

DES-04-01  
2006 FC 115

DES-04-01  
2006 CF 115

**IN THE MATTER OF** a certificate pursuant to Section 40.1 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, now deemed to be under s-s 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27;

**AND IN THE MATTER OF** the referral of that certificate to the Federal Court of Canada;

**AND IN THE MATTER OF** Mahmoud JABALLAH (*Applicant*)

and

**The Attorney General of Ontario** (*Intervener*)

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

Federal Court, MacKay D.J.—Toronto, November 30, December 1 and 2, 2005; Ottawa, February 1, 2006.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Application for release from detention until matters in security certificate proceedings finally determined — Applicant foreign national held in detention since 2001 when security certificate issued against him under Immigration Act, s. 40.1 — Court having authority to consider application for release from detention made under Charter, Constitution Act, 1982 — As foreign national, applicant having no right to be admitted to Canada — Detention to continue if reviewing judge satisfied applicant “continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal”, under Immigration and Refugee Protection Act, s. 83(3) — Evidence unequivocal applicant still danger to national security — Application dismissed.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Arrest, Detention, Imprisonment — Applicant arguing continuing detention of foreign national under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 82(2), with no judicial review of appropriateness of detention, infringing Charter rights —*

**AFFAIRE CONCERNANT** un certificat établi en vertu de l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, aujourd'hui censé établi en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27;

**ET** le renvoi de ce certificat à la Cour fédérale du Canada;

**ET** Mahmoud JABALLAH (*demandeur*)

et

**Le procureur général de l'Ontario** (*intervenant*)

**RÉPERTORIÉ : JABALLAH (RE) (C.F.)**

Cour fédérale, juge suppléant MacKay—Toronto, 30 novembre, 1<sup>er</sup> et 2 décembre 2005; Ottawa, 1<sup>er</sup> février 2006.

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Demande de mise en liberté jusqu'à ce qu'il soit statué à titre définitif sur les questions se rapportant à la procédure du certificat de sécurité — Le demandeur, un étranger, était en détention depuis 2001, lorsqu'un certificat de sécurité fut délivré contre lui en application de l'art. 40.1 de la Loi sur l'immigration — La Cour avait le pouvoir d'examiner la demande de mise en liberté présentée conformément à la Charte et à la Loi constitutionnelle de 1982 — En tant qu'étranger, le demandeur n'avait aucun droit d'être admis au Canada — La détention doit se poursuivre si le juge saisi de la procédure de contrôle est d'avis que le demandeur « constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi », en application de l'art. 83(3) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La preuve montrait sans équivoque que le demandeur constituait toujours un danger pour la sécurité nationale — Demande rejetée.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Arrestation, détention, emprisonnement — Le demandeur a fait valoir que le maintien en détention d'un étranger en application de l'art. 82(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR), sans que l'à-propos de sa détention soit l'objet d'un*

*Purpose of duration of detention to hold foreign national considered inadmissible to Canada as preventive measure — Conditions of applicant's detention not cruel, unusual punishment under Charter, s. 12 — Mandatory detention provided by IRPA, s. 82(2) not constituting arbitrary detention, imprisonment under Charter, s. 9 — Provisions for detention under IRPA, ss. 82-85 held by F.C.A. not to infringe upon rights guaranteed by Charter, ss. 7, 9, 12.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Right to equality, equal benefit of the law without discrimination on ground analogous to those specified, assured to applicant by Charter, s. 15(1) infringed by effects of continuing detention under Immigration and Refugee Protection Act, s. 82(2) — Effect of continuing detention without review under s. 82(2) resulting in loss of equal protection, equal benefit of law for foreign national solely on basis of immigration status.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Continued application of Immigration and Refugee Protection Act, s. 82(2) without judicial review of detention denying applicant equality rights assured by Charter, s. 15(1) — Appropriate remedy under Charter, s. 24(1) exemption from continuing detention on constitutional grounds unless detention reviewed on same basis as that provided for permanent resident detained under security certificate — Remedy appropriate in circumstances, where applicant's detention for more than four years without judicial review of appropriateness thereof, continuing — Remedy respecting s. 82(2).*

This was an application for release from detention until matters concerning the applicant in this security certificate proceeding under the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) are finally determined. The applicant, a foreign national and citizen of Egypt, has been held in detention since August 14, 2001, when a security certificate was issued against him under section 40.1 of the *Immigration Act*. His refugee claim was still outstanding when he became the subject of a second security certificate issued by the Minister of Citizenship and Immigration and the then Solicitor General of Canada, setting out their opinion that the applicant was inadmissible to Canada on specified grounds of national security. The applicant was detained, without warrant or order

*contrôle judiciaire, contrevenait à ses droits garantis par la Charte — L'objet du maintien en détention est de faire en sorte qu'un étranger déclaré interdit de territoire au Canada soit détenu à titre de mesure préventive — Les conditions de détention du demandeur ne constituaient pas une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la Charte — Sa détention obligatoire, prévue par l'art. 82(2) de la LIPR, ne constituait pas une détention ou un emprisonnement arbitraire au sens de l'art. 9 de la Charte — La C.A.F. a jugé que les dispositions en matière de détention prévues par les art. 82 à 85 de la LIPR, n'empiétaient pas sur les droits garantis par les art. 7, 9, 12 de la Charte.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Le droit à l'égalité et le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, sans discrimination fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés, droits qui sont garantis au demandeur par l'art. 15(1) de la Charte, sont violés par les effets du maintien en détention résultant de l'art. 82(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le maintien en détention sans contrôle judiciaire, en application de l'art. 82(2), entraîne une perte du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi pour un étranger, et cela uniquement à cause de son statut au regard de l'immigration.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — L'application continue de l'art. 82(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, sans un contrôle judiciaire de la détention, a pour effet de nier au demandeur les droits à l'égalité garantis par l'art. 15(1) de la Charte — La réparation qui s'imposait selon l'art. 24(1) de la Charte, était une dispense de maintien en détention, pour des raisons constitutionnelles, sauf si un contrôle judiciaire pouvait être exercé sur cette détention comme celui dont pouvait se prévaloir un résident permanent détenu en vertu d'un certificat de sécurité — La réparation proposée était adéquate compte tenu des circonstances, le demandeur étant détenu depuis plus de quatre ans sans qu'un contrôle judiciaire ait eu lieu sur l'à-propos de son maintien en détention — La réparation respectait l'art. 82(2).*

Il s'agissait d'une demande de mise en liberté en attendant une décision définitive sur les questions concernant le demandeur après qu'un certificat de sécurité lui eut été délivré en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). Le demandeur, un étranger de nationalité égyptienne, était en détention depuis le 14 août 2001, date à laquelle un certificat de sécurité fut délivré contre lui en vertu de l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration*. Sa demande d'asile était encore pendante lorsqu'il devint l'objet d'un deuxième certificat de sécurité délivré par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et par le solliciteur général du Canada de l'époque, certificat qui faisait état de leur opinion selon laquelle le demandeur était interdit de territoire pour des

in accord with subsection 82(2) of IRPA, and the certificate was referred to the Federal Court for determination of whether it was reasonable. The applicant sought exemption from the continuing application of the detention provisions of IRPA pending final determination of all issues arising in this proceeding, on the ground that such application would result in infringement of his rights guaranteed by sections 7, 9, 12 and subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The applicant submitted that the duration and conditions of his detention and the effects thereof upon him, the indeterminate future duration of his detention if it should continue, the lack of any provision under IRPA for judicial review of whether his continuing detention was warranted, and the discriminatory impact of the provisions on the applicant as a foreign national, supported his release. He has been detained in solitary confinement or protective custody in a maximum security provincial regional remand centre but, apart from references to occasional difficulties with individual guards or other inmates, there was no evidence that he was treated other than in accord with policies and practices generally applicable to those held in solitary confinement. However, there was evidence that the separation from his family and the limitations his detention imposed on any exercise of responsibilities for his family were the most painful and distressing aspects of his detention. The applicant undertook to obey any conditions of release imposed upon him by the Court, but his impugned credibility about other matters cast doubts upon any such undertaking.

*Held*, the application should be dismissed.

IRPA provides for detention of permanent residents and foreign nationals in a variety of circumstances, including those when a certificate is issued under subsection 77(1) that such a person is inadmissible to Canada on grounds of security. The Act makes no provision for review of the continuing detention of a foreign national under subsection 82(2), except upon application by a detained person who has not been removed from Canada within 120 days after the Federal Court determines the certificate issued by the Ministers to be reasonable. Since there has been no effective determination of the reasonableness of the certificate in the four and a half years since he has been detained, the applicant had no statutory right under IRPA to have the basis for his continuing detention reviewed. The situation of the applicant, as foreign national, is different than if he were a permanent resident of Canada. If a permanent resident is detained under a security certificate, a judge shall commence a review of the continuing detention within 48 hours of commencement of the detention.

motifs liés à la sécurité nationale. Le demandeur fut mis en détention, sans mandat ni ordonnance, en application du paragraphe 82(2) de la LIPR, et le certificat fut renvoyé à la Cour fédérale pour qu'elle décide s'il était raisonnable ou non. Le demandeur a sollicité une dispense d'application des dispositions de la LIPR concernant le maintien de sa détention, en attendant que soient tranchés tous les points soulevés dans l'instance, au motif que l'application de ces dispositions constituerait une atteinte aux droits que lui garantissaient les articles 7, 9, 12 et 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le demandeur faisait valoir que la durée et les conditions de sa détention, ainsi que les effets qu'elles avaient sur lui, la durée indéfinie de sa détention si elle devait se poursuivre, l'absence dans la LIPR de toute disposition prévoyant un contrôle judiciaire qui permettrait de déterminer si sa détention était justifiée, enfin l'effet discriminatoire des dispositions sur le demandeur en tant qu'étranger, militaient en faveur de sa mise en liberté. Il a été placé en isolement cellulaire ou en isolement protecteur dans un centre régional provincial de détention provisoire à sécurité maximale, mais, à part quelques difficultés occasionnelles éprouvées au contact de certains gardiens ou d'autres détenus, il n'a pas été établi qu'il avait été traité autrement qu'en accord avec les politiques et pratiques généralement applicables aux détenus placés en isolement cellulaire. Toutefois, il a été établi que le fait d'être séparé de sa famille et de ne pas pouvoir, à cause de sa détention, exercer ses responsabilités envers sa famille constituait les aspects les plus douloureux et les plus pénibles de sa détention. Le demandeur a assuré que, une fois mis en liberté, il se conformerait aux conditions que lui imposerait la Cour, mais sa crédibilité, mise à mal sous d'autres aspects, jetait le doute sur la sincérité de cet engagement.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

La LIPR prévoit la détention des résidents permanents et des étrangers dans une gamme de circonstances, notamment lorsqu'est délivré, en vertu du paragraphe 77(1), un certificat attestant qu'une telle personne est interdite de territoire pour des raisons de sécurité. La LIPR ne renferme aucune disposition prévoyant l'examen de la détention d'un étranger en application du paragraphe 82(2), sauf sur demande de la personne détenue lorsqu'elle n'a pas été renvoyée du Canada dans un délai de 120 jours après que la Cour fédérale a jugé que le certificat délivré par les ministres était raisonnable. Puisqu'aucune décision n'avait été rendue sur le caractère raisonnable ou non du certificat depuis sa mise en détention quatre ans et demi auparavant, le demandeur ne pouvait pas, selon la LIPR, faire examiner le fondement de son maintien en détention. La situation du demandeur, un étranger, n'est pas la même que s'il était un résident permanent du Canada. Si un résident permanent du Canada en vertu d'un certificat de sécurité, un juge doit procéder à l'examen de sa détention

Under subsection 83(2) of IRPA, a permanent resident must, if not released following a review of detention and until the reasonableness of the certificate is determined, be brought back before a judge at least once in the six-month period following each preceding review, and at any other time the judge may authorize.

The theory of a constitutional exemption as a possible remedy under subsection 24(1) of the Charter is that the Court may order that a person whose rights are adversely affected under otherwise valid legislation may be exempt from application of the legislation in so far as that infringes on rights guaranteed by the Charter. These guarantees include the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accord with principles of fundamental justice (section 7); the right not to be arbitrarily detained (section 9); the right not to be subjected to any cruel and unusual punishment (section 12); and equality before and under the law, and the equal protection of the law (subsection 15(1)). The criterion for considering whether punishment is cruel and unusual within the meaning of section 12 of the Charter is whether the punishment prescribed is grossly disproportionate to the offence and to the offender, so excessive as to outrage standards of decency. The applicant's detention was not, strictly speaking, "punishment". It has been characterized by the Federal Court of Appeal as a preventive measure for the safety of the public and to ensure that one considered inadmissible to Canada who is not successful in challenging that opinion of the Ministers concerned may be deported. Detention of that nature cannot be characterized as cruel and unusual treatment or punishment. The legislative process for detention in this case, initiated under subsection 82(2) of IRPA, could not be compared with that found unconstitutional by the Supreme Court of Canada in *R. v. Swain*. Here the provision is mandatory but not arbitrary. Further, the detention under subsection 82(2), while mandatory upon the certification by the Ministers, is not indeterminate in the sense found in *Swain*. His mandatory detention, by itself, did not constitute arbitrary detention or imprisonment under Charter, section 9. Further, the conditions of the applicant's detention and their effects did not infringe upon his rights guaranteed by section 7 of the Charter. These conclusions about the conditions of his detention and their effects are consistent with the decisions of the Federal Court of Appeal in *Ahani v. Canada* and *Charkaoui (Re)* finding that the provisions for detention under IRPA did not infringe on rights guaranteed under sections 7, 9 and 12 of the Charter.

continue dans les 48 heures qui suivent le début de la détention. Selon le paragraphe 83(2) de la LIPR, le résident permanent doit, s'il n'est pas remis en liberté après examen de sa détention, et jusqu'à ce qu'il soit statué sur le caractère raisonnable ou non du certificat, être amené devant un juge au moins une fois au cours des six mois qui suivent chacun des contrôles, ainsi que sur autorisation du juge.

