaballah décide de témoigner, représente le point d'équilibre entre la protection du droit de M. Jaballah à une audition équitable et la protection du droit qu'a le public d'avoir toutes les preuves pertinentes disponibles dans le cadre de la recherche de la vérité.

## 6. Conclusion

[121] La requête de M. Jaballah sera donc accueillie en partie. Il est interdit aux ministres de se fonder, dans le cadre de leur preuve contre M. Jaballah, sur les témoignages que ce dernier a faits lors de ses audiences antérieures concernant un certificat de sécurité. Cependant, si M. Jaballah décide de témoigner dans la présente instance, il peut être contre-interrogé sur ces mêmes témoignages. Les ministres ne seront pas limités de la même façon dans l'utilisation qu'ils feront de la preuve que M. Jaballah a fournie lors de son audience devant la CISR. Ce témoignage peut être utilisé dans la preuve qu'ils ont contre M. Jaballah ainsi qu'en vue d'un contre-interrogatoire. M. Jaballah bénéficiera de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée à l'égard de l'élément d'information figurant dans le dossier clos qui est mentionné dans les présents motifs. La Cour ne recevra pas cette information à l'appui de la preuve des ministres. Enfin, par suite de l'ordonnance que le juge MacKay a rendue le 18 août 2006, M. Jaballah ne bénéficiera, au sujet des témoignages qu'il a faits en mai et en juillet 2006, d'aucune protection supplémentaire à celle à laquelle, ai-je conclu, il a par ailleurs droit. S'il décide de témoigner dans la présente instance, M. Jaballah pourra également être contre-interrogé sur cette preuve.

[122] Aucune ordonnance ne sera rendue à ce stade-ci car les parties ont reconnu que la présente décision n'est susceptible d'aucun appel interlocutoire. Les parties auront plus tard la possibilité de proposer une question à certifier.