

2004 FCA 257  
A-287-03

2004 CAF 257  
A-287-03

**The Minister of Citizenship and Immigration and The Solicitor General of Canada** (*Appellants*) (*Applicants in the Trial Division*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada** (*appelants*) (*demandeurs devant la Section de 1<sup>re</sup> instance*)

v.

c.

**Mahmoud Jaballah** (*Respondent*) (*Respondent in the Trial Division*)

**Mahmoud Jaballah** (*intimé*) (*défendeur devant la Section de 1<sup>re</sup> instance*)

A-288-03

A-288-03

**Mahmoud Jaballah** (*Appellant*) (*Respondent in the Trial Division*)

**Mahmoud Jaballah** (*appelant*) (*défendeur devant la Section de 1<sup>re</sup> instance*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration and The Solicitor General of Canada** (*Respondents*) (*Applicants in the Trial Division*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada** (*intimés*) (*demandeurs devant la Section de 1<sup>re</sup> instance*)

**INDEXED AS: JABALLAH (RE) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: JABALLAH (RE) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Linden, Rothstein and Sexton J.J.A.—Toronto, June 23; Ottawa, July 13, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Rothstein et Sexton, J.C.A.—Toronto, 23 juin; Ottawa, 13 juillet 2004.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Appeal, cross-appeal from decision of designated Federal Court Judge deeming pre-removal risk assessment final and resuming security certificate proceedings — Jaballah, subject of security certificate issued by Ministers, brought protection application under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 112, resulting in suspension of security certificate proceedings — Judge found 10-month delay by Minister of Citizenship and Immigration (MCI) in deciding protection application constituted abuse of process, ordered pre-removal risk assessment be deemed final assessment for purposes of protection application — Judge resumed security certificate proceedings, found certificate reasonable — Ministers appealed abuse of process finding and order regarding risk assessment — Jaballah cross-appealed decision to resume security certificate proceedings — Given lack of foreseeable end to delay, Jaballah's continued detention, open to Judge to find MCI's delay constituted abuse of process — Remedy to abuse of process discretionary decision; only overturned where wrongful exercise of discretion — Here, Judge had before him substantive assessment, and reasonable period elapsed with nothing*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Appel et appel incident de la décision d'un juge désigné de la Cour fédérale selon laquelle l'évaluation des risques avant renvoi était réputée l'évaluation finale. Le juge avait repris l'instance concernant le certificat de sécurité — M. Jaballah, qui faisait l'objet d'un certificat de sécurité délivré par les ministres, a déposé une demande de protection conformément à l'art. 112 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR), ce qui a entraîné la suspension de l'instance concernant le certificat de sécurité — Le juge a conclu que le retard de 10 mois du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (MCI) à prendre une décision concernant la demande de protection constituait un abus de procédure; il a ordonné que l'évaluation des risques avant renvoi soit réputée l'évaluation finale des risques pour les besoins de la demande de protection — Le juge a repris l'instance concernant le certificat de sécurité et a jugé que le certificat était raisonnable — Les ministres ont interjeté appel de la conclusion d'abus de procédure et de l'ordonnance concernant l'évaluation des risques — M. Jaballah a interjeté un appel incident de la décision de reprendre l'instance*

*forthcoming, thus open to Judge to require MCI to treat risk assessment as final — MCI still free to make decision on Jaballah's protection application — If stay of removal order granted based on deemed final assessment, still open to MCI to cancel stay if change in circumstances — Appeal dismissed — Resumption of security certificate procedure not consistent with IRPA, ss. 79(2), 80 requiring resumed security certificate proceedings involve consideration of certificate and protection decision — Reasonableness of certificate not to be decided until lawfulness of protection decision determined — Common law doctrine of abuse of process not overriding express statutory provisions — Cross-appeal allowed.*

*concernant le certificat de sécurité — Compte tenu que le retard ne semblait pas prendre fin dans une période de temps prévisible et que M. Jaballah était toujours détenu, le juge pouvait conclure que le retard du MCI constituait un abus de procédure — Lorsqu'il y a abus de procédure, la décision concernant le redressement est une décision discrétionnaire; elle ne peut être renversée que si le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon erronée — En l'espèce, il s'agit d'une évaluation sur le fond des risques et si, après une période raisonnable de temps, le MCI ne semble pas avoir pris une décision, le juge peut exiger que le MCI considère que l'évaluation est l'évaluation finale — Le MCI était toujours libre de prendre une décision concernant la demande de protection de M. Jaballah — Si la mesure de renvoi est suspendue au motif que l'évaluation est réputée l'évaluation finale, il est toujours loisible au MCI, si les circonstances ont changé, de révoquer le sursis — Appel rejeté — La reprise de l'instance relative au certificat de sécurité est contraire aux art. 79(2) et 80 de la LIPR qui exigent que la procédure comprenne tant l'examen du certificat que celui de la décision sur la protection — Le juge ne peut décider du caractère raisonnable du certificat de sécurité avant la décision concernant la légalité de la décision de protection — Le principe de common law en matière d'abus de procédure ne peut l'emporter sur les dispositions expresses de la loi — Appel incident accueilli.*

These were appeals and a cross-appeal from the decision of a designated Federal Court Judge. The impugned decision stemmed from security certificate proceedings (commenced following the issuance of a security certificate by the Minister of Citizenship and Immigration (MCI) and the Solicitor General of Canada (together “the Ministers”)) during the course of which Jaballah brought a protection application under section 112 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). The Judge suspended the security certificate proceedings on July 11, 2002 pending the MCI's determination of the protection application. On March 14, 2003, leave was granted to Jaballah to file a motion alleging abuse of process by the MCI who had still not made a decision regarding that application. On May 23, 2003, the decision under appeal was issued. The Judge found that delay by the MCI in deciding the protection application constituted an abuse of process. He ordered that the risk assessment of a pre-removal risk assessment (PRRA) officer be deemed to be the final assessment of the risk to Jaballah for the purposes of the protection application. The Judge also resumed consideration of the security certificate without waiting for the MCI to decide the protection application (the protection decision was issued only in December 2003), and found the certificate to be reasonable. The Ministers appealed, arguing the Judge erred in finding an abuse of process and in providing a remedy for that abuse that departed from the statutory scheme of the IRPA. Jaballah cross-appealed and brought a separate appeal saying the Judge should not have resumed the

Il s'agissait d'appels et d'un appel incident de la décision rendue par un juge désigné de la Cour fédérale. La décision attaquée découlait de la procédure concernant un certificat de sécurité (qui a commencé par suite de la délivrance d'un certificat de sécurité par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (MCI) et le solliciteur général du Canada (ensemble, les ministres)) au cours de laquelle M. Jaballah a déposé une demande de protection en vertu de l'article 112 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). Le 11 juillet 2002, le juge a suspendu l'instance relative au certificat de sécurité jusqu'à ce que le MCI prenne une décision concernant la demande de protection. Le 14 mars 2003, M. Jaballah a été autorisé à déposer une requête alléguant l'abus de procédure à cause du retard du MCI à prendre une décision concernant la demande de protection. Le 23 mai 2003, la décision visée par l'appel a été rendue. Le juge a conclu que le retard du MCI à rendre une décision concernant la demande de protection constituait un abus de procédure. Il a ordonné que le résultat de l'évaluation des risques effectuée par l'agent d'évaluation des risques avant renvoi (ERAR) soit réputée l'évaluation finale des risques auxquels M. Jaballah serait exposé pour les besoins de la demande de protection. Le juge a également repris l'examen du certificat de sécurité sans attendre la décision du MCI concernant la demande de protection (la décision concernant la protection n'a été rendue qu'en décembre 2003) et il a jugé que le certificat était raisonnable. Les ministres ont interjeté appel alléguant que le juge avait commis une erreur en

security certificate proceedings.

The issues were: (1) whether a certified question was necessary to give the Court jurisdiction; (2) whether the designated Judge erred in finding that the MCI's delay in deciding the protection application constituted an abuse of process; and (3) whether the remedies granted were a reasonable response to that abuse.

*Held*, the Ministers' appeal should be dismissed; Jaballah's cross-appeal should be allowed.

(1) Because security certificate proceedings are not a judicial review, it was not necessary for the Judge to certify a question of general importance pursuant to paragraph 74(d) of IRPA. Also, because at issue here was not the Judge's substantive finding that the security certificate was reasonable, the appeal was not precluded by section 80(3) of IRPA.

(2) Contrary to the Ministers' argument for reviewing the abuse of process finding, the Judge took more than delay into account. In addition to simple delay, he was concerned that there was prejudice to Jaballah. Also contrary to the Ministers argument, the need to obtain assurances from the Government of Egypt did not render the delay reasonable. Given the lack of any foreseeable end to the delay and Jaballah's continued detention in solitary confinement, it was open to the Judge to find that the MCI's delay in issuing a protection decision and the resulting indefinite suspension of the Court's consideration of the security certificate constituted an abuse of process.

(3) The Judge also did not err in ordering that the PRRA officer's risk assessment be deemed to constitute the final assessment of the risk to Jaballah. This remedy did not amount to a complete stay of proceedings that would constitute a quashing of the proceedings, as argued by the Minister. The MCI was still free to make a decision on Jaballah's protection application. In remedying abuses of their process, courts are to be flexible and provide a remedy suitable to the circumstances. This is a discretionary decision and only where there has been a wrongful exercise of discretion in that no weight, or no sufficient weight has been given to relevant considerations, will an appellate court overturn such a decision. This was not the case here. The Judge had before him a substantive

concluant qu'il y avait eu abus de procédure et en imposant, à cet égard, un redressement qui ne respectait pas le régime prévu par la LIPR. M. Jaballah a interjeté un appel incident et a également présenté un appel distinct de la décision au motif que le juge n'aurait pas dû reprendre l'instance au sujet du certificat de sécurité.

Les questions en litige étaient de savoir: 1) si la Cour avait compétence pour entendre le présent appel sans qu'il soit nécessaire de certifier une question; 2) si le juge désigné avait commis une erreur en concluant que le retard du MCI à rendre sa décision concernant la demande de protection constituait un abus de procédure; 3) si les redressements accordés étaient raisonnables.

*Arrêt*: l'appel interjeté par les ministres doit être rejeté; l'appel incident de M. Jaballah doit être accueilli.

1) Puisque les instances concernant une demande de protection ne constituent pas un contrôle judiciaire, le juge n'avait pas l'obligation de certifier une question de portée générale conformément à l'alinéa 74d) de la LIPR. Étant donné également que la conclusion du juge concernant le caractère raisonnable d'un certificat de sécurité n'était pas visée en l'espèce, l'appel n'était pas assujéti au paragraphe 80(3) de la LIPR.