D'après le principe de l'exemption constitutionnelle comme redressement possible en application du paragraphe 24(1) de la Charte, la Cour peut ordonner qu'une personne dont les droits sont lésés par l'application d'une loi autrement valide soit soustraite à l'application de cette loi dans la mesure où cette application porte atteinte à des droits garantis par la Charte. Ces garanties sont le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, et le droit qu'il ne soit porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale (article 7); le droit à la protection contre la détention arbitraire (article 9); le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités (article 12); et l'égalité devant la loi et le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi (paragraphe 15(1)). Le critère à appliquer pour savoir si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'article 12 de la Charte consiste à établir si la peine prévue est totalement disproportionnée à l'infraction et au contrevenant, et si elle est excessive au point de heurter les normes de la décence. La détention du demandeur n'était pas, à strictement parler, une « peine ». Elle a été qualifiée par la Cour d'appel fédérale de mesure préventive appliquée pour assurer la sécurité du public et pour faire en sorte que celui qui est déclaré interdit de territoire et qui ne réussit pas à faire invalider cet avis des ministres concernés puisse être expulsé. Une détention de cette nature ne saurait être qualifiée de traitement ou peine cruel et inusité. Le processus de détention suivi dans la présente affaire, un processus engagé en vertu du paragraphe 82(2) de la LIPR, ne pouvait être comparé avec le processus jugé inconstitutionnel par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Swain*. Ici, la disposition est obligatoire, mais elle n'est pas arbitraire. Par ailleurs, la détention prévue par le paragraphe 82(2), bien qu'obligatoire par l'effet du certificat des ministres, n'est pas indéfinie au sens de l'arrêt *Swain*. La détention obligatoire du demandeur ne constituait pas en soi une détention ou un emprisonnement arbitraire au sens de l'article 9 de la Charte. En outre, les conditions et effets de la détention du demandeur ne portaient pas atteinte aux droits que lui garantissait l'article 7 de la Charte. Ces conclusions à propos des conditions et des effets de sa détention s'accordaient avec les arrêts *Ahani c. Canada* et *Charkaoui (Re)* dans lesquels la Cour d'appel fédérale avait jugé que les dispositions de la LIPR en matière de détention ne portaient pas atteinte aux droits garantis par les articles 7, 9 et 12 de la Charte.

But the right to equality and equal benefit of the law without discrimination on a ground analogous to those specified, assured to the applicant and every individual in Canada by Charter, subsection 15(1), is infringed by the effects of continuing detention under subsection 82(2) of IRPA as applied in this case. The comparator group is permanent residents detained under a security certificate who, under IRPA, section 83, have procedural rights not available to foreign nationals. The treatment of one foreign national differently from another who has been admitted as a permanent resident, with only a qualified right to remain, cannot be justified as providing equal protection and benefit of the law. The effect of continuing detention without any review under subsection 82(2) results in a loss of equal protection and equal benefit of the law for a foreign national solely on the basis of his immigration status. That treatment is discriminatory on a ground analogous to those specified in subsection 15(1) of the Charter for no readily discernible reason, at least none that would appear to be relevant to national security concerns, the purpose of detention under both subsection 82(2) and section 83 of IRPA. The appropriate remedy under subsection 24(1) of the Charter in this case, where the applicant has been detained for more than four years without judicial review of the appropriateness of the continuing detention, would be an exemption from continuing detention on constitutional grounds, unless detention is reviewed on the same basis as that provided for a permanent resident detained under a security certificate. Detention should continue if the reviewing judge is satisfied that the applicant "continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal" as provided by subsection 83(3) of IRPA. The proposed remedy respects subsection 82(2) of IRPA, which remains in force providing for mandatory detention of a foreign national who is the subject of a security certificate. Detention under subsection 82(2) after a long term without judicial review shall be continued only by a judge's order after review in relation to the same terms as are applicable under subsection 83(3) in the case of a permanent resident similarly detained.

The evidence provided by a senior Middle East analyst of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) was unequivocal that the applicant continues to be a danger to national security. The opinion expressed by the CSIS analyst was supported by evidence in the public and confidential

Mais le droit à l'égalité et le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, sans discrimination fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés, droits qui sont garantis au demandeur et à toute personne au Canada par le paragraphe 15(1) de la Charte, sont violés par les effets du maintien en détention découlant du paragraphe 82(2) de la LIPR, tel que ce paragraphe a été appliqué ici. Le groupe de référence est celui des résidents permanents détenus en vertu d'un certificat de sécurité qui, selon l'article 83 de la LIPR, bénéficient de droits procéduraux que n'ont pas les étrangers. Le fait de traiter un étranger différemment d'une autre personne qui a été admise comme résident permanent, et qui n'a qu'un droit limité de rester au Canada, ne peut être considéré comme un traitement offrant l'égalité devant la loi et le droit au même bénéfice de la loi. Le maintien en détention sans contrôle judiciaire, en application du paragraphe 82(2), entraîne une perte du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi pour un étranger, et cela uniquement à cause de son statut au regard de l'immigration. Ce traitement constitue une discrimination fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte, et cela sans aucune raison aisément discernable, du moins aucune qui puisse toucher les impératifs de sécurité nationale, objet de la détention selon le paragraphe 82(2) et l'article 83 de la LIPR. La réparation qui, selon le paragraphe 24(1) de la Charte s'impose dans la présente affaire, où le demandeur a été détenu durant plus de quatre ans sans bénéficier d'un contrôle judiciaire de l'à-propos du maintien de sa détention, serait, pour des raisons constitutionnelles, une dispense du maintien en détention, sauf si un contrôle judiciaire peut être exercé sur cette détention comme celui dont peut se prévaloir un résident permanent qui est détenu en vertu d'un certificat de sécurité. La détention devrait se poursuivre si le juge saisi de la procédure de contrôle est convaincu que le demandeur « constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi », selon ce que prévoit le paragraphe 83(3) de la LIPR. La réparation proposée respecte le paragraphe 82(2) de la LIPR, lequel reste en vigueur pour la détention obligatoire d'un étranger qui est visé par un certificat de sécurité. Une détention fondée sur le paragraphe 82(2) qui s'est prolongée sans contrôle judiciaire ne pourra se poursuivre que sur ordonnance d'un juge, après examen effectué selon les mêmes modalités que celles applicables, en vertu du paragraphe 83(3), au cas d'un résident permanent détenu pour des raisons similaires.

La preuve produite par un analyste principal, spécialisé dans le Moyen-Orient, du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) montrait sans équivoque que le demandeur demeurerait un danger pour la sécurité nationale. L'avis exprimé par l'analyste du SCRS était appuyé par la preuve versée dans

record, contrary to the applicant's submission that it was unfounded. Nor was there any evidence of racial profiling by CSIS in its task of assessing who may pose a threat to national security, as suggested by the applicant. That the applicant continues to be a danger to national security was a decision made on the record before the Court. It was not a decision on the issue of the reasonableness of the security certificate.

le dossier public et le dossier confidentiel, contrairement à l'argument du demandeur selon lequel cet avis était infondé. Il n'a pas non plus été établi que le SCRS recourait au fichage racial pour savoir si tel ou tel individu posait une menace pour la sécurité nationale, comme l'avait donné à entendre le demandeur. Le demandeur constituait toujours un danger pour la sécurité nationale, et cette conclusion était autorisée par le dossier que la Cour avait devant elle. Il ne s'agissait pas d'une décision sur le caractère raisonnable ou non du certificat de sécurité.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 6, 7, 9, 12, 15(1), 24(1).
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, Part II.1 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4).
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 24), 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54).
- 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; 1992, c. 49, s. 31).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 77(1) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 79, 80(2), 82, 83, 84, 85, 113(d)(ii).
- Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 172(2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299; (2004), 247 D.L.R. (4th) 405; 126 C.R.R. (2d) 298; 42 Imm. L.R. (3d) 165; 328 N.R. 201; 2004 FCA 421; *Ahani v. Canada* (1996), 37 C.R.R. (2d) 181; 201 N.R. 233 (F.C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81.

##### CONSIDERED:

*Jaballah (Re)*, [2005] 1 F.C.R. 560; (2004), 242 D.L.R. (4th) 490; 38 Imm. L.R. (3d) 157; 325 N.R. 90; 2004

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 6, 7, 9, 12, 15(1), 24(1).
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, partie II.1 (éditée par L.C. 2001, ch. 41, art. 4).
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1).
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 24), 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 40.1 (édité par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 4; 1992, ch. 49, art. 31).
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 77(1) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 79, 80(2), 82, 83, 84, 85, 113(d)(ii).
- Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 172(2).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299; 2004 CAF 421; *Ahani c. Canada*, [1996] A.C.F. n° 937 (C.A.) (QL).

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Jaballah (Re)*, [2005] 1 R.C.F. 560; 2004 CAF 257; *Jaballah (Re)*, [2005] 4 R.C.F. 359; 2005 CF 399;

FCA 257; *Jaballah (Re)*, [2005] 4 F.C.R. 359; (2005), 27 Admin. L.R. (4th) 255; 261 F.T.R. 35; 44 Imm. L.R. (3d) 181; 2005 FC 399; *Jaballah v. Canada (Attorney General)* (2005), 258 D.L.R. (4th) 161; 49 Imm. L.R. (3d) 305 (Ont. S.C.J.); *Ahani v. Canada*, [1995] 3 F.C. 669; (1995), 32 C.P.R. (2d) 95; 100 F.T.R. 261 (T.D.); *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657; (2004), 245 D.L.R. (4th) 1; [2005] 2 W.W.R. 189; 34 B.C.L.R. (4th) 24; 206 B.C.A.C. 1; 124 C.R.R. (2d) 135; 327 N.R. 1; 2004 SCC 78; *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577; (1991), 83 D.L.R. (4th) 193; 66 C.C.C. (3d) 321; 7 C.R. (4th) 117; 6 C.R.R. (2d) 35; 128 N.R. 81, 48 O.A.C. 81.

## REFERRED TO:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Jaballah*, [1999] F.C.J. No. 1681 (T.D.) (QL); *Jaballah (Re)*, [2003] 4 F.C. 345; (2003), 28 Imm. L.R. (3d) 216; 2003 FCT 640; *Jaballah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 247 F.T.R. 68; 38 Imm. L.R. (3d) 179; 2004 FC 299; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub* (2005), 270 F.T.R. 101; 2005 FC 1596; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 270 F.T.R. 1; 2005 FC 1645; *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 F.C.R. 389; (2005), 252 D.L.R. (4th) 601; 2005 FC 248; *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1740; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

APPLICATION for release from detention until the matters concerning the applicant in this security certificate proceeding under the *Immigration and Refugee Protection Act* are finally determined. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Donald A. MacIntosh, Melkia Visnick, David Tyndale and Robert Batt* for Ministers.  
*Barbara L. Jackman and John R. Norris* for applicant.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for Ministers.  
*Barbara L. Jackman*, Toronto, and *Ruby & Edwardh*, Toronto, for applicant.

*Jaballah v. Canada (Attorney General)* (2005), 258 D.L.R. (4th) 161 (C.S.J. Ont.); *Ahani c. Canada*, [1995] 3 C.F. (1<sup>re</sup> inst.); *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657; 2004 CSC 78; *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Jaballah*, [1999] A.C.F. n° 1681 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Jaballah (Re)*, [2003] 4 C.F. 345; 2003 CFPI 640; *Jaballah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 299; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub* 2005 CF 1596; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1645; *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389; 2005 CF 248; *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1740; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

DEMANDE de mise en liberté jusqu'à ce qu'il soit statué à titre définitif sur les questions concernant le demandeur après qu'un certificat de sécurité lui eut été délivré en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU :

*Donald A. MacIntosh, Melkia Visnick, David Tyndale et Robert Batt*, pour les ministres.  
*Barbara L. Jackman et John R. Norris*, pour le demandeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada*, pour les ministres.  
*Barbara L. Jackman*, Toronto, et *Ruby & Edwardh*, Toronto, pour le demandeur.

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

MACKAY D.J.:

### Introduction and background

[1] This is an application by Mahmoud Es Sayy Jaballah, pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter), for his release from detention until the matters concerning him before this Court, in this security certificate proceeding under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act or IRPA), are finally determined.

[2] Mr. Jaballah, a foreign national who is a citizen of Egypt, has been held in detention since August 14, 2001, when a security certificate was issued against him 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 *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] now continued in effect by subsection 77(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] of the Act. Mr. Jaballah and his family had earlier arrived in Canada, in 1996, and then claimed Convention refugee status, a claim not determined when he was detained in 1999 under an earlier security certificate that was later quashed by Mr. Justice Cullen in November 1999 [[1999] F.C.J. No. 1681 (T.D.) (QL)]. He remained in Canada as a foreign national pending determination of his refugee claim. That claim was denied, but that decision was set aside on judicial review in October 2000 and the refugee claim was still outstanding when he was the subject of a second security certificate of the Ministers, and he was detained, without a warrant, on August 14, 2001. Mr. Jaballah's refugee claim, after it was heard again, was denied in April 2003, but the claims of his wife and four of his children were allowed and they were declared to be Convention refugees.

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

LE JUGE SUPPLÉANT MACKAY :

### Introduction et contexte

[1] Le demandeur Mahmoud Es Sayy Jaballah sollicite, en application du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte), sa mise en liberté jusqu'à ce que l'on rende une décision définitive sur les questions soumises à la Cour, concernant la délivrance d'un certificat de sécurité en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

[2] M. Jaballah, un étranger de nationalité égyptienne, est en détention depuis le 14 août 2001, date à laquelle un certificat de sécurité a été délivré contre lui 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. 49, art. 31] de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] aujourd'hui le paragraphe 77(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] de la LIPR. M. Jaballah et sa famille sont arrivés au Canada en 1996, puis ont revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention, revendication qui était encore pendante lorsqu'il a été incarcéré en 1999 en vertu d'un certificat antérieur de sécurité qui a été plus tard annulé par M. le juge Cullen en novembre 1999 [1999] A.C.F. n° 1681 (1<sup>er</sup> inst.) (QL)]. Il est demeuré au Canada en tant qu'étranger jusqu'au règlement de sa revendication du statut de réfugié. Cette revendication a été rejetée, mais la décision fut annulée par contrôle judiciaire en octobre 2000, et la revendication était encore pendante lorsqu'il a fait l'objet d'un deuxième certificat de sécurité délivré par les ministres, et c'est alors qu'il a été mis en détention, sans mandat, le 14 août 2001. Après nouvelle audition, la demande d'asile de M. Jaballah a été rejetée en avril 2003, mais les demandes de son épouse et de quatre de ses enfants ont été accueillies, et ils ont été reconnus comme réfugiés au sens de la Convention.



[3] The second certificate, issued by the Minister of Citizenship and Immigration and the then Solicitor General of Canada, the latter now replaced by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness of Canada, set out their opinion that Mr. Jaballah is inadmissible to Canada on specified grounds of national security. He was detained, without warrant or order in accord with subsection 82(2) of the Act, and the certificate was referred to this Court, and to me as a judge designated in accord with the Act, for determination whether the certificate is reasonable.

[4] That determination has been delayed longer than anyone might have contemplated. These proceedings I summarize very briefly.

(1) In July 2002 Mr. Jaballah applied under IRPA to be found to be a person in need of protection and, in accord with the Act (subsection 79(1)), the proceedings for consideration of the certificate were suspended.

(2) In August 2002 an immigration department PRRA [pre-removal risk assessment] officer completed a risk assessment, which was released to Mr. Jaballah, indicating the officer's opinion that the applicant would be at risk of torture, death or cruel or unreasonable treatment if he were returned to Egypt. That determination was subsequently found by this Court not to constitute, by itself, the decision required of the Minister under the Act and Regulations [*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227] concerning the application for protection made by Mr. Jaballah.

(3) After repeated urging by the Court to counsel for the Minister of Citizenship and Immigration that a decision be made on the application for protection, all to no avail, this Court on a motion by Mr. Jaballah, heard in April 2003, found that in the circumstances failure to determine the application for protection constituted an abuse of process under IRPA. The Court then proceeded to consider the reasonableness of the Ministers' certificate, and that certificate was upheld as reasonable on May 23, 2003 (see *Jaballah (Re)*, [2003] 4 F.C. 345 (T.D.)).

[3] Le second certificat, délivré par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada de l'époque, lequel est aujourd'hui appelé ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile du Canada, faisait état de leur opinion selon laquelle M. Jaballah est interdit de territoire pour des raisons de sécurité nationale. Il a été mis en détention, sans mandat ni ordonnance, en application du paragraphe 82(2) de la LIPR, et le certificat a été renvoyé à la Cour, et à moi en tant que juge désigné en application de la LIPR, pour décision sur le caractère raisonnable du certificat.

[4] Cette décision a nécessité davantage de temps que quiconque aurait pu l'imaginer. Je résumerai très brièvement ici la procédure.

1) En juillet 2002, M. Jaballah a demandé, en vertu de la LIPR, d'être déclaré personne à protéger et, en application du paragraphe 79(1) de la LIPR, la procédure se rapportant à l'examen du certificat a été suspendue.

2) En août 2002, un agent d'ERAR [évaluation des risques avant renvoi] du ministère de l'Immigration a procédé à une évaluation des risques, laquelle fut communiquée à M. Jaballah. Dans cette évaluation, l'agent exprimait l'opinion que M. Jaballah serait exposé à un risque de torture, à une menace pour sa vie ou à des traitements cruels et inusités s'il était renvoyé en Égypte. La Cour a par la suite jugé que cette opinion ne représentait pas elle-même la décision requise du ministre en vertu de la LIPR et du Règlement [*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227] en ce qui a trait à la demande de protection présentée par M. Jaballah.

3) Après que la Cour eut invité plusieurs fois, sans résultat, l'avocat du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration à obtenir une décision du ministre sur la demande de protection, la Cour a jugé, après audition d'une requête de M. Jaballah en ce sens, entendue en avril 2003, que, vu les circonstances, l'absence d'une décision ministérielle sur la demande de protection constituait selon la LIPR un abus de procédure. La Cour a alors entrepris d'examiner le caractère raisonnable du certificat des ministres, et ce certificat a été déclaré raisonnable le 23 mai 2003 (voir *Jaballah (Re)*, [2003] 4 C.F. 345 (1<sup>re</sup> inst.)).

(4) The Ministers initiated an appeal of the decision in so far as it determined an abuse of process, and Mr. Jaballah initiated a cross-appeal and a separate appeal concerning the finding that the certificate was reasonable.

(5) On November 20, 2003, this Court heard a motion for Mr. Jaballah that he be released from detention, in accord with subsection 84(2) of the Act, after continuing in detention more than 120 days after the certificate had been found to be reasonable. That motion was denied (see *Jaballah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 247 F.T.R. 68 (F.C.)).

(6) On December 30, 2003, Mr. Jaballah was advised by the Minister of Citizenship and Immigration that his July 2002 application for protection was denied. The Court was advised of the result but not of the decision by letter received January 6, 2004. Mr. Jaballah sought judicial review of that decision of the Minister, an application not heard before the appeals were considered.

(7) In July 2004, the Federal Court of Appeal [[2005] 1 F.C.R. 560] determined the appeals by the Ministers and by Mr. Jaballah concerning the May 2003 decisions, respectively that there was abuse of process and that the Ministers' certificate was reasonable. The former determination was upheld as was this Court's remedy of the abuse, that is the August 2002 PRRA decision should be deemed to be that of the Minister of Citizenship and Immigration concerning the risk to Mr. Jaballah if he were to be returned to Egypt. Yet the Court was found to have acted without authority in its decision concerning the reasonableness of the certificate since that decision was taken without waiting for a ministerial decision on the application for protection. The decision on the certificate was quashed and the matter was referred to this Court for reconsideration. The Court, with the undersigned as designated judge, then resumed reconsideration of the certificate pursuant to the Act, subsection 79(2) of IRPA.

4) Les ministres ont interjeté appel du jugement dans la mesure où il concluait à un abus de procédure, et M. Jaballah a déposé un appel incident ainsi qu'un appel distinct à l'encontre de la conclusion selon laquelle le certificat était raisonnable.

5) Le 20 novembre 2003, la Cour a entendu une requête déposée au nom de M. Jaballah, en vue de sa mise en liberté, conformément au paragraphe 84(2) de la LIPR, après qu'il fut demeuré en détention durant plus de 120 jours après le jugement déclarant le certificat raisonnable. Cette requête a été rejetée (voir *Jaballah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 299).

6) Le 30 décembre 2003, M. Jaballah était informé par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration que sa demande de protection présentée en juillet 2002 était refusée. La Cour a été informée du résultat, mais non de la décision, par lettre reçue le 6 janvier 2004. M. Jaballah a demandé le contrôle judiciaire de cette décision du ministre, demande qui n'avait pas été instruite avant l'examen des appels.

7) En juillet 2004, la Cour d'appel fédérale [[2005] 1 R.C.F. 560] statuait sur l'appel des ministres et celui de M. Jaballah à propos des décisions de mai 2003, en disant respectivement qu'il y avait eu abus de procédure et que le certificat des ministres était raisonnable. La Cour d'appel confirmait le jugement selon lequel il y avait eu abus de procédure, de même que le jugement visant à rectifier l'abus, c'est-à-dire celui où la Cour fédérale disait que la décision de l'agent d'ERAR d'août 2002 devrait être réputée celle du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration à propos du risque que courrait M. Jaballah s'il était renvoyé en Égypte. Mais la Cour d'appel a jugé que la Cour fédérale avait outrepassé son pouvoir dans son jugement concluant au caractère raisonnable du certificat, car elle avait rendu ce jugement sans attendre la décision du ministre sur la demande de protection. Le jugement de la Cour fédérale concernant le certificat a été annulé et l'affaire lui a été renvoyée pour réexamen. La Cour, par l'intermédiaire du soussigné, en tant que juge désigné, a donc entrepris de réexaminer le certificat en application du paragraphe 79(2) de la LIPR.

(8) After hearing arguments in August 2004 and considering further written submissions of counsel, in March 2005 [[2005] 4 F.C.R. 359 (F.C.)] I found the Minister's decision concerning Mr. Jaballah's application for protection was not lawfully made. That decision was quashed and proceedings with respect to the certificate were again suspended, in accord with subsection 80(2), to allow the Minister of Citizenship and Immigration to make a new decision on the application for protection.

(9) By order of July 7, 2005, I directed that in continuing proceedings

(a) this Court's determination of May 23, 2003, that the PRRA assessment of August 2002 continue to be deemed to be the determination of the Minister concerning the risk to Mr. Jaballah if he were now returned to Egypt;

(b) the matters for reconsideration by the Minister, to be reported to Mr. Jaballah and to the Court in accordance with subparagraph 113(d)(ii) of IRPA and subsection 172(2) of the Regulations, are the danger that Mr. Jaballah constitutes to the security of Canada if he remains in this country, and the determination whether, despite the risk to him if he now be returned to Egypt, his application for protection should be refused; and

(c) the Minister's decision on the application for protection should be filed on or before September 26, 2005, as it subsequently was, after Mr. Jaballah had opportunity to comment on the record to be considered by the Minister or his delegate.

#### This application

[5] Then this application by Mr. Jaballah was initiated in this Court on August 24, 2005. That followed an application for *habeas corpus* and other relief made before Mr. Justice Trafford of the Ontario Superior Court of Justice. He stayed that proceeding on application of counsel for the federal Ministers and also for the Attorney General of Ontario, in expectation that Mr. Jaballah could bring an application for timely relief in this Court (*Jaballah v. Canada (Attorney General)*)

8) Après avoir entendu les arguments en août 2004 et examiné les observations écrites supplémentaires des avocats, je suis arrivé à la conclusion en mars 2005 [[2005] 4 R.C.F. 359 (C.F.)] que la décision du ministre se rapportant à la demande de protection présentée par M. Jaballah n'était pas conforme au droit. La décision du ministre a été annulée et la procédure se rapportant au certificat a été de nouveau suspendue, en application du paragraphe 80(2), afin de permettre au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de se prononcer une nouvelle fois sur la demande de protection.

9) Par ordonnance du 7 juillet 2005, j'ai statué comme il suit, à l'issue de la nouvelle procédure :

a) la Cour confirme son jugement du 23 mai 2003 selon lequel la décision de l'agent d'ERAR d'août 2002 continue d'être réputée celle du ministre à propos du risque que courrait M. Jaballah s'il était renvoyé aujourd'hui en Égypte;

b) les points soumis au réexamen du ministre, et devant être l'objet d'un rapport à M. Jaballah et à la Cour conformément au sous-alinéa 113d)(ii) de la LIPR et au paragraphe 172(2) du Règlement, sont le danger que M. Jaballah représente pour la sécurité du Canada s'il demeure dans ce pays, et la question de savoir si, malgré le risque qu'il court en cas de renvoi en Égypte, sa demande de protection devrait être refusée; et

c) la décision du ministre sur la demande de protection devra être déposée au plus tard le 26 septembre 2005, ainsi qu'elle l'a été par la suite, après que M. Jaballah aura eu l'occasion de s'exprimer sur le dossier devant être étudié par le ministre ou son représentant.

#### La demande de mise en liberté

[5] M. Jaballah a alors présenté une demande de mise en liberté à la Cour le 24 août 2005. Cette demande faisait suite à une demande d'*habeas corpus* et autre redressement présentée devant M. le juge Trafford, de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Le juge Trafford a suspendu cette procédure à la demande de l'avocat des ministres fédéraux ainsi que de l'avocat du procureur général de l'Ontario, comptant que M. Jaballah pourrait demander un redressement à la Cour

(2005), 258 D.L.R. (4th) 161 (Ont. S.C.J.). Copies of affidavits originally sworn in May 2005, by the respondent, his family members and proposed sureties, for *habeas corpus* proceedings in the Ontario Court, were filed under direction of this Court in support of Mr. Jaballah in this application.

[6] By a telephone conference with counsel for the parties and the Court on August 29, 2005 arrangements were made for the hearing of this application for release from detention to commence in Toronto on September 7, 2005. That hearing, which the Court considered to be a matter of urgency, continued for five and a half days. Then counsel for Mr. Jaballah advised that it was not possible to make oral submissions immediately, that time was required for preparation of appropriate submissions, and counsel for the parties were not all free again until October 19, some six weeks thereafter. With regret, the Court recessed until the latter date.

[7] The hearing of this matter concluded on October 21, 2005. Thereafter the Court spent considerable time in review of the information previously withheld from release to Mr. Jaballah and his counsel to assess whether any of that information could now be released. While that task was primarily directed to future proceedings concerning the lawfulness of the September 26, 2005 decision of the Minister's delegate on Mr. Jaballah's application for protection and concerning the reasonableness of the security certificate, until the review was completed it was uncertain whether any information that might now be released could be relevant for consideration of the application for release from detention.

[8] After that review was completed counsel requested, and opportunity was granted, for submissions to be made in regard to two recent decisions concerning other applications for release from detention, in the cases of *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub* (2005), 270 F.T.R. 101 (F.C.) (*per Dawson J.*, November 25, 2005), (hereinafter

*Jaballah v. Canada (Attorney General)* (2005), 258 D.L.R. (4th) 161 (C.S.J. Ont.). Des copies d'affidavits souscrits à l'origine en mai 2005 par M. Jaballah, des membres de sa famille et des cautions proposées, en vue de la procédure d'*habeas corpus* introduite devant la Cour de l'Ontario, ont été déposées sur ordre de la Cour, au soutien de la demande de mise en liberté de M. Jaballah.

[6] À la faveur d'une conférence téléphonique tenue entre les avocats des parties et la Cour le 29 août 2005, des dispositions ont été prises pour que l'audition de cette demande de mise en liberté débute à Toronto le 7 septembre 2005. Cette audition, qui, selon la Cour, constituait une affaire urgente, s'est poursuivie durant cinq jours et demi. Les avocats de M. Jaballah ont alors indiqué qu'il ne leur était pas possible de présenter immédiatement des observations orales, qu'un délai était nécessaire pour la préparation des observations requises et que les avocats des parties n'allaient pas pouvoir se libérer de nouveau avant le 19 octobre, soit quelque six semaines plus tard. À regret, la Cour a suspendu la séance jusqu'à cette date.

[7] L'audition de cette affaire s'est terminée le 21 octobre 2005. Par la suite, la Cour a consacré un temps considérable à l'examen des renseignements dont la communication avait été refusée à M. Jaballah et à ses avocats, pour voir si l'un quelconque de ces renseignements pouvait dès lors être communiqué. Cette tâche visait surtout les procédures futures se rapportant à la légalité de la décision rendue le 26 septembre 2005 par le représentant du ministre sur la demande de protection présentée par M. Jaballah, et celles se rapportant au caractère raisonnable du certificat de sécurité, mais, jusqu'à la conclusion de l'examen, il était impossible de savoir si les renseignements qui pourraient désormais être communiqués seraient pertinents aux fins de la demande de mise en liberté.

[8] Après l'examen des renseignements, les avocats ont demandé la possibilité, qui leur a été accordée, de présenter des observations sur deux jugements récents concernant d'autres demandes de mise en liberté, à savoir la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub*, 2005 CF 1596 (juge Dawson, 25 novembre 2005) (ci-après la décision

*Mahjoub*), and *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 270 F.T.R. 1 (F.C.) (per Layden-Stevenson J., December 5, 2005) (hereinafter *Almrei*). Written submissions were received from counsel for Mr. Jaballah and for the Ministers of Canada, on December 12 and 19, 2005 respectively.