2) Contrairement à l'argument des ministres, le juge, pour exercer un contrôle à l'égard de la conclusion d'abus de procédure, n'a pas pris en compte que le retard. Outre le simple retard, il était préoccupé par la situation difficile de M. Jaballah. Également, contrairement à l'argument des ministres, le fait qu'il fallait obtenir des assurances du gouvernement de l'Égypte ne rendait pas le retard raisonnable. Compte tenu que le retard ne semblait pas prendre fin dans une période de temps prévisible et que M. Jaballah était toujours détenu en isolement cellulaire, le juge pouvait conclure que le retard du MCI à décider de la demande de protection et la suspension indéfinie de l'examen par le tribunal du certificat de sécurité constituaient un abus de procédure.

3) Le juge n'a pas commis d'erreur en ordonnant que l'évaluation des risques effectuée par l'agent ERAR soit réputée l'évaluation finale des risques auxquels serait exposé M. Jaballah. Ce redressement ne constituait pas une suspension totale de l'instance au point où celle-ci serait annulée. Le MCI était toujours libre de prendre une décision concernant la demande de protection de M. Jaballah. En accordant un redressement lorsqu'il y a eu abus de procédure, les tribunaux doivent se montrer flexibles et imposer un redressement adéquat compte tenu des circonstances. Il s'agit d'une décision discrétionnaire et une cour d'appel peut renverser une telle décision si le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon erronée, parce qu'on n'a pas accordé suffisamment

assessment of the risk facing Jaballah if removed from Canada. It was open to him to require the MCI to treat that as the final risk assessment since, after a reasonable period (in this case, ten months after the application for protection and eight months after being advised that the MCI was seeking assurances from the Government of Egypt), nothing else was forthcoming. The fact that a decision to grant protection may be based on incomplete information (as the MCI believed the risk assessment to be) and results in a stay of a removal order is not a problem. It would still be open to the MCI to cancel the stay, under subsection 114(1) of IRPA, if the circumstances surrounding the stay have changed. The protection decision would be subject to an application for leave and, if leave is granted, judicial review. For these reasons, the remedy ordered by the Judge was not precluded by the statutory scheme and was a proper exercise of the Judge's discretion.

The Judge's resumption of the security certificate procedure was not consistent with the requirements of the IRPA, which precludes a resumption of the security certificate proceedings without the judge having received notice of a protection decision. Under subsection 79(2) of IRPA, the resumed security certificate proceedings must involve consideration of both the certificate and the protection decision. Under subsection 80(1) a designated Judge must determine (1) whether the certificate is reasonable and (2) whether the protection decision was lawfully made. This interpretation is supported by the procedure in subsection 80(2), under which the Judge cannot decide the reasonableness of the security certificate until he determines that the MCI has made a lawful protection decision. Although the Judge was entitled to exercise discretion, in the absence of a constitutional challenge, the common law doctrine of abuse of process cannot override express statutory provisions enacted by Parliament. Furthermore, under the process envisaged by the Judge, once the protection decision was made, leave for judicial review would be required and an appeal from the judicial review of this Court might be taken. Neither the leave requirement nor the possibility of appeal in respect of the reasonableness of the certificate or the lawfulness of the MCI's decision on the application for protection made under subsection 112(1) are anticipated or provided for by sections 79 and 80 of IRPA. The Judge's finding that the security certificate is reasonable was set aside, and it was determined that the judicial review of the MCI's December 2003 protection decision, scheduled to take place in August 2004, should not proceed because that decision should have been dealt with under sections 79 and 80 of IRPA. Both matters (reasonableness of the security

d'importance, ou qu'on en n'a pas accordé du tout, à des considérations pertinentes. Ce n'était pas le cas en l'espèce. L'évaluation des risques soumise au juge est une évaluation sur le fond des risques auxquels ferait face M. Jaballah s'il était renvoyé du Canada. Le juge pouvait exiger que cette évaluation soit réputée l'évaluation finale des risques si, après une période raisonnable de temps (en l'espèce, dix mois après la demande de protection et huit mois après que le MCI l'ait avisé qu'il avait demandé au gouvernement de l'Égypte de lui donner certaines assurances), le MCI ne semblait pas avoir pris une décision. Le fait qu'une décision d'accorder la protection puisse être fondée sur des renseignements incomplets (selon le MCI, les renseignements étaient incomplets) et puisse entraîner une suspension de la mesure de renvoi, ne pose aucun problème. Il est toujours loisible au MCI de suspendre l'instance en vertu du paragraphe 114(2) de la LIPR, si les circonstances ayant amené la suspension ont changé. La décision de protection serait assujettie à une demande d'autorisation, et si l'autorisation était accordée, à un contrôle judiciaire. Pour ces motifs, le régime législatif n'interdisait pas le redressement imposé par le juge qui avait exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire.

La reprise par le juge de l'instance relative au certificat était contraire aux dispositions expresses de la LIPR qui empêchent toute reprise de l'instance relative au certificat de sécurité si le juge n'a pas été notifié de la décision en matière de protection. En vertu du paragraphe 79(2) de la LIPR, la reprise de la procédure relative au certificat de sécurité doit comprendre tant l'examen du certificat que celui de la décision sur la protection. Selon le paragraphe 80(1), un juge désigné doit décider: 1) du caractère raisonnable du certificat; 2) de la légalité de la décision du ministre en matière de protection. Cette interprétation est appuyée par la procédure visée au paragraphe 80(2), en vertu de laquelle le juge ne peut décider du caractère raisonnable du certificat de sécurité avant d'avoir conclu que la décision du MCI concernant la demande de protection est légale. Bien que le juge pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire, en l'absence d'une contestation constitutionnelle, le principe de common law en matière d'abus de procédure ne peut l'emporter sur les dispositions expresses adoptées par le législateur. De plus, conformément au processus envisagé par le juge, lorsque la décision concernant la protection a été prise, il fallait l'autorisation de demander un contrôle judiciaire et il devenait possible d'interjeter appel du contrôle judiciaire de la Cour. Ni l'exigence relative à l'autorisation ni la possibilité d'interjeter appel concernant le caractère raisonnable du certificat ou la légalité de la décision du MCI concernant la demande de protection prise en vertu du paragraphe 112(1) ne sont prévues par les articles 79 et 80 de la LIPR. La décision selon laquelle le juge a conclu que le certificat de sécurité était raisonnable a été écartée et la Cour a décidé que le contrôle judiciaire prévu pour le mois d'août 2004 de la décision de décembre 2003 concernant la demande

certificate and lawfulness of the protection decision) were remitted to the Federal Court for redetermination.

Jaballah's separate appeal, based solely on incompetence of prior counsel, was moot in view of the Court's determination of the cross-appeal and therefore was not decided.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31).

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 72(1), 74(d), 76 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 77 (as am. *idem*), 78, 79 (as am. *idem*), 80, 81, 82(2), 84, 97, 112, 113(d)(ii), 114(1),(2), 187, 190.

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 172.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*Jaballah (Re)*, [2003] 3 F.C. 85; (2002), 224 F.T.R. 20; 2002 FCT 1046; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Jaballah*, [1999] F.C.J. No. 1681 (T.D.) (QL).

##### REFERRED TO:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77; (2003), 232 D.L.R. (4th) 385; 17 C.R. (6th) 276; 311 N.R. 201; 179 O.A.C. 291; 2002 SCC 63; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130 (H.L.).

APPEAL and CROSS-APPEAL from the decision of a designated Federal Court Judge ([2003] 4 F.C. 345; (2003), 23 Imm. L.R. (3d) 216) finding that delay by the

de protection du MCI ne devrait pas avoir lieu puisque ladite décision aurait dû être traitée en vertu des articles 79 et 80 de la LIPR. Les deux questions (le caractère raisonnable du certificat de sécurité et la légalité de la décision en matière de protection) ont été renvoyées à la Cour fédérale pour nouvelle décision.

L'appel distinct de M. Jaballah fondé uniquement sur l'incompétence de l'avocat précédent était sans objet, compte tenu de la décision prise relativement à l'appel incident et par conséquent, la question relative à la compétence de l'avocat n'a pas été tranchée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 40.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31).

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 72(1), 74d), 76 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 77 (mod., *idem*), 78, 79 (mod., *idem*), 80, 81, 82(2), 84, 97, 112, 113d)(ii), 114(1),(2), 187, 190.

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 172.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Jaballah (Re)*, [2003] 3 C.F. 85; (2002), 224 F.T.R. 20; 2002 CFPI 1046; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Jaballah*, [1999] A.C.F. n° 1681 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77; (2003), 232 D.L.R. (4th) 385; 17 C.R. (6th) 276; 311 N.R. 201; 179 O.A.C. 291; 2003 CSC 63; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130 (H.L.).

APPEL et APPEL INCIDENT d'une décision d'un juge désigné de la Cour fédérale ([2003] 4 C.F. 345; (2003), 23 Imm. L.R. (3d) 216) qui a décidé que le

Minister of Citizenship and Immigration (MCI) in deciding a protection application constituted an abuse of process, ordering that the risk assessment of a pre-removal risk assessment officer be deemed to be the final assessment for the purposes of the protection application, resuming consideration of a security certificate without waiting for the MCI to decide the protection application, and finding the certificate to be reasonable. Appeal dismissed; cross-appeal allowed.

retard du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (MCI) à rendre une décision concernant une demande de protection constituait un abus de procédure, qui a ordonné que le résultat de l'évaluation des risques effectuée par l'agent d'évaluation des risques avant renvoi soit réputée l'évaluation finale des risques pour les besoins de la demande de protection, qui a repris l'examen d'un certificat de sécurité sans attendre la décision du MCI concernant la demande de protection et qui a jugé que le certificat était raisonnable. Appel rejeté; appel incident accueilli.

## APPEARANCES:

*Donald A. MacIntosh, David W. Tyndale and Mielka Visnic* for appellants in A-287-03, respondents in A-288-03.  
*John R. Norris and Barbara L. Jackman* for respondent in A-287-03, appellant in A-288-03.

## ONT COMPARU:

*Donald A. MacIntosh, David W. Tyndale et Mielka Visnic* pour les appelants dans A-287-03, pour les intimés dans A-288-03.  
*John R. Norris et Barbara L. Jackman* pour l'intimé dans A-287-03, pour l'appelant dans A-288-03.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants in A-287-03, respondents in A-288-03.  
*Ruby & Edwardh, Toronto, and Barbara Jackman, Toronto,* for respondent in A-287-03, appellant in A-288-03.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour les appelants dans A-287-03, intimés dans A-288-03.  
*Ruby & Edwardh, Toronto et Barbara Jackman, Toronto,* pour l'intimé dans A-287-03, pour l'appelant dans A-288-03.