[9] In addition to these decisions, this Court has considered *Re Charkaoui*, [2005] 3 F.C.R. 389 (F.C.) (per Noël J.) and *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1740 (per Lemieux J.). In all these cases the courts were concerned with applications for release from detention under the requirements of section 83 and subsection 84(2) of IRPA, requirements not specified as applicable under the Act in relation to continuing detention under subsection 82(2).

[10] After full consideration of the evidence relevant to the application for release from detention and of the submissions of counsel, for the reasons set out hereinafter, my conclusions are as follows.

(i) The Court has authority to consider this application for relief made pursuant to the Charter and the *Constitution Act, 1982*.

(ii) In this case the long continuing detention of Mr. Jaballah under subsection 82(2) as a foreign national, without statutory opportunity for review of that detention pending consideration of the reasonableness of the Ministers' certificate, results in loss of his equality before the law and his right to equal benefit of the law on a discriminatory basis contrary to subsection 15(1) of the Charter when compared with the circumstances for a permanent resident similarly detained under a security certificate under section 83 of IRPA, because of Mr. Jaballah's status as a foreign national, a ground analogous to those set out in subsection 15(1).

(iii) Those circumstances warrant, as a remedy under subsection 24(1) of the Charter, an exemption from the continuing application of subsection 82(2) of IRPA unless his detention is ordered by a judge, in these

*Mahjoub*), et la décision *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1645 (juge Layden-Stevenson, 5 décembre 2005) (ci-après la décision *Almrei*). Des observations écrites ont été reçues des avocats de M. Jaballah et des avocats des ministres fédéraux, le 12 et 19 décembre 2005 respectivement.

[9] Outre ces décisions, la Cour a examiné la décision *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389 (C.F.) (juge Noël) et la décision *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1740 (juge Lemieux). Dans toutes ces affaires, les tribunaux étaient saisis de demandes de mise en liberté fondées sur les exigences de l'article 83 et du paragraphe 84(2) de la LIPR, exigences non indiquées comme applicables selon la LIPR en ce qui a trait au maintien en détention sous le régime du paragraphe 82(2).

[10] Après examen scrupuleux de la preuve relative à la demande de mise en liberté, et des arguments des avocats, mes conclusions, fondées sur les motifs qui suivent, sont les suivantes :

i) la Cour a le pouvoir d'examiner cette demande de redressement fondé sur la Charte et la *Loi constitutionnelle de 1982*.

ii) dans la présente affaire, la longue détention imposée à M. Jaballah à titre d'étranger, en application du paragraphe 82(2), sans qu'il ait la possibilité légale de faire examiner cette détention jusqu'à ce qu'il soit statué sur le caractère raisonnable ou non du certificat des ministres, conduit à le priver, d'une manière discriminatoire, de son droit à l'égalité devant la loi et de son droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, en violation du paragraphe 15(1) de la Charte, en comparaison du traitement réservé à un résident permanent pareillement détenu en vertu d'un certificat de sécurité selon l'article 83 de la LIPR, et cela parce que M. Jaballah a le statut d'étranger, un motif de discrimination analogue à ceux que prévoit le paragraphe 15(1).

iii) de telles circonstances justifient, à titre de réparation selon le paragraphe 24(1) de la Charte, une exemption de l'application continue du paragraphe 82(2) de la LIPR, à moins que sa détention ne soit ordonnée par un

proceedings this judge, following review of his detention on the same grounds as are applicable in the case of a permanent resident similarly detained, under subsection 83(3) that is:

83. . . .

(3) A judge shall order the detention to be continued if satisfied that the permanent resident continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

(iv) Having considered this application, I conclude that I am satisfied Mr. Jaballah continues to be a danger to national security of Canada, and that his detention should be continued, pending any further order.

(v) The application for release from detention by Mr. Jaballah is dismissed.

(vi) The provisions for detention under sections 82-85 of IRPA have been held by the Court of Appeal not to infringe upon the rights guaranteed by sections 7, 9 and 12 of the Charter. This Court is bound by those decisions. This Court makes no determination on the issue raised concerning the constitutional validity of subsection 82(2) in light of subsection 15(1) of the Charter, and that provision remains in force.

#### Detention and consideration of a security certificate

[11] IRPA provides for detention of permanent residents and foreign nationals in a variety of circumstances, including those when a certificate is issued under subsection 77(1) that such a person is inadmissible to Canada on grounds of security. The provisions concerning detention in these circumstances include the following:

#### Detention

**82.** (1) The Minister and the Solicitor General of Canada may issue a warrant for the arrest and detention of a permanent resident who is named in a certificate described in subsection 77(1) if they have reasonable grounds to believe that the permanent resident is a danger to national security or

juge, en l'occurrence le juge soussigné, après examen de sa détention selon les mêmes conditions que celles qui sont applicables au cas d'un résident permanent pareillement détenu, c'est-à-dire selon les conditions prévues par le paragraphe 83(3), ainsi libellé :

83. [. . .]

(3) L'intéressé est maintenu en détention sur preuve qu'il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

iv) après examen de la demande de mise en liberté, j'arrive à la conclusion que M. Jaballah constitue toujours un danger pour la sécurité du Canada et que sa détention devrait se poursuivre, jusqu'à nouvelle ordonnance.

v) la demande de mise en liberté présentée par M. Jaballah est rejetée.

vi) la Cour d'appel a jugé que les dispositions des articles 82 à 85 de la LIPR relatives à la détention ne portaient pas atteinte aux droits garantis par les articles 7, 9 et 12 de la Charte. La Cour est liée par ces décisions. La Cour ne se prononce pas sur la validité constitutionnelle du paragraphe 82(2) de la LIPR au regard du paragraphe 15(1) de la Charte, et cette disposition de la LIPR demeure en vigueur.

#### La détention et l'examen d'un certificat de sécurité

[11] La LIPR prévoit la détention des résidents permanents et des étrangers dans une gamme de circonstances, notamment lorsqu'est délivré, en vertu du paragraphe 77(1), un certificat attestant qu'une telle personne est interdite de territoire pour des raisons de sécurité. Les dispositions relatives à la détention dans ces circonstances sont les suivantes :

#### Détention

**82.** (1) Le ministre et le solliciteur général du Canada peuvent lancer un mandat pour l'arrestation et la mise en détention du résident permanent visé au certificat dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'il constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se

to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

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

**83.** (1) Not later than 48 hours after the beginning of detention of a permanent resident under section 82, a judge shall commence a review of the reasons for the continued detention. Section 78 applies with respect to the review, with any modifications that the circumstances require.

(2) The permanent resident must, until a determination is made under subsection 80(1), be brought back before a judge at least once in the six-month period following each preceding review and at any other times that the judge may authorize.

(3) A judge shall order the detention to be continued if satisfied that the permanent resident continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

**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 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.

[12] Of course, if the designated judge finds that the security certificate is not reasonable the certificate is quashed (subsection 80(2)), and the person detained under the certificate is released. Moreover, the Minister of Citizenship and Immigration, on application by a detained person, whether a permanent resident or a foreign national, may order release to permit his or her departure from Canada (subsection 84(1)).

[13] The Act makes no provision for review of the continuing detention of a foreign national under subsection 82(2), except upon application by a detained person who has not been removed from Canada within 120 days after the Federal Court determines the certificate issued by the Ministers to be reasonable. If

soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

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

**83.** (1) Dans les quarante-huit heures suivant le début de la détention du résident permanent, le juge entreprend le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention, l'article 78 s'appliquant, avec les adaptations nécessaires, au contrôle.

(2) Tant qu'il n'est pas statué sur le certificat, l'intéressé comparaît au moins une fois dans les six mois suivant chaque contrôle, ou sur autorisation du juge.

(3) L'intéressé est maintenu en détention sur preuve qu'il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

**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 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.

[12] Naturellement, si le juge désigné estime que le certificat de sécurité n'est pas raisonnable, le certificat est annulé (paragraphe 80(2)), et la personne détenue en vertu du certificat est libérée. Par ailleurs, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, sur demande de la personne détenue, qu'il s'agisse d'un résident permanent ou d'un étranger, peut la mettre en liberté si elle veut quitter le Canada (paragraphe 84(1)).

[13] La LIPR ne renferme aucune disposition prévoyant l'examen de la détention d'un étranger en application du paragraphe 82(2), sauf sur demande de la personne détenue lorsqu'elle n'a pas été renvoyée du Canada dans un délai de 120 jours après que la Cour fédérale a jugé que le certificat délivré par les ministres

that statutory right should occur, as it did previously for Mr. Jaballah in 2003, the reviewing judge may order a foreign national's release from detention under terms and conditions, if satisfied that the person concerned will not be removed from Canada within a reasonable time and that release will not pose a danger to national security or the safety of any person (subsection 84(2), IRPA). In this case, since there has been no effective determination of the reasonableness of the certificate in the four and a half years since he has been detained, Mr. Jaballah has no statutory right under IRPA to have the basis for his continuing detention reviewed.

[14] The situation of Mr. Jaballah, as a foreign national, is different than if he were a permanent resident of Canada. If a person in the latter class is detained under a security certificate, within 48 hours of commencement of the detention, a judge shall commence a review of the continuing detention. The reviewing judge shall order the detention to continue if satisfied that the person continues to be a danger to national security or to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal (subsection 83(3), IRPA). If not released following a review of detention, a permanent resident must, until the reasonableness of the certificate is determined, be brought back before a judge at least once in the six-month period following each preceding review, and at any other time the judge may authorize (subsection 83(2), IRPA).

[15] The situation of a Canadian citizen who is considered to present a risk to national security may be contrasted with that of a foreign national or a permanent resident considered to present a similar risk. A citizen may only be detained if arrested and charged with an offence, or in exceptional circumstances for preventive arrest subject to review, under the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]. In those circumstances, prosecution follows, with criminal standards of proof. No prosecution of a permanent resident or a foreign national is required before deportation may be ordered following a determination by the Court that a security certificate is reasonable.

était raisonnable. Si ce droit conféré par la loi prenait naissance, comme ce fut le cas pour M. Jaballah en 2003, le juge chargé de l'examen peut ordonner la mise en liberté de l'étranger selon certaines conditions, sur preuve que la mesure de renvoi ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté n'entraînera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui (paragraphe 84(2) de la LIPR). En l'espèce, puisqu'aucune décision n'a été rendue sur le caractère raisonnable du certificat depuis sa mise en détention il y a quatre ans et demi, la LIPR n'accorde pas à M. Jaballah le droit de faire examiner le fondement de son maintien en détention.

[14] La situation de M. Jaballah, un étranger, n'est pas la même que s'il était un résident permanent du Canada. Si un résident permanent du Canada est détenu en vertu d'un certificat de sécurité, un juge doit procéder à l'examen de sa détention dans les 48 heures qui suivent le début de la détention. Le juge chargé de l'examen ordonne le maintien en détention s'il est convaincu que le résident permanent demeure un danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi (paragraphe 83(3) de la LIPR). S'il n'est pas remis en liberté après examen de sa détention, le résident permanent doit, jusqu'à ce qu'il soit statué sur le caractère raisonnable du certificat, être amené devant un juge au moins une fois au cours des six mois qui suivent chacun des contrôles, ainsi que sur autorisation du juge (paragraphe 83(2) de la LIPR).

[15] La situation d'un citoyen canadien dont on considère qu'il constitue un risque pour la sécurité nationale contraste avec celle d'un étranger ou d'un résident permanent qui présente un risque semblable. Un citoyen canadien ne peut être détenu que s'il est arrêté et accusé d'une infraction ou, dans des cas exceptionnels, à titre préventif et sous réserve d'examen, en application du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]. Dans ces conditions, des poursuites sont engagées, et les normes de preuve en matière criminelle s'appliquent. Il n'est pas nécessaire qu'un résident permanent ou un étranger soit poursuivi avant que son expulsion ne soit ordonnée à la suite d'une décision de la Cour selon laquelle le certificat de sécurité est raisonnable.



Procedural matters

[16] Certain procedural issues were raised at the commencement of the hearing on September 7, 2005.

[17] First, notice of constitutional questions arising, in particular in relation to possible relief sought on grounds alleging breach of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in accord with section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] as amended, was directed to be given by counsel for Mr. Jaballah without delay, to the attorneys general of provinces and of the territories except that of Ontario who was aware of the hearing. Confirmation of service to them, by facsimile, was subsequently filed with the Court.

[18] Second, counsel for the Attorney General of Ontario sought leave to intervene in the proceedings related to the application for release from detention. He did so in anticipation of notice of constitutional issues raised, confirmed orally at commencement of the hearing, and because that Attorney General had a particular interest, in expected allegations that conditions of detention for Mr. Jaballah, in the provincial remand centre where he has been detained, are such that they give rise to described breaches of certain Charter rights. After hearing from counsel for the parties and from the Attorney General of Ontario, the Court directed that the latter's motion to intervene was allowed, for the purposes of admission of evidence by affidavit and submissions, with advance notice to other counsel, concerning the conditions of detention and their effect, if any, on Charter rights. Leave to examine or cross-examine any witness, if that were desired, was left to be dealt with as counsel for the Attorney General of Ontario might request. Requests were subsequently made and granted for his examination of the Acting Superintendent of the Toronto West Detention Centre, where Mr. Jaballah has been detained, who was called as a witness by Mr. Jaballah, and for cross-examination of Mr. Jaballah in regard to medical services rendered to him while detained.

Points de procédure

[16] Certains points de procédure ont été soulevés au début de l'audition du 7 septembre 2005.

[17] Premièrement, il a été ordonné aux avocats de M. Jaballah de signifier sans délai, en application de l'article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], et modifications, aux procureurs généraux des provinces et des territoires, sauf à celui de l'Ontario, qui était au fait de l'audience, un avis des questions constitutionnelles découlant en particulier du redressement possible sollicité en raison de la violation alléguée de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Confirmation de la signification aux procureurs généraux, par télécopieur, a été par la suite déposée auprès de la Cour.

[18] Deuxièmement, l'avocat du procureur général de l'Ontario a demandé l'autorisation d'intervenir dans la procédure se rapportant à la demande de mise en liberté. Il a demandé cette autorisation en prévision de l'avis des questions constitutionnelles soulevées, confirmées oralement au début de l'audience, et aussi parce qu'il avait un intérêt particulier dans les allégations à prévoir selon lesquelles les conditions de détention de M. Jaballah, au centre provincial de détention où il se trouve, sont telles qu'elles violent certains droits conférés par la Charte. Après audition des avocats des parties ainsi que du procureur général de l'Ontario, la Cour a accueilli la requête en intervention présentée par celui-ci, aux fins de la recevabilité de la preuve par affidavit ainsi que des arguments, avec préavis aux autres avocats, se rapportant aux conditions de la détention et à leur effet, le cas échéant, sur les droits accordés par la Charte. Il restait à statuer, si l'avocat du procureur général de l'Ontario le souhaitait, sur l'autorisation d'interroger ou de contre-interroger tel ou tel témoin. Le procureur général de l'Ontario a par la suite demandé, et obtenu, d'interroger le surintendant par intérim du Centre de détention de Toronto Ouest, lieu de détention de M. Jaballah, qui avait été appelé à témoigner par M. Jaballah, et de contre-interroger M. Jaballah à propos des services médicaux dont il bénéficiait durant sa détention.

[19] Third, a further procedural issue referred to but not disputed by counsel for the parties, concerned the jurisdiction of this Court to consider the prime remedy here sought, that is, release from detention for Mr. Jaballah on grounds alleged of infringement, by the provisions of IRPA, or by their application to Mr. Jaballah, of rights guaranteed by the Charter. All counsel before the Court acknowledge Mr. Justice Trafford's opinion in the Ontario Superior Court of Justice [(2005), 258 D.L.R. (4th) 161] that this Court lacks statutory jurisdiction to issue *habeas corpus*, except as specifically provided for in relation to members of the Armed Forces under section 17 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 24] of the *Federal Courts Act*. Yet all were in support of the Court's authority to deal with the application for release from detention in this case where the Court is urged to grant relief under subsection 24(1) of the Charter, or under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, on the ground that rights guaranteed by the Charter have been infringed.

[20] In my opinion following the decision of the Federal Court of Appeal in *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299, there can be no doubt of this Court's jurisdiction to determine the issues raised in this application. As a designated judge under IRPA it is my responsibility to hear and determine constitutional questions arising in the context of proceedings concerning the reasonableness of the security certificate, including the related proceedings in this case to review of the continuing detention of Mr. Jaballah. (See *Charkaoui, per* Décary and Létourneau J.J.A., at paragraph 144.)

#### The grounds for relief

[21] The grounds for the relief sought here by Mr. Jaballah's motion are:

- i. Mr. Jaballah's continued detention pursuant to sections 82 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (referred to as the *IRPA*), which provide for the automatic and mandatory detention of a foreign national subject to a security certificate issued under s. 77 of the *Act* and prohibit any possibility of a review of the need to detain until after the security certificate is upheld and

[19] Troisièmement, un autre point de procédure mentionné, mais non contesté par les avocats des parties, concernait le pouvoir de la Cour de considérer la réparation principale ici sollicitée, c'est-à-dire la mise en liberté de M. Jaballah au motif que les dispositions de la LIPR ou leur application à M. Jaballah porteraient atteinte à des droits garantis par la Charte. Tous les avocats présents devant la Cour prennent acte de l'avis de M. le juge Trafford, de la Cour supérieure de Justice de l'Ontario [(2005), 258 D.L.R. (4th) 161], selon lequel la Cour fédérale n'est pas compétente pour délivrer un bref d'*habeas corpus*, sauf dans les circonstances expressément prévues pour les membres des forces armées, en application de l'article 17 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 24] de la *Loi sur les Cours fédérales*. Tous ont admis cependant le pouvoir de la Cour de statuer sur la demande de mise en liberté dans le cas présent, où on exhorte la Cour à accorder réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte ou en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, au motif qu'il a été porté atteinte à des droits garantis par la Charte.

[20] À mon avis, compte tenu de l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299, il ne fait aucun doute que la Cour a le pouvoir de décider les points soulevés dans la présente demande. En tant que juge désigné en vertu de la LIPR, il m'appartient d'entendre et de décider les questions constitutionnelles auxquelles donne lieu la procédure visant à déterminer si le certificat de sécurité est raisonnable, y compris ici la procédure connexe d'examen du maintien en détention de M. Jaballah. (Voir l'arrêt *Charkaoui*, juges Décary et Létourneau, au paragraphe 144.)

#### Les motifs du redressement

[21] Les motifs du redressement sollicité ici par M. Jaballah dans sa requête sont les suivants :

- i. La détention continue de M. Jaballah, en application des articles 82 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), qui prévoient la détention automatique et obligatoire d'un étranger visé par un certificat de sécurité délivré en vertu de l'article 77 de la LIPR, et qui interdisent toute possibilité d'examen de la nécessité de la détention jusqu'à ce que

the person is not removed from Canada within 120 days thereafter, in failing to provide for a fair and timely review on acceptable standards for release contravenes the principles of fundamental justice pursuant to section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms* and in applying solely to non-citizens denies the applicant equality before and under the law, and equal protection and benefit of the law without discrimination contrary to s. 15 of the *Charter of Rights and Freedoms*;

- ii. Mr. Jaballah's continued detention at a provincial remand facility under conditions which are cruel and unusual breach his rights under s. 12 of the *Charter of Rights and Freedoms* and breaches the principles of fundamental justice under section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*;
- iii. Mr. Jaballah's continued detention at the Toronto West Detention Centre, a provincial remand facility, without the availability of any other form of detention in a long term facility, constitutes cruel and unusual treatment contrary to section 12 of the *Charter of Rights and Freedoms*, is not in accordance with standards of fair treatment required by the principles of fundamental justice under section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*, and in that the treatment is accorded to the applicant as a non-citizen and as a Muslim contravenes the right to equality before and under the law, and denies him equal protection and benefit of the law without discrimination contrary to s. 15 of the *Charter of Rights and Freedoms*.

[22] When this application was heard counsel for Mr. Jaballah made clear that the primary request before the Court was that he be exempt from the operation of the provision for his continuing detention as a remedy pursuant to subsection 24(1) of the Charter or subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, because application of the IRPA provisions in this case constituted a breach of rights guaranteed by the Charter. If relief of that nature is not found appropriate, counsel asks that those provisions of IRPA be struck down as infringing on Mr. Jaballah's rights guaranteed by the Charter.

le certificat de sécurité soit confirmé, avec absence de renvoi de l'intéressé du Canada dans un délai de 120 jours par la suite, contrevient aux principes de justice fondamentale établis à l'article 7 de la *Charte des droits et libertés* en excluant la possibilité d'un examen rapide et équitable fondé sur des normes acceptables de mise en liberté, et nie au demandeur, par l'application des dispositions en cause aux seuls étrangers, l'égalité devant la loi ainsi que la même protection et le même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, en violation de l'article 15 de la *Charte des droits et libertés*;

- ii. La détention continue de M. Jaballah dans un établissement provincial de détention, dans des conditions qui sont cruelles et inusitées, contrevient aux droits que lui confère l'article 12 de la *Charte des droits et libertés* et contrevient aux principes de justice fondamentale établis à l'article 7 de la *Charte des droits et libertés*;
- iii. La détention continue de M. Jaballah au Centre de détention de Toronto Ouest, un établissement provincial de détention provisoire, sans qu'une autre forme de détention soit possible dans un établissement de longue durée, constitue un traitement cruel et inusité contraire à l'article 12 de la *Charte des droits et libertés*, n'est pas conforme aux normes de traitement équitable que requièrent les principes de justice fondamentale établis à l'article 7 de la *Charte des droits et libertés*, et, comme ce traitement est réservé au demandeur en tant qu'étranger et en tant que musulman, il porte atteinte au droit à l'égalité devant la loi et nie au demandeur la même protection et le même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, en violation de l'article 15 de la *Charte des droits et libertés*.

[22] Quand la présente demande a été instruite, l'avocat de M. Jaballah a précisé que la requête principale présentée à la Cour avait pour objet de faire soustraire M. Jaballah à l'application de la disposition prévoyant son maintien en détention, et cela à titre de réparation suivant le paragraphe 24(1) de la Charte ou le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, parce que l'application des dispositions de la LIPR dans la présente affaire constituait une atteinte aux droits garantis par la Charte. Si un redressement de cette nature n'est pas jugé adéquat, alors l'avocat de M. Jaballah demande que ces dispositions de la LIPR soient déclarées invalides parce qu'elles portent atteinte aux droits de M. Jaballah garantis par la Charte.

[23] Either course of action proposed would be based on similar contextual factors, including applicable legislation and the evidence relevant to the application for release from detention. I propose to review the evidence before the Court before turning to the submissions of counsel.

[24] It may be worth emphasizing that this application proceeds without a statutory basis other than Canada's Constitution including the Charter. Relatively little evidence was introduced by testimony and documents directed to the grounds set out for ordered judicial release from detention under subsection 83(3) for permanent residents, or under subsection 84(2) for foreign nationals held for four months after a ministers' security certificate be found reasonable. Thus, other decisions concerned with applying those provisions for release by a judge are of limited relevance here. In this case constitutional arguments related to the facts, in particular the continuing detention of Mr. Jaballah with no statutory right to review the detention until determination is made on the reasonableness of the certificate, or if it be upheld, until four months after that. At this stage one might reasonably expect that the earliest of those opportunities is likely to be a minimum of two months from the filing of this decision.

[25] I turn to review the relevant evidence before the Court upon which this application is based.

#### Evidence on conditions of detention

[26] Following his arrest on August 14, 2001, Mr. Jaballah was held for approximately six weeks at Millbrook, a federal penal institution. After September 11, 2001, he was there sequestered in solitary confinement, as he was from mid-October 2001 when he was moved to the Toronto West Detention Centre (TWDC), a provincial regional remand centre.

[27] Conditions of solitary confinement in both institutions were unpleasant, with virtually 24 hours a day spent alone in a very small solitary cell, at first with

[23] L'une et l'autre des lignes de conduite proposées seraient fondées sur des facteurs contextuels semblables, notamment les textes législatifs applicables et la preuve concernant la demande de mise en liberté. Je me propose d'examiner la preuve présentée à la Cour, pour passer ensuite aux observations des avocats.

[24] Il convient sans doute de souligner que la demande est instruite sans autre fondement légal que la Constitution du Canada, y compris la Charte. Une preuve relativement mince a résulté des témoignages et documents axés sur les motifs justifiant une ordonnance judiciaire de mise en liberté en application du paragraphe 83(3) pour les résidents permanents, ou du paragraphe 84(2) pour les étrangers, détenus durant quatre mois après qu'un certificat de sécurité délivré par les ministres a été jugé raisonnable. Les autres décisions où furent appliquées ces dispositions prévoyant la mise en liberté par ordonnance judiciaire sont donc de peu d'utilité ici. En l'espèce, les arguments constitutionnels étaient fondés sur les faits, en particulier le maintien en détention de M. Jaballah, privé de tout droit accordé par la loi de faire examiner sa détention jusqu'à ce qu'il soit statué sur le caractère raisonnable du certificat, ou, si le certificat est jugé raisonnable, jusqu'à l'expiration de quatre mois par la suite. À ce stade, on peut raisonnablement compter que la première de ces possibilités ne se présentera sans doute qu'au moins deux mois après le dépôt de la présente décision.

[25] Je passe à l'examen de la preuve qui a été présentée à la Cour et sur laquelle repose la demande.

#### Preuve relative aux conditions de détention

[26] Après son arrestation le 14 août 2001, M. Jaballah a été détenu durant environ six semaines à Millbrook, un établissement carcéral fédéral. Après le 11 septembre 2001, il a été enfermé à cet endroit, en isolement cellulaire, comme il l'a été à partir de la mi-octobre 2001, quand il a été transféré au Centre de détention de Toronto Ouest (le CDTO), un centre régional provincial de détention provisoire.

[27] Les conditions de l'isolement cellulaire dans les deux établissements n'étaient pas agréables, puisqu'il devait passer presque 24 heures par jour seul dans une

no running water or regular toilet facilities, and very restricted opportunities for contact, whether by visiting or by telephone, with his family or others. Meals were provided to be eaten in the cell. The only time out of the cell was brief, for a shower, a brief period in the “yard” or a very short visit. All personal effects, including toothbrushes, and reading materials including a prayer book, were kept outside the cell and could only be obtained from a willing guard. No shoes were permitted in the cell. Bedding was limited and in Mr. Jaballah’s view was often unclean when supplied. For a few days Mr. Jaballah was kept naked in his cell, a condition that was offensive to his religious beliefs particularly since he was subject to observation at all times. Reasons for his detention in solitary had nothing to do with his own conduct while in detention, and the basis for it was not explained to him.

[28] The Acting Superintendent of TWDC, testifying at the hearing, explained that Mr. Jaballah’s assignment to solitary detention was initiated for his own security and the general security of other inmates and staff of the institution, in keeping with policy and practices of Ontario regional detention centres. In circumstances of general uncertainty about the risk presented by the presence of persons held on security certificates in the aftermath of September 11, 2001, he emphasized a concern about Mr. Jaballah’s safety in the general institutional population. There was no evidence, apart from Mr. Jaballah’s references to occasional difficulties with individual guards or other inmates, that he was treated other than in accord with policies and practices generally applicable to those held in solitary confinement.

[29] For about a month in December 2001 and January 2002 Mr. Jaballah was transferred to a general range at TWDC, but then because of advice about the security risk his presence created, he was again transferred to solitary confinement. In July 2002 he was transferred, still at TWDC, to a protective custody range

très petite cellule, d’abord sans eau courante ni cabinet d’aisances, et avec des possibilités très limitées de contact, que ce soit sous forme de visites ou de conversations téléphoniques, avec sa famille ou avec d’autres personnes. Ses repas lui étaient servis pour consommation dans sa cellule. Le seul moment qu’il passait en dehors de sa cellule était bref, pour une douche, une courte période dans la « cour » ou une très brève visite. Tous ses effets personnels, y compris les brosses à dent et les livres, dont son livre de prières, étaient gardés en dehors de sa cellule et il ne pouvait les obtenir que si un gardien le voulait bien. Les chaussures n’étaient pas autorisées dans sa cellule. La literie était limitée et, de l’avis de M. Jaballah, elle était souvent sale quand on la lui remettait. Durant quelques jours, M. Jaballah est resté nu dans sa cellule, une condition qui heurtait ses convictions religieuses, d’autant plus qu’il pouvait être observé à tout moment. Les raisons de sa détention en isolement cellulaire étaient sans aucun rapport avec son propre comportement en détention, et elles ne lui ont d’ailleurs pas été expliquées.