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

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

ROTHSTEIN J.A.:

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.:

## OVERVIEW

[1] This is an appeal by the Minister of Citizenship and Immigration ( MCI ) and the Solicitor General of Canada (together the Ministers) from a May 23, 2003 [[2003] 4 F.C. 345 (T.D.)], decision of a designated Federal Court Judge. The respondent cross-appeals and brings a separate appeal of the same decision.

## APERÇU

[1] Il s'agit d'un appel interjeté par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (MCI) et le solliciteur général du Canada (ensemble, les ministres) de la décision rendue, le 23 mai 2003 [[2003] 4 C.F. 345 (1<sup>re</sup> inst.)], par un juge désigné de la Cour fédérale. L'intimé interjette un appel incident et présente un appel distinct de la même décision.

[2] The Judge was conducting a review of a security certificate issued by the Ministers in respect of the respondent but had suspended the security certificate proceedings pending a determination by the MCI of a

[2] Le juge examinait un certificat de sécurité délivré par les ministres concernant l'intimé, mais il avait suspendu l'instance en attendant la décision du MCI concernant une demande de protection déposée par

protection application brought by the respondent. A protection application involves two risk assessments. One relates to the risk faced by the individual if removed from Canada while the other assesses the risk the individual poses to the security of Canada. Based on these two risk assessments and any submissions made by the individual, the Minister decides the protection application.

[3] The designated Judge found that delay by the MCI in deciding the protection application constituted an abuse of process. In providing a remedy for the abuse of process, the designated Judge ordered that the risk assessment of a pre-removal risk assessment (PRRA) officer, finding that the respondent would be at risk of torture, death or cruel and unusual treatment or punishment if he was returned to Egypt, be deemed to be the final assessment of the risk to the individual for the purposes of the protection application. Due to the delay, he also resumed consideration of the security certificate without waiting for the MCI to decide the protection application. He then found the certificate to be reasonable.

[4] The Ministers say that the designated Judge erred in finding an abuse of process and in providing a remedy for that abuse which departed from the statutory scheme under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). The respondent both cross-appeals and brings a separate appeal saying, among other things, that while this Court should not interfere with the finding of abuse of process by the designated Judge and his treatment of the PRRA officer's risk assessment, he should not have resumed the security certificate proceedings and arrived at a conclusion as to the certificate's reasonableness.

## FACTS

[5] These appeals involve rather complex procedures under IRPA. I restrict my recitation of the facts only to those necessary to address the issues on the appeals:

l'intimé. Une demande de protection comporte deux évaluations des risques. L'une porte sur les risques auxquels ferait face la personne si elle était renvoyée du Canada et l'autre sur l'appréciation des risques que pose un individu pour la sécurité du Canada. En se fondant sur ces deux évaluations des risques ainsi que sur les observations de l'individu, le ministre prend une décision concernant la demande de protection.

[3] Le juge désigné a conclu qu'il y avait eu abus de procédure à cause du retard du MCI à prendre une décision concernant la demande de protection. En imposant un redressement relativement à l'abus de procédure, le juge désigné a ordonné que le résultat de l'évaluation des risques effectuée par l'agent d'évaluation des risques avant renvoi (l'agent ERAR), à savoir que l'intimé serait exposé au risque d'être soumis à la torture, ou à une menace à sa vie ou à des traitements ou peines cruels et inusités s'il était renvoyé en Égypte, soit réputée l'évaluation finale des risques auxquels la personne serait exposée pour les besoins de la demande de protection. À cause du retard, le juge a également repris l'examen du certificat de sécurité sans attendre la décision du MCI concernant la demande de protection. Il a jugé que le certificat était raisonnable.

[4] Les ministres affirment que le juge désigné a commis une erreur en arrivant à la conclusion qu'il y avait eu abus de procédure et en imposant, à cet égard, un redressement qui ne respectait pas le régime prévu par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR). L'intimé interjete un appel incident et, en sus, il présente un appel distinct de la décision au motif notamment que même si la Cour ne devrait pas intervenir relativement à la conclusion d'abus de procédure du juge désigné et à sa décision concernant l'évaluation des risques effectuée par l'agent ERAR, le juge n'aurait pas dû reprendre l'instance au sujet du certificat de sécurité dans le but de juger du caractère raisonnable du certificat.

## FAITS

[5] Ces appels soulèvent une procédure relativement complexe en vertu de la LIPR. Je limite l'énumération des faits aux seuls faits pertinents pour ce qui touche les questions soulevées en appel:

- 
- |  |   |
|--|---|
| <p>1. May 11, 1996<br/>Mahmoud Jaballah arrived in Canada with his wife and four children and claimed Convention refugee status.</p> <p>2. March 14, 1999<br/>The Immigration and Refugee Board (Convention Refugee Determination Division) determined Jaballah and his family were not Convention refugees.</p> <p>3. March 31, 1999<br/>The Ministers issued a security certificate under section 40.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31] of the <i>Immigration Act</i>, R.S.C., 1985, c. I-2, alleging that Jaballah was a member of Al Jihad, a terrorist organization with connections to Al-Qaida.</p> <p>4. November 2, 1999<br/>Cullen J. [[1999] F.C.J. No. 1681 (T.D.) (QL)] quashed the certificate on the grounds that it was not reasonable.</p> <p>5. August 14, 2001<br/>The Ministers issued a second security certificate allegedly on the basis of new evidence of Jaballah's involvement in Al Jihad.</p> <p>6. March 11, 2002<br/>After several procedural motions and other proceedings, the hearing as to the reasonableness of the security certificate was resumed.</p> <p>7. June 28, 2002<br/>IRPA came into force. Pursuant to section 190, the security certificate proceedings were continued as if they had been commenced under the IRPA.</p> <p>8. July 1, 2002<br/>Jaballah requested that the security certificate proceedings be suspended pursuant to subsection</p> | <p>1. 11 mai 1996<br/>Mahmoud Jaballah est arrivé au Canada avec sa femme et ses quatre enfants et il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention.</p> <p>2. 14 mars 1999<br/>La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section du statut de réfugié au sens de la Convention) a décidé que M. Jaballah et sa famille n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention.</p> <p>3. 31 mars 1999<br/>Les ministres ont décerné un certificat de sécurité en vertu de l'article 40.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 40, art. 31] de la <i>Loi sur l'immigration</i>, L.R.C. (1985), ch. I-2, alléguant que M. Jaballah était membre du groupe Al Jihad, une organisation terroriste ayant des liens avec le groupe Al-Qaida.</p> <p>4. 2 novembre 1999<br/>Le juge Cullen [[1999] A.C.F. n° 1681 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)] a annulé le certificat au motif qu'il n'était pas raisonnable.</p> <p>5. 14 août 2001<br/>Les ministres ont décerné un deuxième certificat de sécurité qui devait être fondé sur une nouvelle preuve de la participation de M. Jaballah au groupe Al Jihad.</p> <p>6. 11 mars 2002<br/>Après plusieurs requêtes notamment d'ordre procédural l'audience concernant le caractère raisonnable du certificat de sécurité a repris.</p> <p>7. 28 juin 2002<br/>La LIPR est entrée en vigueur. Conformément à l'article 190, la procédure relative à l'attestation de sécurité s'est poursuivie comme si elle avait été instituée en vertu de la LIPR.</p> <p>8. 1<sup>er</sup> juillet 2002<br/>M. Jaballah a demandé la suspension de l'affaire relative au certificat de sécurité, conformément au</p> |
|--|---|

- 79(1) of IRPA pending determination of an application for protection to the MCI under subsection 112(1) of IRPA.
- paragraphe 79(1) de la LIPR, pour permettre que soit disposée de la demande de protection présentée au MCI en vertu du paragraphe 112(1) de la LIPR.
9. July 11, 2002  
The security certificate proceedings were suspended.
9. 11 juillet 2002  
L'instance relative au certificat a été suspendue.
10. August 15, 2002  
The assessment of the risk Jaballah could face if returned to Egypt was completed by a PRRA officer and was released, allegedly in error, to Jaballah. That risk assessment determined that Jaballah would be at risk of torture, death or cruel or unusual treatment or punishment if he was returned to Egypt.
10. 15 août 2002  
Un agent ERAR a effectué l'évaluation des risques auxquels M. Jaballah serait exposé s'il était renvoyé en Égypte et l'évaluation a été remise, soi-disant par erreur, à M. Jaballah. Selon cette évaluation des risques, M. Jaballah serait exposé au risque d'être soumis à la torture, à une menace à sa vie ou à des peines ou traitements cruels et inusités s'il était renvoyé en Égypte.
11. August 28, 2002  
A conference call was initiated by the designated Judge with counsel in which Ministers' counsel advised that the process of completing the MCI's protection decision could take up to three more months.
11. 28 août 2002  
Le juge désigné a convoqué une conférence téléphonique avec les avocats et l'avocat des ministres a dit qu'il pourrait s'écouler jusqu'à trois mois de plus avant que le ministre ne rende sa décision concernant la demande de protection.
12. October 8, 2002  
Decision of designated Judge denying various relief sought by Jaballah arising from delay in the MCI's protection proceedings, but urging the MCI to complete his assessment of Jaballah's application for protection and to advise Jaballah and the Court of that assessment in accordance with subsection 79(2) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] as soon as possible.
12. 8 octobre 2002  
Le juge désigné refuse d'accorder divers redressements demandés par M. Jaballah à cause du retard du MCI à prendre une décision concernant la demande de protection, mais il incite ardemment le MCI à compléter son évaluation de la demande de protection de M. Jaballah et à notifier sa décision à Jaballah et à la Cour conformément au paragraphe 79(2) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194], dès que possible.
- The designated Judge [[2003] 3 F.C. 85 (T.D.)] indicated his concern [at paragraph 32] "that . . . Jaballah's situation remains unresolved while he continues to be detained, now for a period of nearly 14 months."
- Le juge désigné [[2003] 3 C.F. 85 (1<sup>o</sup> inst.)] a dit qu'il était préoccupé [au paragraphe 32] «par le fait que la situation de M. Jaballah demeure non résolue alors qu'il continue d'être détenu, depuis maintenant presque 14 mois».
13. November 20, 2002  
A conference call with counsel was initiated by the designated Judge in which he enquired as to the progress being made by the MCI and asked counsel
13. 20 novembre 2002  
Le juge désigné a convoqué une conférence téléphonique avec les avocats au cours de laquelle il s'est enquis du progrès du MCI et il a demandé à

for the MCI to convey to his client the importance of making a decision quickly.

14. November 25, 2002 to April 8, 2003

Various communications between the Government of Canada and the Government of Egypt wherein the Government of Canada sought assurances from the Government of Egypt that Jaballah would not be subject to torture, death or cruel or unusual treatment if he was deported to Egypt. Apparently, the assurances provided were not satisfactory to the Government of Canada.

15. March 14, 2003

The designated Judge initiated a conference call with counsel in which counsel for the MCI was unable to indicate when notice of a decision on Jaballah's protection application would be given. The designated Judge granted leave to Jaballah to file a motion alleging abuse of process by the MCI.

16. March 18, 2003

The designated Judge ordered a hearing to be held on April 11, 2003, to deal with Jaballah's motion arising out of delay by the MCI in issuing a protection decision.

17. April 11, 2003

The designated Judge heard submissions on Jaballah's abuse of process motion.

18. May 23, 2003

The decision which is under appeal is issued by the designated Judge. He finds that the delay by the MCI in rendering a decision on Jaballah's application for protection while Jaballah was detained in solitary confinement for over two years with no possibility of review constituted an abuse of process. By way of remedy, he deemed the August 15, 2002, PRRA officer's risk assessment to be the final assessment of the risk facing Jaballah if he were returned to Egypt. He also found that the

l'avocat du MCI de dire à son client qu'il était très important de prendre rapidement une décision.

14. Du 5 novembre 2002 au 8 avril 2003

Diverses communications entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'Égypte au cours desquelles le gouvernement du Canada a demandé au gouvernement de l'Égypte de lui donner des assurances que M. Jaballah ne serait pas soumis à la torture, à une menace à sa vie ou à des traitements cruels ou inusités s'il était renvoyé en Égypte. Apparemment, les assurances données n'ont pas convaincu le gouvernement du Canada.

15. 14 mars 2003

Le juge désigné a convoqué une conférence téléphonique avec les avocats au cours de laquelle l'avocat du MCI n'a pas pu préciser à quel moment le ministre notifierait la Cour de sa décision concernant la demande de protection de M. Jaballah. Le juge désigné a autorisé M. Jaballah à déposer une requête alléguant abus de procédure de la part du MCI.

16. 18 mars 2003

Le juge désigné a ordonné la tenue d'une audience, le 11 avril 2003, afin de traiter la requête de M. Jaballah qui portait sur le retard du MCI à prendre une décision concernant la protection.

17. 11 avril 2003

Le juge désigné a entendu les observations concernant la requête de M. Jaballah sur l'abus de procédure.

18. 23 mai 2003

Le juge désigné rend la décision visée par l'appel. Le juge décide que le retard du MCI à rendre une décision concernant la demande de protection de M. Jaballah, alors que M. Jaballah est gardé en détention, en isolement cellulaire, depuis plus de deux ans, sans disposer du droit de faire revoir ses conditions de détention, constitue un abus de procédure. Par voie de redressement, le juge a décidé que l'évaluation des risques effectuée par l'agent ERAR, en date du 15 août 2002, était

security certificate was reasonable.

l'évaluation finale concernant les risques auxquels ferait face M. Jaballah s'il était renvoyé en Égypte. Il a également décidé que le certificat en matière de sécurité était raisonnable.

## THE MINISTERS' APPEAL

### ISSUES

[6] The issues on the Ministers' appeal are:

1. whether this Court should interfere with the decision of the designated Judge finding an abuse of process; and
2. if not, whether the designated Judge's deeming the PRRA officer's risk assessment to be the final assessment of the risk to Jaballah for the purposes of the protection application was an appropriate remedy for the abuse of process.

### ANALYSIS

#### A. Is a certified question necessary to give this Court jurisdiction to consider this appeal?

[7] The decision of the designated Judge was made in the course of security certificate proceedings under sections 79 and 80 of IRPA. Such proceedings are not a judicial review. Therefore, paragraph 74(d) of IRPA, which precludes an appeal to this Court from a judicial review decision unless a Federal Court Judge certifies a question of general importance, is not applicable.

[8] A decision by a designated judge made under section 80 is subject to the privative clause in subsection 80(3) which precludes any appeal or judicial review of that decision. However, the substantive finding of the designated Judge that a security certificate is reasonable is not being reviewed in this case. Rather, this case is about whether the Judge erred in finding that the MCI's delay in deciding the application for protection constituted an abuse of process and whether the remedies granted were a reasonable response to that abuse. Such determinations are not protected from review by

## APPELS DES MINISTRES

### QUESTIONS EN LITIGE

[6] En appel, les ministres soulèvent les questions suivantes:

1. la Cour doit-elle intervenir relativement à la décision du juge désigné concernant l'abus de procédure;
2. en cas contraire, la décision du juge désigné en vertu de laquelle l'évaluation des risques effectuée par l'agent ERAR constituait l'évaluation finale des risques auxquels ferait face M. Jaballah pour les besoins de sa demande de protection était-elle un redressement approprié en matière d'abus de procédure.

### ANALYSE

#### A. La Cour a-t-elle compétence pour entendre le présent appel sans qu'il soit nécessaire de certifier une question?

[7] La décision du juge désigné a été prise pendant une instance concernant un certificat de sécurité, conformément aux articles 79 et 80 de la LIPR. Ces instances ne constituent pas un contrôle judiciaire. Par conséquent, l'alinéa 74d) de la LIPR, qui prévoit qu'un jugement consécutif au contrôle judiciaire n'est susceptible d'appel que si un juge de la Cour fédérale certifie une question de portée générale, ne s'applique pas.

[8] La décision prise par un juge désigné en vertu de l'article 80 est assujettie à la clause privative du paragraphe 80(3) qui prévoit que la décision n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire. Toutefois, la conclusion de fait du juge désigné concernant le caractère raisonnable d'un certificat de sécurité n'est pas visée en l'espèce. Au contraire, la présente affaire soulève la question de savoir si le juge a commis une erreur en concluant que le retard du MCI à rendre sa décision concernant la demande de protection constituait un abus de procédure et si les redressements accordés

subsection 80(3) (see *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at paragraph 50).

B. Did the designated Judge err in finding an abuse of process?

[9] The Minister appears to make three arguments as to why this Court should review the abuse of process finding of the designated Judge:

1. the designated Judge only took delay into account and did not consider other factors as he was required to do;
2. the delay was reasonable, given the need to obtain assurances from the Government of Egypt that Jaballah would not be killed or subjected to torture or cruel and unusual treatment if returned to Egypt; and
3. the designated Judge's ordered relief was tantamount to a stay of proceedings, a remedy which was not warranted by the circumstances.

[10] Only the first two arguments are relevant to whether there has been an abuse of process. The third goes to what remedy is appropriate once an abuse of process is found.

[11] As to the first argument, I will accept, for purposes of this appeal, that more than mere delay has to be found by the designated Judge in order to justify a finding of an abuse of process. However, it is factually inaccurate to say, as the Ministers do, that the designated Judge only took delay into account here.

[12] Indeed, they acknowledge in their factum (paragraph 85) that the designated Judge was concerned that Jaballah continued to be detained indefinitely in solitary confinement without any possibility of release (as detention reviews would only commence after the security certificate had been found to be reasonable).

étaient raisonnables. Ce type de décision n'est pas protégée contre un contrôle en vertu du paragraphe 80(3) (voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, au paragraphe 50).

B. Le juge désigné a-t-il commis une erreur en décidant qu'il y avait eu abus de procédure?

[9] Le ministre semble avancer trois arguments afin d'étayer sa prétention selon laquelle la Cour devrait exercer un contrôle à l'égard de la conclusion d'abus de procédure du juge désigné:

1. le juge désigné n'a tenu compte que du retard sans tenir compte d'autres facteurs comme il était tenu de le faire;
2. le retard était raisonnable puisqu'il fallait obtenir des assurances du gouvernement de l'Égypte que M. Jaballah ne serait pas exposé à une menace à sa vie ni soumis à la torture ou à des traitements cruels ou inusités s'il était renvoyé en Égypte;
3. le redressement ordonné par le juge désigné constituait une suspension de l'instance, ce qui n'était pas justifié compte tenu des circonstances.

[10] Seuls les deux premiers arguments sont pertinents en ce qui concerne la question de savoir s'il y a eu abus de procédure. Le troisième vise le redressement approprié en cas d'abus de procédure.

[11] Quant au premier argument, je vais accepter, pour les besoins du présent appel, qu'il faut que le retard soit très important, selon le juge désigné, pour qu'il soit justifié de conclure qu'il y a eu abus de procédure. Toutefois, selon les faits, il n'est pas exact de dire, comme l'ont fait les ministres, que le juge désigné n'a pris en compte que le retard.

[12] D'ailleurs, les ministres reconnaissent dans leur mémoire (au paragraphe 85) que le juge désigné était préoccupé que M. Jaballah soit toujours gardé en détention en isolement cellulaire pour une période de temps indéfinie sans possibilité de mise en liberté (puisque les examens de la détention ne commenceraient

Accordingly, in oral argument, counsel for the Ministers acknowledged, as he had to, that, in addition to simple delay, there was prejudice to Jaballah.

[13] Regarding the second argument, the designated Judge was concerned that the MCI's delay was not adequately explained and that no reasonable forecast was given about when the protection decision would be rendered. On at least three occasions, the designated Judge had communicated with counsel to express concern that the decision should be issued quickly. Indeed, this Court was advised that the protection decision was issued only in December 2003, some 18 months after Jaballah's protection application was made, and some 7 months after the designated Judge issued his May 23, 2003, decision. This Court was advised that even by December 2003, assurances from the Government of Egypt, relative to the risk of torture, death or cruel and unusual treatment Jaballah would face if he was deported to Egypt, were not satisfactory to the Government of Canada.

[14] Given the lack of any foreseeable end to the delay and Jaballah's continued detention in solitary confinement, it was open to the designated Judge to find that the MCI's delay in issuing a protection decision and the resulting indefinite suspension of the Court's consideration of the security certificate constituted an abuse of the Court's process.

C. Did the designated Judge err in deeming the PRRA officer's risk assessment to be the final assessment of the risk to Jaballah if removed from Canada?

[15] I will first explain my understanding of the procedure under the IRPA. I will then deal with why the designated Judge's decision on the August 15, 2002, risk assessment was one that was open to him.

[16] The procedure required by IRPA is, in part, set out in an October 8, 2002, decision of the designated Judge, [2003] 3 F.C. 85 (T.D.), at paragraph 27. I agree

que lorsque le certificat de sécurité serait jugé raisonnable). Par conséquent, dans sa plaidoirie, l'avocat des ministres a reconnu, comme il le devait, qu'outre le simple retard, M. Jaballah subissait un préjudice.