[28] Le directeur intérimaire du CDTO, qui a témoigné à l’audience, a expliqué que la mise en isolement cellulaire de M. Jaballah avait été décidée pour sa propre sécurité et pour la sécurité générale des autres détenus et du personnel de l’établissement, en accord avec la politique et les pratiques des centres régionaux de détention de l’Ontario. Vu l’incertitude générale sur le risque que posait la présence de personnes détenues en vertu de certificats de sécurité dans le sillage du 11 septembre 2001, il a fait valoir que l’on craignait pour la sécurité de M. Jaballah dans la population carcérale générale. M. Jaballah a fait état de difficultés occasionnelles rencontrées avec certains gardiens ou d’autres détenus, mais il n’est pas établi qu’il a été traité autrement qu’en accord avec les politiques et pratiques généralement applicables aux détenus placés en isolement cellulaire.

[29] Durant près d’un mois, en décembre 2001 et janvier 2002, M. Jaballah a été transféré dans une rangée générale du CDTO, mais, à la suite d’un avis à propos du risque que sa présence faisait peser sur la sécurité, il a alors été de nouveau placé en isolement cellulaire. En juillet 2002, encore au CDTO, il a été

and there he has since remained.

[30] TWDC is a maximum security institution. As a regional remand centre, its principal function is for detention of persons charged but not yet tried or sentenced for criminal offences, mainly serious offences, for whom no assessment of risk classification has been made. That assessment is made only after sentence, when a convicted person is to be moved to a provincial detention centre or has been moved to a federal penal institution. Without such assessment, those held at TWDC are subject to general practices for a maximum security institution.

[31] In the protective custody range where Mr. Jaballah is held, cells are designed to hold two people each but for a substantial portion of the time he has been there, some cells have had to accommodate three, with the third person sleeping on the floor. Inmates move from their cells to a common room for the range, usually from morning until 7:30 p.m. The common room has fixed metal tables and chairs. Television may be available. Meals are taken in the common room and all activities are conducted in public there, except frequent strip searches of those who have been moved out of the range for a visit or other purpose. In a room for visiting privileges, family or others, including counsel, are restricted and visiting may be cancelled without advance notice because of institutional security concerns, major public health concerns such as SARS, or labour difficulties with institutional employees. Lockdowns, when the institution is closed to visitors, and inmates are required to return to or remain in their cells, are not infrequent occurrences for security reasons.

[32] For Mr. Jaballah, a devout Muslim, detention has infringed on his religious practice and beliefs. Initially, in solitary he had trouble obtaining a copy of the Koran. His prayers have sometimes been without expected

transféré dans une aire d'isolement protecteur, et c'est là qu'il se trouve depuis.

[30] Le CDTO est un établissement à sécurité maximale. En tant que centre régional de détention provisoire, sa fonction principale consiste à détenir les personnes accusées, mais non encore jugées ou condamnées pour des infractions criminelles, surtout des infractions graves. Ces personnes ne sont l'objet d'aucune évaluation en matière de classification du risque. Cette évaluation n'est faite qu'après le prononcé de la peine, lorsque la personne déclarée coupable doit être placée dans un centre provincial de détention ou a été placée dans un établissement carcéral fédéral. Sans cette évaluation, les personnes détenues au CDTO sont soumises aux pratiques générales d'un établissement à sécurité maximale.

[31] Dans l'aire d'isolement protecteur où est détenu M. Jaballah, les cellules sont conçues pour loger deux personnes chacune, mais, durant une bonne partie de son séjour dans l'établissement, certaines cellules ont été occupées par trois détenus, le troisième devant dormir sur le sol. Les détenus passent de leurs cellules à une salle commune de la rangée, habituellement depuis le matin jusqu'à 19 h 30. La salle commune est équipée de tables et de chaises en métal qui sont fixes. Il y a un téléviseur. Les repas sont servis dans la salle commune, et toutes les activités s'y déroulent à la vue de tous, à l'exception des fréquentes fouilles à nu effectuées sur les détenus qui ont été sortis de la rangée pour une visite ou à une autre fin. Dans une pièce réservée aux visites, les familles ou autres personnes, y compris les avocats, ne sont pas libres de leurs mouvements, et les visites peuvent être annulées sans préavis pour raison de sécurité de l'établissement, d'inquiétude liée à la santé publique, par exemple le SRAS, ou de conflit de travail avec les employés de l'établissement. Les confinements aux cellules, quand l'établissement est fermé aux visiteurs et que les détenus sont tenus de retourner ou de rester dans leurs cellules, ne sont pas rares lorsque la sécurité est en jeu.

[32] Selon M. Jaballah, fervent musulman, sa détention a porté atteinte à sa pratique religieuse et à ses convictions religieuses. Au début, quand il était en isolement, il a eu de la difficulté à se faire remettre un

washing, without a prayer mat, and said in public with other detainees as onlookers and occasional hecklers. There have been only infrequent visits by an Imam. Initially he found the food provided had not been prepared in Halal fashion, and he still questions whether that is the case despite policy and described practices to ensure that Halal food is provided, by guaranteeing outside caterers, for Muslim detainees. Strip searching, done regularly under institutional policy, for security reasons after movement out of the range for any purpose, offends his religious principles.

[33] I accept the evidence of Mr. Jaballah's wife, Husnah Mohammed Al-Mastouli, and of his eldest son Ahmed, who is now starting university studies, concerning the great difficulties for his family that his separation by reason of detention has meant. I accept also Mr. Jaballah's own testimony that the separation from his family and the limitations his detention impose on any exercise of responsibilities for his family are the most painful and distressing aspect of his detention. Even when his wife and children are able to visit him, they are always separated from him by a glass partition and they communicate only by telephone. He is, in accord with institutional policy, unable to touch or to hold any of them. I note that with the cooperation of the security officers who accompany Mr. Jaballah to court hearing days on this application, brief touch visits were permitted in the courtroom when proceedings recessed for a mid-day break.

[34] I accept also the evidence of Paul Evan Greer, Acting Superintendent of TWDC, concerning the bases for maximum security policies, for the regime of detailed regulations and their application. I accept also his description of institutional efforts, particularly in recent years, to foster non-discriminatory application of policies and practices except, where possible, to recognize significant religious or social practices of certain of the inmates. The latter efforts, for Muslims,

exemplaire du Coran. Il devait parfois dire ses prières sans procéder aux ablutions requises, et sans tapis de prière, et il les disait en public, devant les autres détenus, qui le regardaient et parfois le dérangaient. Il n'a eu que rarement la visite d'un imam. Au début, il trouvait que les repas qu'on lui servait n'avaient pas été préparés selon la méthode halal, et il se demande encore si tel est le cas malgré la politique officielle et les pratiques décrites garantissant une alimentation halal aux détenus de confession musulmane, par recrutement de traiteurs extérieurs. Les fouilles à nu, effectuées régulièrement en application de la politique de l'établissement, et cela pour des raisons de sécurité après qu'un détenu a quitté la rangée pour telle ou telle fin, heurtent ses principes religieux.

[33] J'accepte le témoignage de l'épouse de M. Jaballah, Husnah Mohammed Al-Mastouli, et celui de son fils aîné, Ahmed, qui commence maintenant des études universitaires, à propos des grandes difficultés que cause à sa famille son absence due à sa détention. J'accepte aussi le propre témoignage de M. Jaballah selon lequel le fait d'être séparé de sa famille et de ne pas pouvoir, à cause de sa détention, exercer ses responsabilités envers sa famille constitue l'aspect le plus douloureux et le plus pénible de sa détention. Même quand son épouse et ses enfants ont la possibilité de le visiter, ils sont toujours séparés de lui par une cloison vitrée, et ils ne communiquent que par téléphone. En accord avec la politique de l'établissement, il n'a pas la possibilité de les toucher ou de les tenir contre lui. Je relève que, avec la collaboration des agents de sécurité qui accompagnent M. Jaballah aux audiences relatives à la demande, de brèves visites avec contact ont pu avoir lieu dans la salle d'audience quand la séance était suspendue pour la pause de mi-journée.

[34] J'accepte aussi le témoignage de Paul Evan Greer, directeur intérimaire du CDTO, à propos des raisons justifiant les politiques de sécurité maximale, le régime de réglementation détaillée et l'application de cette réglementation. J'accepte aussi la description qu'il a faite des moyens pris par l'établissement, en particulier ces dernières années, pour favoriser une application non discriminatoire des politiques et pratiques, sauf, le cas échéant, afin de reconnaître les pratiques religieuses ou

include provision of prayer books, and mats, the obtaining of Halal food from outside caterers, special arrangements for serving of food for Muslims during Ramadan, and regular weekly volunteer visits by an Iman.

[35] I accept also Mr. Greer's evidence, from TWDC records, that Mr. Jaballah has made few formal complaints, under the established process, about mistreatment by guards or other inmates and, apart from Mr. Jaballah's concerns about health conditions, the only significant recorded complaints from him concern the lack of Halal food on occasion. I accept also that the circumstances of detention probably discourage complaints, as both Mr. Greer and Mr. Jaballah testified. The evidence also indicates that any serious physical health concerns of Mr. Jaballah have been addressed by medical assistance arranged by TWDC.

[36] I turn to evidence provided by written report only, by Dr. Michael Bagby, a registered clinical psychologist and a member of the Department of Psychiatry at the University of Toronto, who, on request of Mr. Jaballah's counsel, examined and reported on his assessment of the psychological effects upon Mr. Jaballah of his detention. The assessment was done on the basis of two interviews in person in a private room at TWDC in mid-July 2005, administered test results and interviews of others by telephone.

[37] At the risk of oversimplifying the assessment of Dr. Bagby, I summarize his conclusions thus. Mr. Jaballah has some psychological problems, in particular panic disorder and depression, sometimes serious, especially when he learns of difficulties for his wife and children. His continuing detention causes him considerable stress, from "worry about the welfare of his family, his health and safety, and the uncertainty of his future". His arrest and continuing detention are said to be direct causes of his current psychological and

sociales propres à certains détenus. S'agissant des détenus de confession musulmane, les derniers moyens pris sont : la fourniture de livres de prières et de tapis de prière, l'obtention d'aliments halal auprès de traiteurs extérieurs, les dispositions particulières applicables à l'alimentation des musulmans durant le Ramadan, de même que les visites bénévoles, hebdomadaires et régulières, d'un imam.

[35] J'accepte aussi le témoignage de M. Greer, fondé sur les dossiers du CDTO, selon lequel M. Jaballah a déposé, selon la procédure établie, peu de plaintes formelles de mauvais traitements de la part des gardiens ou d'autres détenus et, abstraction faite des préoccupations de M. Jaballah au sujet des conditions sanitaires, les seules plaintes notables qu'il a déposées concernent l'absence occasionnelle d'aliments halal. J'admets aussi que les circonstances de la détention découragent probablement le dépôt de plaintes, ainsi qu'en ont témoigné à la fois M. Greer et M. Jaballah. La preuve montre aussi que les sérieuses préoccupations de M. Jaballah pour sa santé physique sont maintenant dissipées grâce à une veille médicale organisée par le CDTO.

[36] Je passe au témoignage produit sous forme d'un rapport écrit uniquement, qui émane du D' Michael Bagby, psychologue clinicien agréé et professeur au Département de psychiatrie de l'Université de Toronto, qui, à la demande de l'avocat de M. Jaballah, a examiné les effets psychologiques sur M. Jaballah de sa détention, et présenté un rapport sur son évaluation. L'évaluation était fondée sur deux entretiens menés en tête-à-tête dans une salle privée du CDTO, à la mi-juillet 2005, sur les résultats de tests administrés et sur des entretiens menés par téléphone avec d'autres personnes.

[37] Au risque de simplifier à l'excès l'évaluation effectuée par le D' Bagby, je résume ainsi ses conclusions. M. Jaballah souffre de certains troubles psychologiques, en particulier de panique et de dépression, parfois sérieux, surtout lorsqu'il apprend les difficultés que vivent son épouse et ses enfants. Le maintien de sa détention lui cause un stress considérable, parce qu'il « craint pour le bien-être de sa famille, pour sa santé et sa sécurité et pour l'incertitude de son avenir ». Son arrestation et sa détention continue



emotional difficulties. For those difficulties he refuses pharmaceutical treatment, except non-prescription analgesics and anti-inflammatory agents. Dr. Bagby's report concludes thus:

Barring a change in his legal fortunes and faced with the prospect of indefinite incarceration, his prognosis appears poor. Mr. Jaballah is already experiencing a stress reaction and his mental status appears to be in a process of decline.

[38] Despite the difficulties his continuing incarceration present for Mr. Jaballah and for his family, his treatment, both while in solitary confinement and in the protective custody range, has been in keeping with institutional policies applicable to all inmates in the respective institutions. Moreover his assignment for different detention conditions has been made pursuant to those policies and practices, with no evidence before me that those have been unreasonably applied, or applied with adverse discriminatory effect, to Mr. Jaballah, or to other Muslims generally. As we shall see submissions about discriminatory treatment and possible breach of his right to equality of treatment under the law pursuant to section 15 of the Charter are based not on differences in practical terms but on differences in legal consequences under provisions of IRPA.

[39] I note for the record that in the course of the hearing counsel for the Minister of Citizenship and Immigration read into evidence a statement on behalf of the Minister concerning intended changes in arrangements for detention of individuals who are subject to security certificates (transcript, October 19, 2005, page 830, line 3 to page 832, line 20). That statement is as follows:

**MR. MacINTOSH:** I have something to apprise the Court of. The following is the position of the Government of Canada, and I have been authorized to apprise the Court of this.

seraient les causes directes de ses troubles psychologiques et affectifs actuels. Il refuse tout traitement pharmacologique qui lui permettrait d'en venir à bout, à l'exception des analgésiques en vente libre et des agents anti-inflammatoires. Le rapport du D<sup>r</sup> Bagby se termine ainsi :

[TRADUCTION] Sauf un retournement dans ses démêlés avec la loi, et devant la perspective d'une incarcération indéfinie, mon pronostic à son sujet n'est guère optimiste. M. Jaballah manifeste déjà une réaction de stress et son état mental semble sur une pente descendante.