[13] Concernant le deuxième argument, le juge désigné s'est inquiété du manque d'explication adéquate du retard du MCI et du fait qu'aucune date raisonnable n'avait été donnée concernant la notification de la décision sur la demande de protection. Le juge désigné avait communiqué avec l'avocat, à au moins trois reprises, pour lui dire d'accélérer la prise de décision. D'ailleurs, la Cour a été avisée que la décision concernant la protection n'a été rendue qu'en décembre 2003, quelque 18 mois après la présentation de la demande de protection de M. Jaballah et quelque 7 mois après la décision du juge désigné, soit le 23 mai 2003. La Cour a été avisée que, même en décembre 2003, les assurances du gouvernement de l'Égypte en ce qui concerne le risque de torture, de menace à la vie ou de traitements cruels et inusités auquel ferait face M. Jaballah s'il était renvoyé en Égypte n'étaient pas satisfaisantes, selon le gouvernement du Canada.

[14] Compte tenu que le retard ne semblait pas prendre fin dans une période de temps prévisible et puisque M. Jaballah était toujours détenu en isolement cellulaire, le juge désigné pouvait conclure que le retard du MCI à décider de la demande de protection et la suspension indéfinie de l'examen par le tribunal du certificat de sécurité constituaient un abus de procédure.

C. Le juge désigné a-t-il commis une erreur en décidant que l'évaluation des risques effectuée par l'agent ERAR était réputée l'évaluation finale des risques auxquels ferait face M. Jaballah s'il était renvoyé du Canada?

[15] Je vais d'abord expliquer la procédure qui, selon moi, s'applique en vertu de la LIPR. Je vais ensuite expliquer pourquoi le juge désigné pouvait prendre la décision qu'il a prise concernant l'évaluation des risques, le 15 août 2002.

[16] La procédure prévue par la LIPR est, en partie, décrite dans la décision du 8 octobre 2002 du juge désigné, [2003] 3 C.F. 85 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 27.

with his analysis and I adopt it in my analysis of the statutory scheme.

1. Under subsection 77(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194], the Ministers may refer a security certificate to a designated judge of the Federal Court to make a determination of its reasonableness.
2. The procedure to be followed by the designated judge is set forth at section 78. Paragraph 78(c) provides that the judge shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit.
3. Under section 112, a person named in a security certificate may make an application for protection to the MCI. Under paragraph 81(c), the application must be made before the certificate is determined to be reasonable.
4. Subsection 79(1) directs that the designated judge shall suspend the security certificate proceedings if the individual in question makes an application for protection to the MCI under subsection 112(1) and either the MCI or the individual requests that the certificate proceedings be suspended.
5. Subparagraph 113(d)(ii) provides that in deciding whether to grant protection to a person named in a security certificate, the MCI must weigh the risks to the individual of torture, death or cruel and unusual treatment or punishment if he is returned to his country of nationality against the danger that the individual constitutes to the security of Canada.
6. Before the MCI makes a decision, subsection 172(2) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 requires two written assessments to be given to the individual: (1) an assessment of the risk to the individual if removed from Canada; and (2) an assessment of the individual's risk to the security of the Canada. Subsection 172(1) of the Regulations then gives the individual 15 days to respond in writing to the assessments. It then requires the MCI to consider the assessments and any response made by the individual in

J'accepte son analyse que j'adopte dans ma propre analyse du régime législatif.

1. Aux termes du paragraphe 77(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194], les ministres peuvent renvoyer un certificat de sécurité à un juge désigné de la Cour fédérale pour qu'il prenne une décision sur le caractère raisonnable du certificat.
2. La procédure que doit suivre le juge désigné est établie à l'article 78. Selon l'alinéa 78c), le juge procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive.
3. En vertu de l'article 112, une personne nommée à un certificat de sécurité peut demander la protection au MCI. Conformément à l'article 81, la personne doit demander la protection avant la décision concernant le caractère raisonnable du certificat.
4. Aux termes du paragraphe 79(1), le juge désigné suspend l'affaire relative au certificat de sécurité, à la demande du résident permanent, de l'étranger ou du ministre, pour permettre à ce dernier de disposer d'une demande de protection déposée par la personne en cause conformément au paragraphe 112(1).
5. Le sous-alinéa 113d)(ii) prévoit qu'en prenant une décision concernant la protection d'une personne nommée à un certificat de sécurité, le MCI doit soupeser le risque que court la personne d'être exposée à la torture, à une menace à sa vie ou à des peines ou traitements cruels ou inusités si elle était renvoyée dans son pays d'origine et le danger qu'elle constitue pour la sécurité du Canada.
6. Avant de prendre une décision et conformément au paragraphe 172(2) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, le ministre demande deux évaluations écrites concernant l'individu: 1) une évaluation des risques auxquels l'individu fera face s'il est renvoyé du Canada; 2) une évaluation du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada. Aux termes du paragraphe 172(1) du Règlement, l'individu dispose ensuite de 15 jours pour répliquer par écrit aux évaluations. Puis, le MCI tient compte des évaluations

deciding the application for protection.

7. Pursuant to subsection 79(2) of IRPA, once the application for protection has been decided, the MCI shall give notice of that decision to the individual and the designated judge. The judge shall then resume the security certificate proceedings and review the lawfulness of the MCI's protection decision as well as the reasonableness of the security certificate.

8. Pursuant to subsection 80(1), the designated judge is required to determine whether the security certificate is reasonable and whether the MCI's protection decision is lawful. Under subsection 80(2), the judge shall quash the security certificate if he is of the opinion that it is not reasonable. If the security certificate is not quashed, but the MCI's protection decision is found not to be lawfully made, the MCI's protection decision is to be quashed. The security certificate proceedings are then again suspended to allow the MCI to make a new decision on the application for protection.

9. Paragraph 81(b) provides that if a security certificate is determined to be reasonable by the designated judge, it constitutes a removal order that is in force and which may not be appealed.

10. However, subsection 114(1) provides that in the case of an individual named in a security certificate found to be reasonable, the MCI's decision to allow the application for protection has the effect of staying the removal order.

11. If the MCI is of the opinion that circumstances have changed, subsection 114(2) allows the MCI to cancel the stay, subject to judicial review.

The relevant provisions referred to in these reasons are set out in Appendix A.

[17] After finding that the MCI's delay constituted an abuse of process, the designated Judge ordered that the PRRA officer's August 15, 2002, risk assessment, finding that Jaballah would be at risk of torture, death or cruel and unusual treatment or punishment if he was deported to Egypt, be deemed to constitute the final assessment of the risk to Jaballah required to be

ainsi que de la réponse de l'individu en prenant une décision concernant la demande de protection.

7. Conformément au paragraphe 79(2) de la LIPR, le MCI notifie sa décision sur la demande de protection à la personne concernée et au juge désigné, lequel reprend l'affaire et contrôle la légalité de la décision et décide du caractère raisonnable du certificat.

8. Conformément au paragraphe 80(1), le juge désigné décide du caractère raisonnable du certificat et de la légalité de la décision du MCI concernant la demande de protection. En vertu du paragraphe 80(2), le juge annule le certificat de sécurité dont il ne peut conclure qu'il est raisonnable. Si l'annulation ne vise que la décision du MCI, le juge suspend l'affaire pour permettre au ministre de statuer sur celle-ci.

9. L'article 81 prévoit en outre que le certificat jugé raisonnable par le juge désigné constitue une mesure de renvoi en vigueur et sans appel.

10. Toutefois, le paragraphe 114(1) prévoit que si un certificat de sécurité est jugé raisonnable, la décision du MCI d'accorder la demande de protection d'une personne a pour effet de surseoir à la mesure de renvoi la concernant.

11. Si le MCI est d'avis que les circonstances ont changé, le MCI peut, en vertu du paragraphe 114(2), révoquer le sursis, sous réserve d'un contrôle judiciaire.

Les dispositions pertinentes mentionnées dans les présents motifs se trouvent à l'Annexe A.

[17] Après avoir conclu que le retard du MCI constituait un abus de procédure, le juge désigné a ordonné que l'évaluation des risques effectuée le 15 août 2002 par l'agent ERAR selon laquelle M. Jaballah serait exposé au risque d'être soumis à la torture, à des menaces à sa vie ou à des peines ou traitements cruels ou inusités s'il était renvoyé en Égypte soit réputée

conducted by paragraph 113(d) of IRPA and paragraph 172(2)(a) of the Regulations.

[18] The Ministers characterized this remedy as analogous to a stay of proceedings because it prevented the MCI from taking account of assurances that might be obtained from the Government of Egypt that Jaballah would not be at risk of torture, death or cruel or unusual treatment or punishment. However, the remedy ordered by the designated Judge does not rise to the level of a complete stay of proceedings that constitutes a quashing of the proceedings. Indeed, Jaballah requested that relief and the designated Judge refused to grant it. On the contrary, the MCI was still free to make a decision on Jaballah's protection application.

[19] In remedying abuses of their process, courts are to be flexible and provide a remedy that is suitable to the circumstances (see *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, at paragraphs 35-37). The decision of how best to remedy an abuse of process is a discretionary one. An appellate court may only overturn such a decision if it "reaches the clear conclusion that there has been a wrongful exercise of discretion in that no weight, or no sufficient weight, has been given to relevant considerations" (*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at page 76, quoting *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130 (H.L.), at page 138). It has not been demonstrated that the designated Judge took into account irrelevant factors or failed to take into account or accorded insufficient weight to relevant ones.

[20] In their factum, the Ministers concede that it would have been open to the designated Judge to order "that the Minister complete his determination as to the application for protection within a prescribed time that he thought was reasonable." I agree that would have been open to the Judge. But it must also follow that, if

l'évaluation finale des risques auxquels ferait face M. Jaballah qui doit être effectuée en vertu de l'alinéa 113d) de la LIPR et de l'alinéa 172(2)a) du Règlement.

[18] Les ministres ont dit que ce redressement constituait une suspension de l'instance parce qu'il empêchait le MCI de tenir compte des assurances qu'il aurait pu obtenir du gouvernement de l'Égypte que M. Jaballah ne serait pas exposé au risque d'être soumis à la torture, à des menaces à sa vie ou à des traitements ou peines cruels et inusités. Toutefois, le redressement ordonné par le juge désigné ne constitue pas une suspension totale de l'instance au point où celle-ci serait annulée. D'ailleurs M. Jaballah a demandé ce dernier redressement et le juge désigné a refusé de le lui accorder. Au contraire, le MCI était toujours libre de prendre une décision concernant la demande de protection de M. Jaballah.