[38] Malgré les difficultés que l'incarcération continue de M. Jaballah présente pour lui-même et pour sa famille, la manière dont il a été traité, tant en isolement cellulaire que dans l'unité d'isolement protecteur, est restée conforme aux lignes directrices de l'établissement applicables à tous les détenus des établissements concernés. Par ailleurs, les diverses conditions de détention auxquelles il a été soumis étaient conformes à ces lignes directrices, et je n'ai pas la preuve qu'elles ont été appliquées à M. Jaballah ou aux autres musulmans en général d'une manière déraisonnable ou avec un effet discriminatoire préjudiciable. Comme nous le verrons, les arguments au sujet du traitement discriminatoire et de la possible atteinte à son droit à l'égalité devant la loi, un droit garanti par l'article 15 de la Charte, sont fondés non sur des différences concrètes, mais sur des différences au chapitre des conséquences juridiques découlant des dispositions de la LIPR.

[39] Je relève pour mémoire que, au cours de l'audience, l'avocat du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a consigné dans la preuve une déclaration faite au nom du ministre et se rapportant aux changements prévus du dispositif de détention des personnes assujetties à des certificats de sécurité (transcription, 19 octobre 2005, de la page 830, ligne 3, à la page 832, ligne 20). Cette déclaration est la suivante :

[TRADUCTION]

**M. MacINTOSH :** J'ai quelque chose à signaler à la Cour. Les paragraphes qui suivent exposent la position du gouvernement du Canada, et j'ai été autorisé à en informer la Cour.

There has been a decision by the Government of Canada to assume the detention of persons subject to a security certificate and currently detained in the Province of Ontario. These persons will be detained in a federal detention facility.

The regime contemplated under the federal government regime will ameliorate conditions of detention for the individuals who are the subject of security certificates.

The location will be at a place where the necessary and appropriate facilities and infrastructure are available in Ontario.

It is contemplated that a federal facility will be ready to house the security certificate detainees within four to six months. This is the earliest that a facility can be made ready in order to properly outfit and retrofit a facility for these individuals and also to ensure that they are not housed with the general convicted population.

Also I have been authorized to outline some details with respect to conditions of detention.

Subject to any security concerns that may exist in individual cases and generally, the detainees will be allowed to:

1. Wear their own clothing;
2. Purchase at their own expense a personal TV and radio for use in their cell;
3. Purchase at their own expense personal hygiene products in addition to basics that will be supplied;
4. Subscribe to print material (newspapers and periodicals);
5. Have outdoor exercise that meets the standard for federal inmates, to be reviewed as circumstances permit, but not to be less than an hour;
6. Subject to determining the logistics, they will be permitted to have access to books from the penitentiary library;
7. Meals will be in conformity with penitentiary standards;
8. They will be permitted to have supervised access to a phone;

Le gouvernement du Canada a pris la décision de prendre à son compte la détention des personnes soumises à un certificat de sécurité et actuellement détenues dans la province de l'Ontario. Ces personnes seront détenues dans un établissement fédéral de détention.

Le régime envisagé par le gouvernement fédéral améliorera les conditions de détention des personnes assujetties à des certificats de sécurité.

Le lieu de détention sera un endroit où les installations et infrastructures nécessaires et adéquates existent en Ontario.

Il est prévu qu'un établissement fédéral sera prêt, dans un délai de quatre à six mois, à accueillir les détenus soumis à des certificats de sécurité. C'est la date la plus proche à laquelle un établissement peut être adéquatement équipé et remis à niveau pour loger ces personnes, et aussi pour faire en sorte qu'elles ne soient pas logées avec le reste de la population carcérale.

J'ai aussi été autorisé à exposer certains détails se rapportant aux conditions de détention.

Sous réserve des impératifs de sécurité pouvant exister dans tel ou tel cas et en général, les détenus seront autorisés :

1. à porter leurs propres vêtements;
2. à acheter à leurs frais un téléviseur et une radio pour utilisation dans leur cellule;
3. à acheter à leurs frais les produits d'hygiène personnelle dont ils ont besoin, en plus des produits de base qui leur seront fournis;
4. à s'abonner à des imprimés (journaux et périodiques);
5. à faire des exercices à l'extérieur qui répondent aux normes applicables aux détenus des pénitenciers fédéraux, possibilité qui sera revue au gré des circonstances, mais dont la durée ne sera pas inférieure à une heure;
6. à emprunter les livres de la bibliothèque du pénitencier, sous réserve des impératifs de logistique;
7. à obtenir des repas en conformité avec les normes du pénitencier;
8. à bénéficier d'un accès surveillé à un téléphone;

9. They will be permitted to have religious visits and ceremonies in the unit, subject to logistics;

10. They will be permitted to have access to essential medical and dental care;

11. They will be permitted to have contact visits, subject to conformity with conditions, primarily searches.

9. à recevoir des visites religieuses et à assister à des cérémonies religieuses dans l'unité, sous réserve des impératifs de logistique;

10. à obtenir les soins médicaux et dentaires essentiels;

11. à recevoir des visites avec contact, sous réserve des conditions applicables, et en particulier de fouilles.

[40] Counsel for Mr. Jaballah suggested that implementation of such a policy should provide more amenities and should be sited to ensure reasonable access for families and counsel.

[40] Selon l'avocat de M. Jaballah, cette ligne directrice devrait procurer des commodités accrues et être appliquée d'une manière qui offre aux familles et aux avocats un accès raisonnable.

#### Evidence on other aspects

[41] I turn from the evidence of the conditions of Mr. Jaballah's detention to review other evidence relevant to the application for release. Three other general topics were addressed: the support of prospective sureties, and bondspersons if required, under possible conditions upon which release might be ordered, the general assessment of the threat of international terrorism to Canada provided by testimony of an officer of the Canadian Security Intelligence Service [CSIS] and documentary evidence filed, and Mr. Jaballah's testimony concerning his willingness to abide by possible conditions and other aspects of his testimony that raised questions of his credibility.

#### Preuve relative à d'autres aspects

[41] Je laisse la preuve relative aux conditions de détention de M. Jaballah pour examiner d'autres preuves se rapportant à la demande de mise en liberté. Trois autres aspects généraux ont été abordés : le soutien d'éventuelles cautions, et de garants s'ils sont requis, selon les conditions auxquelles la mise en liberté pourrait être ordonnée, l'évaluation générale de la menace d'actes de terrorisme international au Canada, une évaluation qui ressort du témoignage d'un agent du Service canadien du renseignement de sécurité [SCRS] et de la preuve documentaire produite, ainsi que le témoignage de M. Jaballah qui se dit prêt à se conformer aux éventuelles conditions, et les autres aspects de son témoignage qui ont suscité un doute sur sa crédibilité.

#### The support of prospective sureties for Mr. Jaballah

[42] In addition to testifying about the difficulties arising for his family from his continuing detention, his wife and his eldest son, Ahmad, expressed their belief in his innocence of any involvement in terrorist activities, in their concern that his circumstances were the result of continuing efforts of Egyptian security authorities to persecute him by providing misinformation about his activities, now mostly more than two decades ago, in Egypt. They stressed the unfairness of his detention with no criminal conduct charges against him, elsewhere or in Canada, against which he could defend himself, and their beliefs that, if released, Mr. Jaballah would abide by any reasonable conditions imposed so that he would not cause further difficulties for his family. Both

#### Le soutien d'éventuelles cautions pour M. Jaballah

[42] Outre qu'ils ont témoigné à propos des difficultés résultant pour eux de la détention de M. Jaballah, son épouse et son fils aîné, Ahmad, se sont déclarés convaincus qu'il n'était nullement impliqué dans des activités terroristes, et que sa situation actuelle était la conséquence des efforts soutenus des autorités égyptiennes en matière de sécurité pour le persécuter en communiquant de fausses informations sur ses activités en Égypte, activités dont la plupart remontent aujourd'hui à plus de 20 ans. Ils ont souligné l'injustice de sa détention alors qu'il n'est l'objet d'aucune accusation, au Canada ou ailleurs, contre laquelle il pourrait se défendre, et ils se sont dits convaincus que, s'il est mis en liberté, M. Jaballah se conformera aux

testified that if he were released and court-imposed conditions were not met, they would have the obligation to, and would, report any such failure to authorities. His son undertook, if required, to relinquish his own computer, which he relied on for his studies, to avoid its use by his father if Mr. Jaballah were released.

[43] There were also 18 other prospective sureties, mainly Canadian citizens and a few permanent residents, prepared to act as guarantors for Mr. Jaballah's release on reasonable conditions. Most had come to know him, or to know of him through his family or from his teaching at the school in Toronto where he had been a teacher and principal for some months in 2000. None of them had known him before he came to Toronto. None knew of his relationships reported by CSIS to be with other persons of concern to security services in Canada or abroad. None was aware of details outlined in the public documents filed in the security certificate proceedings, which gave rise to concerns of the Ministers. Yet all of them expressed respect and sympathy for Mr. Jaballah and his deep commitment to serve his family. They expressed confidence that, if released, he would abide by all imposed conditions, and would do nothing to cause difficulties for his own family, or for any sureties or their families. Among these prospective sureties there is a shared belief that he is not a violent person and would not be associated with terrorism.

[44] Most of these persons by affidavit or testimony were prepared to post bonds, subject to forfeit, if Mr. Jaballah were released and then failed to meet conditions imposed by the Court. One was prepared to replace him in detention for a month, if that could be arranged, so that Mr. Jaballah could be with his family. Prospective bonds, undertaken to be pledged, were collectively nearly \$120,000, a substantial sum for a

conditions raisonnables imposées, pour ne causer aucune difficulté supplémentaire à sa famille. L'épouse et le fils aîné ont tous deux témoigné que, si M. Jaballah est mis en liberté et n'observe pas les conditions imposées par la Cour, alors ils auront l'obligation de signaler tout manquement de ce genre aux autorités, et c'est ce qu'ils feraient. Le fils de M. Jaballah s'est engagé, pour le cas où on le lui demanderait, à se dessaisir de son propre ordinateur, dont il se sert pour ses études, afin d'empêcher son père de l'utiliser s'il venait à être libéré.

[43] Il y avait aussi 18 autres cautions éventuelles, principalement des citoyens canadiens et quelques résidents permanents, disposés à agir comme garants, à des conditions raisonnables, pour la mise en liberté de M. Jaballah. La plupart avaient fait sa connaissance ou avaient entendu parler de lui par l'intermédiaire de sa famille ou à l'occasion des cours qu'il donnait à l'école de Toronto où il avait été professeur et directeur durant quelques mois en 2000. Aucun d'eux ne l'avait connu avant son arrivée à Toronto. Aucun n'avait connaissance des relations que lui prêtait le SCRS avec d'autres personnes à l'égard desquelles les services de sécurité, au Canada ou à l'étranger, avaient des doutes. Aucun ne connaissait les détails qui figuraient dans les documents publics déposés dans la procédure du certificat de sécurité et qui auraient suscité des doutes dans l'esprit des ministres. Tous ont pourtant exprimé leur respect et leur sympathie pour M. Jaballah et pour son engagement profond envers sa famille. Ils se sont déclarés certains que, une fois mis en liberté, M. Jaballah se conformerait à toutes les conditions imposées et ne ferait rien qui soit susceptible de causer des difficultés à sa propre famille, ni aux cautions ou à leurs proches. Toutes les éventuelles cautions partageaient la même croyance : M. Jaballah n'est pas une personne violente et il ne pouvait pas être associé au terrorisme.

[44] La plupart de ces personnes se sont dites prêtes, dans leur affidavit ou leur déposition, à déposer des garanties susceptibles d'être confisquées pour le cas où M. Jaballah, une fois mis en liberté, n'observerait pas les conditions imposées par la Cour. L'une d'elles était disposée à le remplacer en détention durant un mois, si cela pouvait se faire, afin que M. Jaballah retrouve sa famille. Les garanties que tous ces gens s'engageaient à

relatively small group of supporters within his community. Since I make no order for his release at this stage, there is no need for further assessment of their proposed undertakings.

#### General assessment of terrorist threat to Canada

[45] P.G., a senior Middle East analyst of CSIS, responsible for research and analysis, and for production of papers and studies on Islamic extremism, testified on behalf of CSIS. Before joining CSIS in 2001, he had served some 18 years with the Canadian Security Establishment, as a multilingual research analyst.

[46] P.G. described the history of Al-Qaida since the 1980's, working at first against Soviet forces in Afghanistan and later with the Taliban, directing its efforts to training terrorists from many countries and sending them off around the world on terrorist missions, or as "sleeper cells" with no immediate mission but ultimately to attack Mid-East governments considered to be supportive of western interests and governments, and against western governments and societies. Since the attack in New York on September 11, 2001, the amorphous Al-Qaida organization has evolved, with its central core, still presided over by Usama bin Laden, reportedly located in the border region of northern Pakistan. An evolving role is now played by Al-Qaida affiliates led by those trained in the 1980s and 1990s, largely in Afghanistan, operating from time to time to cause havoc in various countries, for example in Bali, in Madrid and earlier against U.S. embassies in East Africa, and against the ship *U.S.S. Cole* in Kuwait. Finally, there are other individuals or organizations having no real links to Al-Qaida but determined to emulate it, as those responsible for London transit bombings in 2005 would appear to be.

déposer se chiffraient au total à près de 120 000 \$, une somme substantielle pour un groupe relativement modeste de gens prêts à le soutenir au sein de sa communauté. Comme je n'ordonnerai pas sa libération à ce stade, il n'est pas nécessaire d'examiner davantage les engagements qu'ils proposent.

#### Évaluation générale de la menace terroriste au Canada

[45] P.G., un analyste principal du Moyen-Orient à l'emploi du SCRS, chargé de la recherche et de l'analyse, ainsi que de la rédaction de documents et d'études sur l'extrémisme islamique, a témoigné au nom du SCRS. Avant de se joindre au SCRS en 2001, il avait travaillé durant quelque 18 ans comme analyste de recherche multilingue au Centre de la sécurité des télécommunications.

[46] P.G. a fait l'historique d'Al-Qaida depuis les années 1980, cette organisation travaillant d'abord contre les forces soviétiques en Afghanistan, et plus tard aux côtés des Talibans, consacrant ses efforts à former des terroristes originaires de nombreux pays et à les envoyer aux quatre coins du monde pour des missions terroristes, ou comme « cellules dormantes » n'ayant pas de mission immédiate à accomplir, mais appelées éventuellement à lancer des attaques contre les gouvernements du Moyen-Orient jugés favorables aux intérêts et gouvernements occidentaux, et contre les institutions et sociétés occidentales elles-mêmes. Depuis les attaques menées à New York le 11 septembre 2001, Al-Qaida, organisation insaisissable, s'est transformée. Son centre névralgique, encore dominé par Oussama ben Laden, serait situé dans la région frontalière du nord du Pakistan. Un nouveau rôle est joué aujourd'hui par les cellules d'Al-Qaida dont les dirigeants avaient été entraînés durant les années 1980 et 1990, surtout en Afghanistan. Ces cellules se manifestent périodiquement par des attentats dans divers pays, par exemple à Bali ou à Madrid, et auparavant contre des ambassades des États-Unis en Afrique de l'Est, et contre le navire *U.S.S. Cole* au Koweït. Finalement, il faut compter avec d'autres personnes ou organisations qui n'ont pas de véritables liens avec Al-Qaida, mais qui sont résolues à l'imiter, comme semblent l'avoir été les auteurs des attentats à la bombe commis dans le métro de Londres, en 2005.