[19] En accordant un redressement lorsqu'il y a eu abus de procédure, les tribunaux doivent se montrer flexibles et imposer un redressement adéquat compte tenu des circonstances (voir *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, aux paragraphes 35 à 37). La décision concernant le redressement le plus approprié lorsqu'il y a abus de procédure est une décision discrétionnaire. Une cour d'appel ne peut renverser une telle décision que si elle [TRADUCTION] «conclut que le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon erronée, parce qu'on n'a pas accordé suffisamment d'importance, ou qu'on en n'a pas accordé du tout, à des considérations pertinentes» (*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pages 76 et 77, citant *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130 (H.L.), à la page 138). Il n'a pas été établi que le juge désigné avait tenu compte de considérations non pertinentes ou qu'il n'avait pas accordé suffisamment d'importance ou n'en avait pas accordé du tout à des considérations pertinentes.

[20] Dans leur mémoire, les ministres ont reconnu que le juge désigné aurait pu [TRADUCTION] «ordonner que le ministre prenne sa décision concernant la demande de protection dans une limite de temps qu'il estimait raisonnable». Je reconnais qu'il était loisible au juge de prendre une telle décision. Mais il doit également s'en

the Minister does not comply with such an order, the Judge is not powerless to enforce it. Indeed, in oral argument, counsel suggested it would be open to hold the Minister or perhaps his officials in contempt. But alternatively, if there has been delay which the designated Judge considers excessive, I do not see why the designated Judge could not order the MCI to advise him as to the status of the protection analysis as of a certain date, even if the MCI did not consider that her risk assessment as of that date had been completed. After all, under paragraph 78(c), the Judge is under a duty to proceed expeditiously. Therefore, the Judge must be in a position to deal practically with delay by the MCI.

[21] I do not say that the designated Judge may make his own risk assessment for the purposes of paragraph 113(d) of IRPA and paragraph 172(2)(a) of the Regulations. But if, as here, a risk assessment prepared for the MCI is before the Judge and it is a substantive assessment of the risk facing the individual if he is removed from Canada, I think it is open to the Judge to require the MCI to treat that as the final assessment of the risk to the individual if, after a reasonable period, nothing else is forthcoming. In this case, the learned Judge, on at least three occasions, reminded Ministers' counsel that he was concerned about delay and encouraged the MCI to issue his protection decision. The Judge did not issue his decision until he determined nothing was forthcoming from the MCI some ten months after the application for protection was made and eight months after he was advised that the MCI was seeking assurances from the Government of Egypt.

[22] I am not troubled that a judge would deem a final assessment of the risk to the individual to have been made on what the MCI considers to be incomplete information. If a decision to grant protection is based on incomplete information and results in a stay of a removal order, it is still open to the MCI, under subsection 114(1), if the circumstances surrounding the stay have changed, to cancel the stay. The MCI is, therefore, not without a remedy should new information come to her attention even though the protection decision was based

suivre que le juge a le pouvoir d'assurer l'application de l'ordonnance si le ministre ne s'y plie pas. D'ailleurs, dans sa plaidoirie, l'avocat a laissé à entendre que le juge pouvait accuser le ministre et peut-être ses fonctionnaires, d'outrage au tribunal. Toutefois, subsidiairement, si un retard était tel que le juge désigné était d'avis qu'il était excessif, je ne vois pas pourquoi il ne pouvait pas ordonner au MCI de lui dire, avant une date précise, où en était l'analyse de la demande de protection, même si, à cette date, le MCI était d'avis que l'évaluation des risques n'était pas complètement terminée. Après tout, en vertu de l'alinéa 78c), le juge a le devoir d'appliquer la procédure expéditive. Par conséquent, le juge doit pouvoir, en pratique, régler la question du retard du MCI.

[21] Je ne dis pas que le juge désigné peut effectuer sa propre évaluation des risques pour les besoins de l'alinéa 113d) de la LIPR et de l'alinéa 172(2)a) du Règlement. Mais si, comme en l'espèce, une évaluation des risques qui a été préparée pour le MCI a été soumise au juge et qu'il s'agit d'une évaluation sur le fond des risques auxquels ferait face la personne si elle était renvoyée du Canada, j'estime que le juge peut exiger que cette évaluation soit réputée l'évaluation finale des risques si, après une période raisonnable de temps, le MCI ne semble pas avoir pris une décision. Dans la présente affaire, le savant juge a, à au moins trois reprises, rappelé à l'avocat du ministre que le retard était important et il a encouragé le MCI à rendre sa décision concernant la demande de protection. Le juge n'a pas rendu sa décision avant d'avoir conclu que le MCI n'était pas disposé à rendre sa décision, quelque dix mois après la demande de protection et huit mois après que le MCI l'ait avisé qu'il avait demandé au gouvernement de l'Égypte de lui donner certaines assurances.

[22] Le fait qu'un juge décide qu'il y a eu évaluation finale des risques auxquels un individu ferait face en tenant compte de renseignements qui, selon le MCI sont incomplets, ne me pose aucun problème. Si une décision d'accorder la protection est fondée sur des renseignements incomplets et que cela entraîne une suspension de la mesure de renvoi, il est toujours loisible au MCI, en vertu du paragraphe 114(2), si les circonstances ayant amené la suspension ont changé, de révoquer le sursis. Par conséquent, le MCI dispose d'une

on what she considers to be incomplete information. That decision would be subject to an application for leave and, if leave is granted, judicial review in the ordinary course under IRPA. In the particular circumstances of this case, if the MCI were to obtain assurances from the Government of Egypt satisfactory to her, such information could well constitute a change of circumstances contemplated by subsection 114(2) enabling her, if appropriate, to cancel the stay, subject to judicial review.

[23] In view of the circumstances with which the designated Judge was faced, I am satisfied that the remedy of deeming the PRRA officer's report to be the final assessment of the risk to Jaballah if he is removed from Canada was not precluded by the statutory scheme and was a proper exercise of the Judge's discretion. I would not disturb that decision.

#### D. Costs

[24] The Ministers also appeal an award of solicitor-and-client costs made against them in respect of the hearing on April 11, 2003. Present counsel for Jaballah concedes that this award of costs cannot be sustained. On consent, the appeal of the award of solicitor-and-client costs should therefore be allowed.

#### JABALLAH'S CROSS-APPEAL

[25] In response to his finding that the MCI's delay in deciding the protection application constituted an abuse of process, the designated Judge also resumed the security certificate proceedings without waiting for the MCI to decide the protection application. He did this in order to ensure that Jaballah would either be released if the certificate was found to be unreasonable or at least would have access to the subsection 84(2) detention review mechanism which only becomes available 120 days after the certificate is found to be reasonable.

solution si de nouveaux renseignements lui sont communiqués même si la décision concernant la protection était fondée sur des renseignements qu'il juge incomplets. Cette décision serait assujettie à une demande d'autorisation et, si l'autorisation était accordée, à un contrôle judiciaire selon les dispositions ordinaires de la LIPR. Dans les circonstances propres de cette affaire, si le MCI devait obtenir des assurances convaincantes du gouvernement de l'Égypte, ces renseignements pourraient bien constituer un changement de circonstances au sens du paragraphe 114(2) qui lui permettrait, en cas opportuns, d'annuler le sursis, sous réserve d'un contrôle judiciaire.

[23] Compte tenu des circonstances auxquelles faisait face le juge désigné, je suis convaincu que le régime législatif n'interdisait pas le redressement imposé, à savoir que le rapport de l'agent ERAR était réputé l'évaluation finale des risques auxquels M. Jaballah ferait face s'il était renvoyé du Canada et que le juge avait exercé régulièrement, à cet égard, son pouvoir discrétionnaire. Je ne modifierais pas cette décision.

#### D. Dépens

[24] Les ministres interjettent également appel des dépens sur la base procureur-client accordés à la partie adverse au regard de l'audience du 11 avril 2003. L'avocat actuel de M. Jaballah reconnaît que cette décision ne peut être confirmée. Avec le consentement des parties, l'appel concernant les dépens sur la base procureur-client devrait donc être accueilli.

#### POURVOI INCIDENT DE M. JABALLAH

[25] Après avoir conclu que le retard du MCI à prendre une décision concernant la demande de protection constituait un abus de procédure, le juge désigné a également repris l'instance concernant le certificat de sécurité sans attendre la décision du MCI sur la demande de protection. Il a pris cette décision de manière à ce que M. Jaballah soit libéré si le certificat était jugé ne pas être raisonnable ou pour qu'il ait au moins accès au mécanisme de contrôle du paragraphe 84(2) qui ne devient possible que 120 jours suivant la conclusion que le certificat est raisonnable.

[26] Jaballah argues in his cross-appeal that the designated Judge's resumption of the security certificate procedure was inconsistent with the express provisions of IRPA. I sympathize with the designated Judge's frustration in trying to expedite the matter. However, I am of the respectful view that the process he adopted was not one consistent with the requirements of the legislation.

[27] While I acknowledge that judges must be given broad discretion to control the process of the Court and deal with abuse of that process, I do not think that the common law doctrine of abuse of process can override express statutory provisions enacted by Parliament. Certainly, where statutory provisions provide leeway for the exercise of discretion by a Judge, the Judge may exercise that discretion as I think the designated Judge did in respect of the PRRA officer's risk assessment. However, in the absence of a constitutional challenge, a Judge may not act in contravention of express legislative provisions in order to remedy an abuse of process.

[28] In this case, Jaballah's application for protection had not been decided by the MCI when the designated Judge resumed his consideration of the security certificate or even when he found it to be reasonable. As I read the relevant provisions, they preclude a resumption of the security certificate proceedings without the judge having received notice of a protection decision. Under subsection 79(2), the resumed proceedings must involve consideration of both the certificate and the protection decision. Under subsection 80(1), there are two determinations to be made by the designated Judge: (1) whether the certificate is reasonable; and (2) whether the protection decision is lawfully made.

[29] As Jaballah's counsel pointed out in oral argument, this interpretation of subsections 79(2) and 80(1) is supported by the procedure in subsection 80(2). Under subsection 80(2), if the judge finds that a protection decision is not lawfully made, the proceedings in respect of the security certificate are to be suspended until the MCI makes a new decision on the application for protection. In other words, once an application for

[26] M. Jaballah soutient, dans son pourvoi incident, que la reprise, par le juge, de l'instance relative au certificat était contraire aux dispositions expresses de la LIPR. Je comprends bien la frustration du juge désigné qui souhaitait régler rapidement l'affaire. Toutefois, avec respect, j'estime que le processus qu'il a adopté n'était pas conforme aux exigences de la loi.

[27] Certes, les juges doivent disposer d'un large pouvoir discrétionnaire concernant le processus judiciaire pour traiter les questions d'abus de procédure, mais je ne crois pas que le principe de common law en matière d'abus de procédure puisse l'emporter sur les dispositions expresses adoptées par le législateur. Bien entendu, si les dispositions permettent l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge, ce dernier peut exercer ce pouvoir comme l'a fait, selon moi, le juge désigné à l'égard de l'évaluation des risques de l'agent ERAR. Toutefois, en l'absence d'une contestation constitutionnelle, un juge ne peut contrevenir à une disposition législative expresse afin de remédier à un abus de procédure.

[28] En l'espèce, le MCI n'avait pris aucune décision concernant la demande de protection de M. Jaballah quand le juge désigné a repris son examen du certificat de sécurité, voire quand il l'a jugé raisonnable. Selon moi, les dispositions pertinentes empêchent toute reprise de l'instance relative au certificat de sécurité si le juge n'a pas été notifié de la décision en matière de protection. En vertu du paragraphe 79(2), la procédure doit comprendre tant l'examen du certificat que celui de la décision sur la protection. Selon le paragraphe 80(1), le juge doit décider: 1) du caractère raisonnable du certificat; 2) de la légalité de la décision du ministre en matière de protection.

[29] Comme l'a souligné l'avocat de M. Jaballah dans sa plaidoirie, cette interprétation des paragraphes 79(2) et 80(1) est appuyée par la procédure visée au paragraphe 80(2). En vertu du paragraphe 80(2), si le juge décide que la décision relative à la protection n'est pas légale, il suspend l'instance relative au certificat de sécurité jusqu'à ce que le MCI prenne une nouvelle décision concernant la demande de protection.

protection is made, the designated judge cannot decide the reasonableness of the security certificate until he determines that the MCI has made a lawful protection decision.

[30] The designated Judge was of the view that, in order not to delay proceedings further, he should make a decision on the reasonableness of the certificate. Later, when the MCI issued her protection decision, that decision could be the subject of a leave application and judicial review if leave was granted.

[31] However, the legislation contemplates not only that the same designated judge determine both the reasonableness of the security certificate and the lawfulness of the MCI's protection decision under subsection 80(1), but also that, under subsection 80(3), both decisions are not to be subject to appeal. Under the process envisaged by the designated Judge, once the protection decision was made, leave for judicial review would be required and an appeal from the judicial review to this Court might be taken. Neither the leave requirement nor the possibility of appeal in respect of the reasonableness of the certificate or the lawfulness of the MCI's decision on the application for protection made under subsection 112(1) are anticipated or provided for by sections 79 and 80 of IRPA.

[32] If the MCI grants the protection application and the designated judge finds the MCI's decision lawful and the security certificate reasonable, the protection application will act as a stay of the removal order effect of the security certificate. Under subsection 114(2), if circumstances change, the MCI may cancel the stay. Unlike a protection decision, a decision to cancel a stay of a removal order is not subject to the procedure in sections 79 and 80, and therefore would be subject to the ordinary leave and judicial review process applicable to other decisions made under IRPA.

[33] For these reasons, I am of the opinion that the decision of the designated Judge, finding the security

Autrement dit, quand une demande de protection a été déposée, le juge désigné ne peut décider du caractère raisonnable du certificat de sécurité avant la décision du MCI sur la demande.

[30] Le juge désigné était d'avis que, dans le but de ne pas retarder davantage la procédure, il devait prendre une décision concernant le caractère raisonnable du certificat. Plus tard, quand le MCI aurait rendu sa décision en matière de protection, cette décision pouvait faire l'objet d'une demande d'autorisation et d'un contrôle judiciaire si l'autorisation était accordée.

[31] Toutefois, selon la loi, le juge désigné non seulement décide du caractère raisonnable du certificat et de la légalité de la décision du MCI en matière de protection en vertu du paragraphe 80(1), mais aussi, en vertu du paragraphe 80(3), aucune de ces décisions n'est susceptible d'appel. Conformément au processus envisagé par le juge désigné, lorsque la décision concernant la protection a été prise, il fallait l'autorisation de demander un contrôle judiciaire et il devenait possible d'interjeter appel du contrôle judiciaire devant la Cour. Ni l'exigence relative à l'autorisation ni la possibilité d'interjeter appel concernant le caractère raisonnable du certificat ou la légalité de la décision du MCI concernant la demande de protection prise en vertu du paragraphe 112(1) ne sont prévues par les articles 79 et 80 de la LIPR.

[32] Si le MCI accorde la demande de protection et que le juge désigné reconnaît la légalité de la décision du MCI et le caractère raisonnable du certificat de sécurité, la demande de protection aura pour effet de surseoir à la mesure de renvoi qu'entraîne le certificat de sécurité. En vertu du paragraphe 114(2), si les circonstances changent, le MCI peut annuler le sursis. Contrairement à une décision en matière de protection, la décision d'annuler le sursis d'une mesure de renvoi n'est pas assujettie à la procédure visée aux articles 79 et 80, et par conséquent elle serait assujettie au processus ordinaire d'autorisation et de contrôle judiciaire qui s'applique à d'autres décisions prises en vertu de la LIPR.

[33] Pour ces motifs, je suis d'avis que la décision du juge désigné selon laquelle le certificat de sécurité était

certificate reasonable in this case, must be set aside. This Court has also been advised that the MCI's December 2003 protection decision was the subject of a successful leave application and a judicial review of that decision is now scheduled for August 2004. As the MCI's protection decision should not have been subject to leave and judicial review but instead should have been dealt with under sections 79 and 80, the judicial review scheduled for August 2004 should not proceed. The matter of the reasonableness of the security certificate and the lawfulness of the MCI's protection decision should be remitted to the designated Judge or another judge designated by the Chief Justice of the Federal Court for redetermination.

#### JABALLAH'S APPEAL

[34] Jaballah also brought a separate appeal from the designated Judge's decision. His present counsel has withdrawn all arguments made by prior counsel on the appeal and his argument is now based solely on incompetence of prior counsel. However, he takes the position that if the reasonableness decision in respect of the security certificate is set aside, it would be unnecessary for this Court to decide the issue of competency of prior counsel as the appeal will be moot.

[35] In view of my determination on Jaballah's cross-appeal, I am of the opinion that Jaballah's appeal is moot and that the issue of competency of counsel need not be decided.

#### CONCLUSION

[36] I would dismiss the Ministers' appeal in respect of the designated Judge's finding of abuse of process and the deeming of the PRRA officer's risk assessment to be the final assessment of the risk to Jaballah if he is removed from Canada. I would allow the appeal of the Ministers in respect of the award of solicitor-and-client costs.

[37] I would allow Jaballah's cross-appeal in respect of the designated Judge's departure from the

raisonnable doit être écartée. La Cour a également été avisée que la décision concernant la demande de protection du MCI, prise en décembre 2003, a fait l'objet d'une demande d'autorisation qui a été accordée et la date du contrôle judiciaire de cette décision a maintenant été fixée au mois d'août 2004. Puisque la décision du MCI en matière de protection n'aurait pas dû faire l'objet d'une demande d'autorisation de contrôle judiciaire mais qu'elle aurait dû être traitée en vertu des articles 79 et 80, le contrôle judiciaire du mois d'août 2004 ne devrait pas avoir lieu. La question du caractère raisonnable du certificat de sécurité et de la légalité de la décision du MCI en matière de protection devrait être renvoyée au juge désigné ou à un autre juge désigné par le juge en chef de la Cour fédérale pour nouvelle décision.

#### APPEL DE M. JABALLAH

[34] M. Jaballah a également intenté un appel distinct contre la décision du juge désigné. Son actuel avocat a retiré tous les arguments présentés par l'avocat précédent concernant l'appel et l'argument qu'il présente en l'espèce est fondé uniquement sur l'incompétence de l'avocat précédent. Toutefois, il prétend que si la décision concernant le caractère raisonnable du certificat est écartée, la Cour n'aura pas besoin de trancher la question de la compétence de l'avocat précédent puisque l'appel serait sans objet.

[35] Compte tenu de la décision que j'ai prise relativement à l'appel incident de M. Jaballah, je suis d'avis que l'appel de M. Jaballah est sans objet et que la question relative à la compétence de l'avocat n'a pas besoin d'être tranchée.

#### CONCLUSION

[36] Je rejetterais l'appel interjeté par les ministres relativement à la conclusion d'abus de procédure du juge désigné et la décision selon laquelle l'évaluation des risques de l'agent ERAR constituait l'évaluation finale des risques auxquels ferait face M. Jaballah s'il était renvoyé du Canada. J'accueillerais l'appel des ministres concernant les dépens sur la base procureur-client.

[37] J'accueillerais l'appel incident de M. Jaballah relativement au manquement aux dispositions de la LIPR

requirements of IRPA, set aside the Judge's determination that the security certificate is reasonable and remit the matter to that Judge or another judge designated by the Chief Justice for the purpose of determining both the reasonableness of the security certificate and the lawfulness of the MCI's protection decision. I would dismiss Jaballah's separate appeal as moot. Costs of these appeals shall be in the cause.

LINDEN J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

#### APPENDIX A

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27

72. (1) Judicial review by the Federal Court with respect to any matter—a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised—under this Act is commenced by making an application for leave to the Court.

...

76. The definitions in this section apply in this Division.

“information” means security or criminal intelligence information and information that is obtained in confidence from a source in Canada, from the government of a foreign state, from an international organization of states or from an institution of either of them.

“judge” means the Chief Justice of the Federal Court or a judge of that Court designated by the Chief Justice.

77. (1) The Minister and the Solicitor General of Canada shall sign a certificate stating that a permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality and refer it to the Federal Court, which shall make a determination under section 80.

(2) When the certificate is referred, a proceeding under this Act respecting the person named in the certificate, other than an application under subsection 112(1), may not be commenced and, if commenced, must be adjourned, until the judge makes the determination.

du juge désigné, j'annulerais la décision du juge selon laquelle le certificat de sécurité était raisonnable et je renverrais l'affaire à ce juge ou à un autre juge désigné par le juge en chef afin qu'il décide du caractère raisonnable du certificat de sécurité et de la légalité de la décision du MCI en matière de protection. Je rejetterais l'appel distinct de M. Jaballah au motif qu'il est sans objet. Les dépens en l'espèce seront à suivre la cause.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE SEXTON, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

#### ANNEXE A

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27

72. (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure—décision, ordonnance, question ou affaire—prise dans le cadre de la présente loi est subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation.

[...]

76. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente section.

«juge» Le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de cette juridiction désigné par celui-ci.

«renseignements» Les renseignements en matière de sécurité ou de criminalité et ceux obtenus, sous le sceau du secret, de source canadienne ou du gouvernement d'un État étranger, d'une organisation internationale mise sur pied par des États ou de l'un de leurs organismes.

77. (1) Le ministre et le solliciteur général du Canada déposent à la Cour fédérale le certificat attestant qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée pour qu'il en soit disposé au titre de l'article 80.

(2) Il ne peut être procédé à aucune instance visant le résident permanent ou l'étranger au titre de la présente loi tant qu'il n'a pas été statué sur le certificat; n'est pas visée la demande de protection prévue au paragraphe 112(1).

**78.** The following provisions govern the determination:

- (a) the Judge shall hear the matter;
- (b) the judge shall ensure the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence that may be provided to the judge if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;
- (c) the judge shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;
- (d) the judge shall examine the information and any other evidence in private within seven days after the referral of the certificate for determination;
- (e) on each request of the Minister or the Solicitor General of Canada made at any time during the proceedings, the judge shall hear all or part of the information or evidence in the absence of the permanent resident or the foreign national named in the certificate and their counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;
- (f) the information or evidence described in paragraph (e) shall be returned to the Minister and the Solicitor General of Canada and shall not be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if either the matter is withdrawn or if the judge determines that the information or evidence is not relevant or, if it is relevant, that it should be part of the summary;
- (g) the information or evidence described in paragraph (e) shall not be included in the summary but may be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if the judge determines that the information or evidence is relevant but that its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;
- (h) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with a summary of the information or evidence that enables them to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but that does not include anything that in the opinion of the judge would be injurious to national security or to the safety of any person if disclosed;
- (i) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with an opportunity to be heard regarding their inadmissibility; and
- (j) the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base the decision on that evidence.

**78.** Les règles suivantes s'appliquent à l'affaire:

- a) le juge entend l'affaire;
- b) le juge est tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve qui pourraient lui être communiqués et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;
- c) il procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;
- d) il examine, dans les sept jours suivant le dépôt du certificat et à huis clos, les renseignements et autres éléments de preuve;
- e) à chaque demande d'un ministre, il examine, en l'absence du résident permanent ou de l'étranger et de son conseil, tout ou partie des renseignements ou autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;
- f) ces renseignements ou éléments de preuve doivent être remis aux ministres et ne peuvent servir de fondement à l'affaire soit si le juge décide qu'ils ne sont pas pertinents ou, l'étant, devraient faire partie du résumé, soit en cas de retrait de la demande;
- g) si le juge décide qu'ils sont pertinents, mais que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, ils ne peuvent faire partie du résumé, mais peuvent servir de fondement à l'affaire;
- h) le juge fournit au résident permanent ou à l'étranger, afin de lui permettre d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu au certificat, un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;
- i) il donne au résident permanent ou à l'étranger la possibilité d'être entendu sur l'interdiction de territoire le visant;
- j) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime utile—même inadmissible en justice—et peut fonder sa décision sur celui-ci.

**79.** (1) On the request of the Minister, the permanent resident or the foreign national, a judge shall suspend a proceeding with respect to a certificate in order for the Minister to decide an application for protection made under subsection 112(1).

(2) If a proceeding is suspended under subsection (1) and the application for protection is decided, the Minister shall give notice of the decision to the permanent resident or the foreign national and to the judge, the judge shall resume the proceeding and the judge shall review the lawfulness of the decision of the Minister, taking into account the grounds referred to in subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*.

**80.** (1) The judge shall, on the basis of the information and evidence available, determine whether the certificate is reasonable and whether the decision on the application for protection, if any, is lawfully made.

(2) The judge shall quash a certificate if the judge is of the opinion that it is not reasonable. If the judge does not quash the certificate but determines that the decision on the application for protection is not lawfully made, the judge shall quash the decision and suspend the proceeding to allow the Minister to make a decision on the application for protection.

(3) The determination of the judge is final and may not be appealed or judicially reviewed.

**81.** If a certificate is determined to be reasonable under subsection 80(1),

(a) it is conclusive proof that the permanent resident or the foreign national named in it is inadmissible;

(b) it is a removal order that may not be appealed against and that is in force without the necessity of holding or continuing an examination or an admissibility hearing; and

(c) the person named in it may not apply for protection under subsection 112(1).

**82.** . . .

(2) A foreign national who is named in a certificate described in subsection 77(1) shall be detained without the issue of a warrant.

. . .

**84.** (1) The Minister may, on application by a permanent resident or a foreign national, order their release from detention to permit their departure from Canada.

(2) A judge may, on application by a foreign national who has not been removed from Canada within 120 days after the Federal Court determines a certificate to be reasonable, order

**79.** (1) Le juge suspend l'affaire, à la demande du résident permanent, de l'étranger ou du ministre, pour permettre à ce dernier de disposer d'une demande de protection visée au paragraphe 112(1).

(2) Le ministre notifie sa décision sur la demande de protection au résident permanent ou à l'étranger et au juge, lequel reprend l'affaire et contrôle la légalité de la décision, compte tenu des motifs visés au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

**80.** (1) Le juge décide du caractère raisonnable du certificat et, le cas échéant, de la légalité de la décision du ministre, compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose.

(2) Il annule le certificat dont il ne peut conclure qu'il est raisonnable; si l'annulation ne vise que la décision du ministre il suspend l'affaire pour permettre au ministre de statuer sur celle-ci.

(3) La décision du juge est définitive et n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire.

**81.** Le certificat jugé raisonnable fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi en vigueur et sans appel, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête; la personne visée ne peut dès lors demander la protection au titre du paragraphe 112(1).

**82.** [ . . . ]

(2) L'étranger nommé au certificat est mis en détention sans nécessité de mandat.

[ . . . ]

**84.** (1) Le ministre peut, sur demande, mettre le résident permanent ou l'étranger en liberté s'il veut quitter le Canada.

(2) Sur demande de l'étranger dont la mesure de renvoi n'a pas été exécutée dans les cent vingt jours suivant la décision sur le certificat, le juge peut, aux conditions qu'il estime

the foreign national's release from detention, under terms and conditions that the judge considers appropriate, if satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any person.

...

97. (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,

(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

(2) A person in Canada who is a member of a class of persons prescribed by the regulations as being in need of protection is also a person in need of protection.

...

112. (1) A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

...

(3) Refugee protection may not result from an application for protection if the person

...

indiquées, le mettre en liberté sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui.

[. . .]

97. (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée:

a) soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant:

(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,

(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes—sauf celles infligées au mépris des normes internationales—et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

(2) A également qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et fait partie d'une catégorie de personnes auxquelles est reconnu par règlement le besoin de protection.

[. . .]

112. (1) La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).

[. . .]

(3) L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants:

[. . .]

(d) is named in a certificate referred to in subsection 77(1).

d) il est nommé au certificat visé au paragraphe 77(1).

**113.** Consideration of an application for protection shall be as follows:

**113.** Il est disposé de la demande comme il suit:

...

[...]

(d) in the case of an applicant described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of the factors set out in section 97 and

d) s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3), sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et, d'autre part:

...

[...]

(ii) . . . whether the application should be refused because of the nature and severity of acts committed by the applicant or because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada.

(ii) soit [...] du fait que la demande devrait être rejetée en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés ou du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

**114.** (1) A decision to allow the application for protection has

**114.** (1) La décision accordant la demande de protection [. . .] a pour effet, s'agissant de celui visé au paragraphe 112(3), de surseoir, pour le pays ou le lieu en cause, à la mesure de renvoi le visant.

...

[...]

(b) in the case of an applicant described in subsection 112(3), the effect of staying the removal order with respect to a country or place in respect of which the applicant was determined to be in need of protection.

(2) If the Minister is of the opinion that the circumstances surrounding a stay of the enforcement of a removal order have changed, the Minister may re-examine, in accordance with paragraph 113(d) and the regulations, the grounds on which the application was allowed and may cancel the stay.

(2) Le ministre peut révoquer le sursis s'il estime, après examen, sur la base de l'alinéa 113d) et conformément aux règlements, des motifs qui l'ont justifié, que les circonstances l'ayant amené ont changé.

...

[...]

**187.** For the purposes of sections 188 to 201, "former Act" means the *Immigration Act*, chapter I-2 of the Revised Statutes of Canada, 1985, and, where applicable, the regulations and rules made under it.

**187.** Aux articles 188 à 201, «ancienne loi» s'entend de la *Loi sur l'immigration*, chapitre I-2 des Lois révisées du Canada (1985) et, le cas échéant, des textes d'application—règlements, règles ou autres—pris sous son régime.

...

[...]

**190.** Every application, proceeding or matter under the former Act that is pending or in progress immediately before the coming into force of this section shall be governed by this Act on that coming into force.

**190.** La présente loi s'applique, dès l'entrée en vigueur du présent article, aux demandes et procédures présentées ou instruites, ainsi qu'aux autres questions soulevées, dans le cadre de l'ancienne loi avant son entrée en vigueur et pour lesquelles aucune décision n'a été prise.

*Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227*

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227*

**172.** (1) Before making a decision to allow or reject the application of an applicant described in subsection 112(3) of

**172.** (1) Avant de prendre sa décision accueillant ou rejetant la demande de protection du demandeur visé au

the Act, the Minister shall consider the assessments referred to in subsection (2) and any written response of the applicant to the assessments that is received within 15 days after the applicant is given the assessments.

(2) The following assessments shall be given to the applicant:

(a) a written assessment on the basis of the factors set out in section 97 of the Act; and

(b) a written assessment on the basis of the factors set out in subparagraph 113(d)(i) or (ii) of the Act, as the case may be.

(3) The assessments are given to an applicant when they are given by hand to the applicant or, if sent by mail, are deemed to be given to an applicant seven days after the day on which they are sent to the last address that the applicant provided to the Department.

(4) Despite subsections (1) to (3), if the Minister decides on the basis of the factors set out in section 97 of the Act that the applicant is not described in that section,

(a) no written assessment on the basis of the factors set out in subparagraph 113(d)(i) or (ii) of the Act need be made; and

(b) the application is rejected.

paragraphe 112(3) de la Loi, le ministre tient compte des évaluations visées au paragraphe (2) et de toute réplique écrite du demandeur à l'égard de ces évaluations, reçue dans les quinze jours suivant la réception de celles-ci.

(2) Les évaluations suivantes sont fournies au demandeur:

a) une évaluation écrite au regard des éléments mentionnés à l'article 97 de la Loi;

b) une évaluation écrite au regard des éléments mentionnés aux sous-alinéas 113d)(i) ou (ii) de la Loi, selon le cas.

(3) Les évaluations sont fournies soit par remise en personne, soit par courrier, auquel cas elles sont réputées avoir été fournies à l'expiration d'un délai de sept jours suivant leur envoi à la dernière adresse communiquée au ministère par le demandeur.

(4) Malgré les paragraphes (1) à (3), si le ministre conclut, sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 de la Loi, que le demandeur n'est pas visé par cet article:

a) il n'est pas nécessaire de faire d'évaluation au regard des éléments mentionnés aux sous-alinéas 113d)(i) ou (ii) de la Loi;

b) la demande de protection est rejetée.