[47] Among affiliates of Al-Qaida, the Egyptian Islamic Jihad or Egyptian Al Jihad continues to be an organization that is widely assessed as terrorist. Since forming an association by agreement with bin Laden in 1998 to promote Jihad, it has widened its targeted interests beyond Egypt. It is an organization, listed as of July 23, 2002 as a terrorist organization under Part II.1 [as enacted by S.C. 2001, c. 4, s. 4] of the *Criminal Code* of Canada, in which the Ministers concerned believe Mr. Jaballah has been involved since at least the mid-1980s.

[48] On at least two occasions since September 11, 2001 public statements of bin Laden or on his behalf have warned that Canada can be expected to be a target of terrorist activities. The respondent's record filed for this application contains copies of news articles, other writings and government publications concerning the threat to Canada of international terrorism, and activities in this country that support it. Some Canadians or persons who have since come to Canada have been trained in camps in Afghanistan while those were in operation. There is no doubt that international terrorism is a continuing threat to Canadian security, and there is no doubt that there are persons in Canada who are considered to be linked to international terrorist activities.

[49] In the course of his testimony P.G. commented:

It is the belief of the Service that detention, whether short-term or long-term, has no effect on the dedication and on the allegiance of Islamic extremists to their causes. There certainly has been a number of examples in a number of countries worldwide where individuals who were incarcerated for varying periods of time have gained their releases and returned to the same activities which they were engaged prior to their incarceration and for which in fact they were incarcerated.

P.G. illustrated that belief by reference to specific examples, including a report of 10 released detainees from Guantanamo Bay who, upon return to Afghanistan, engaged again in acts of violence against western

[47] Parmi les cellules d'Al-Qaida, le Djihad islamique égyptien ou Al Djihad égyptien demeure une organisation généralement qualifiée de terroriste. Depuis qu'elle a formé une association par entente avec ben Laden en 1998 pour promouvoir le djihad, elle a élargi ses cibles au-delà de l'Égypte. Il s'agit d'une organisation, désignée au 23 juillet 2002 comme organisation terroriste en vertu de la partie II.1 [éditée par L.C. 2001, ch. 41, art. 4] du *Code criminel* du Canada, dans laquelle les ministres concernés croient que M. Jaballah joue un rôle depuis au moins le milieu des années 1980.

[48] À au moins deux reprises depuis le 11 septembre 2001, des déclarations publiques faites par ben Laden ou en son nom nous ont appris que le Canada pourrait devenir la cible d'activités terroristes. Le dossier du défendeur déposé dans le cadre de la présente demande contient des copies d'articles de presse, d'autres écrits et des publications gouvernementales concernant la menace d'actes terroristes contre le Canada et concernant des activités menées dans ce pays qui confirment cette menace. Certains Canadiens ou certaines personnes qui sont depuis arrivées au Canada ont été entraînés dans des camps en Afghanistan lorsque ces camps étaient en activité. Il ne fait aucun doute que le terrorisme international est une menace constante pour la sécurité canadienne, et il ne fait aucun doute qu'il y a au Canada des personnes soupçonnées d'être liées à des activités terroristes internationales.

[49] Durant son témoignage, P.G. s'est exprimé ainsi :

[TRADUCTION] Le Service croit que la détention, qu'elle soit de courte ou de longue durée, n'a aucun effet sur le dévouement et l'allégeance des extrémistes islamiques à leurs causes. On a connaissance de plusieurs exemples, dans plusieurs pays de par le monde, où des individus qui ont été incarcérés durant des périodes variées ont obtenu leur mise en liberté et ont repris les activités auxquelles ils s'adonnaient avant leur incarcération et pour lesquelles ils avaient en fait été incarcérés.

P.G. a illustré cette conviction par des exemples précis, notamment un rapport sur dix détenus de Guantanamo Bay qui avaient été libérés et qui, à leur retour en Afghanistan, avaient récidivé en commettant des actes

coalition forces. Two other individuals who, after release from detention, are reported to have played leading roles in terrorist actions in Madrid and in Iraq. Admittedly those examples were without reference to other released detainees whose subsequent activities are unknown or unreported, for example, terrorist suspects released from preventive detention in the United Kingdom in 2004, by order of the House of Lords, under the legal regime there found applicable.

[50] While he had read the evidence, both public and classified, concerning Mr. Jaballah, P.G. acknowledged that he had not met Mr. Jaballah, he had not otherwise studied him specifically, and he was unaware of the views about him held by his family and members of his community in Toronto. P.G. did acknowledge that, after the first security certificate against Mr. Jaballah was quashed and he was released, there was no allegation on the public record that he had renewed any of his associations with other persons of concern to CSIS, or that he had engaged in other activities that would be considered detrimental to Canada's national security. P.G. acknowledged also that he was unaware of any information on the public record that Mr. Jaballah had been trained in any camp in Afghanistan, and similarly no public allegation was known to him that Mr. Jaballah had ever personally engaged in active combat.

[51] Nevertheless P.G. also testified that:

It is the belief of the Service that Mr. Jaballah continues to represent a threat to Canadian security and that this threat has not—and I emphasize “not”—been neutralized as a result of his incarceration.

I return to this assessment in considering relief requested here.

Mr. Jaballah's attitude to his release and his credibility

[52] Mr. Jaballah testified about the conditions of his detention, its effects upon him and his family. He had

violents contre les forces coalisées occidentales. Deux autres individus auraient, après leur mise en liberté, joué un rôle prépondérant dans les attentats terroristes commis à Madrid et en Iraq. Ces exemples ne tenaient pas compte bien entendu d'autres détenus mis en liberté dont les activités ultérieures sont inconnues ou ne sont pas rapportées, par exemple les personnes suspectées de terrorisme qui, au Royaume-Uni en 2004, virent leur détention préventive annulée par ordonnance de la Chambre des lords, selon le régime juridique jugé applicable dans ce pays.

[50] P.G. avait lu la preuve, tant publique que confidentielle, concernant M. Jaballah, mais il a admis qu'il n'avait pas rencontré M. Jaballah, qu'il ne l'avait pas d'une autre manière étudié précisément et qu'il n'était pas informé des vues exprimées à son sujet par sa famille et par les membres de sa communauté à Toronto. P.G. a admis que, après que le premier certificat de sécurité délivré contre M. Jaballah fut annulé et que M. Jaballah fut mis en liberté, que le dossier public n'indique nulle part qu'il avait repris telle ou telle de ses associations avec d'autres personnes jugées louches par le SCRS, ou qu'il s'était engagé dans d'autres activités qui seraient considérées comme préjudiciables à la sécurité nationale du Canada. P.G. a reconnu aussi qu'il n'avait connaissance, dans le dossier public, d'aucun renseignement attestant que M. Jaballah avait été entraîné dans un camp en Afghanistan, et il n'avait connaissance non plus d'aucune allégation publique selon laquelle M. Jaballah avait jamais personnellement pris part à une lutte active.

[51] Néanmoins, P.G. a aussi témoigné que :

[TRADUCTION] Le Service croit que M. Jaballah représente encore une menace pour la sécurité du Canada et que cette menace n'a pas—je dis bien « n'a pas »—été neutralisée par son incarcération.

Je reviendrai sur cette évaluation lorsque j'examinerai le redressement demandé ici.

L'attitude de M. Jaballah au regard de sa mise en liberté et de sa crédibilité

[52] M. Jaballah a témoigné à propos des conditions de sa détention, ainsi qu'à propos des effets qu'elle a sur

not previously testified in the certificate proceedings which commenced in August 2001, except after his then counsel had walked away from the Court's proceedings and any responsibility for Mr. Jaballah's case, when he testified only to affirm that he would not adduce any evidence to respond to the certified opinion of the Ministers that he was inadmissible to Canada because of perceived connection or involvement with terrorists or terrorism. Now, in the course of his testimony in support of his application for release from detention, he testified about background circumstances of his arrests, torture and detentions in Egypt, and about his travels and activities after leaving there and before coming to Canada in 1996.

[53] In the course of his testimony Mr. Jaballah undertook that if now released he would obey any conditions imposed upon him by the Court. He stressed that for him the important thing is to be close to his family. Conditions of house arrest, or time outside his home only in the company of persons approved by the Court, he undertook would be met if he were released. In his own words (transcript, page 501, lines 7-12):

... I am willing to accept any condition that the Court asks me to observe because breaking those conditions would mean that I would be deprived of the only thing that I am fighting for, which is being with my children.

[54] I have no doubt about Mr. Jaballah's deep interest in being with and supporting his family. Yet his credibility about other matters leaves much to be desired. In cross-examination, he first stated that he could not remember whether he had contacted anyone in Pakistan after he had come to Canada, he had not contacted anyone in Yemen after leaving there where he only knew one person he had worked with, and later after leaving Azerbaijan in 1995 he had left no friends behind and had no communication with persons in either country after coming to Canada. Later he was asked about telephone company records, then produced, which indicated a number of calls to all three countries, including 72 to Yemen and 47 calls to Azerbaijan from

lui et sur sa famille. Il n'avait pas auparavant témoigné dans la procédure relative au certificat de sécurité qui avait débuté en août 2001, sauf après que son avocat à l'époque se soit retiré de l'instance introduite devant la Cour et eut cessé d'occuper pour M. Jaballah, celui-ci témoignant alors à seule fin d'affirmer qu'il ne produirait aucune preuve en réponse à l'opinion certifiée des ministres selon laquelle il était interdit de territoire au Canada en raison de ses rapports présumés ou de sa complicité présumée avec les milieux terroristes. À présent, durant sa déposition au soutien de sa demande de mise en liberté, il a témoigné à propos des circonstances entourant les arrestations, la torture et les détentions dont il a fait l'objet en Égypte, et à propos de ses déplacements et activités après son départ d'Égypte et avant son arrivée au Canada en 1996.

[53] Durant sa déposition, M. Jaballah a promis que, s'il était maintenant mis en liberté, il se conformerait aux conditions que lui imposerait la Cour. Il a souligné que, pour lui, le plus important est d'être auprès de sa famille. Il s'est engagé à respecter les conditions de sa mise en liberté, qu'il s'agisse des conditions de la résidence surveillée ou de la condition selon laquelle il ne pourrait quitter son domicile qu'accompagné de personnes agréées par la Cour. Selon ses propres mots (transcription, page 501, lignes 7 à 12) :

[TRADUCTION] [...] je suis disposé à accepter toute condition que la Cour me demandera d'observer, parce que la violation de ces conditions signifierait que je serais privé de l'unique chose pour laquelle je lutte, c'est-à-dire être auprès de mes enfants.

[54] Je ne doute nullement du profond désir de M. Jaballah d'être auprès de sa famille et de subvenir à ses besoins. Toutefois, sa crédibilité sous d'autres aspects laisse beaucoup à désirer. En contre-interrogatoire, il a d'abord dit qu'il ne se souvenait pas d'avoir communiqué avec quiconque au Pakistan après être arrivé au Canada, qu'il n'avait communiqué avec personne au Yémen après avoir quitté ce pays où il ne connaissait qu'une personne avec laquelle il avait travaillé, et que, plus tard, après avoir quitté l'Azerbaïdjan en 1995, il n'y avait pas laissé d'amis et n'avait pas communiqué avec quiconque dans l'un ou l'autre de ces pays, une fois arrivé au Canada. Plus tard, il a été interrogé sur des relevés de téléphone, produits



his Canadian telephone, mainly in 1996 and 1997. He then acknowledged that some of the recorded calls were his, or perhaps his wife's. While some recorded calls were so brief, a minute or so, they might have indicated inability to complete a call, as he suggested, numerous longer calls that he appeared to acknowledge as his, were not satisfactorily explained.

[55] Again, there are telephone records of some 75 calls from his telephone to London England, mainly to the International Office for Defence of the Egyptian People, believed to be an office with an operational link for Al-Qaida. These calls he admitted making when he was seeking advice or assistance for his refugee claim, to support his application to review his failed refugee claim. Yet many calls recorded in 1996 and early 1997 were made before Mr. Jaballah's application for refugee status was heard, and, in my opinion, these were not satisfactorily explained. Nor was there any satisfactory explanation of more than 20 calls billed by Bell Canada to Mr. Jaballah's phone number from June 4 to 6, 1996, soon after his arrival in Canada, made to the United Kingdom, Yemen, Azerbaijan and Pakistan.

[56] Other testimony about his lack of communication with certain others in this country after his arrival here, was cast into doubt by records of calls from his telephone to Montréal, to Winnipeg and to Edmonton, in each centre to phone numbers of persons suspected by CSIS of links to international terrorist activity. As for travels within Canada he first said he had only visited Montréal (to arrange automobile insurance at a lower premium than he could arrange in Toronto), Niagara Falls and London. Later when asked specifically about other centres he had visited, he acknowledged that he had driven to St. Catherine's, and also to Winnipeg to visit a particular person, described by him as not really a friend, who had been of assistance to him and his family on their arrival in Canada. His contact with

à ce moment-là, qui indiquaient plusieurs appels vers ces trois pays, notamment 72 appels au Yémen et 47 appels en Azerbaïdjan depuis son téléphone au Canada, principalement en 1996 et 1997. Il a alors reconnu que certains des appels indiqués avaient été faits par lui, ou peut-être par son épouse. Certains des appels indiqués étaient si brefs, une minute environ, qu'il avait pu s'agir, comme il l'a donné à entendre, d'appels impossibles à exécuter, mais de nombreux appels d'une durée plus longue, qu'il a semblé reconnaître comme siens, n'ont pas été expliqués d'une manière satisfaisante.

[55] Les relevés de téléphone indiquent aussi qu'il a fait depuis son téléphone quelque 75 appels à Londres, en Angleterre, principalement au International Office for Defence of the Egyptian People, organisme dont on croit qu'il constitue un lien opérationnel pour Al-Qaida. Ces appels, il a reconnu les avoir faits quand il était en quête de conseils ou d'une aide pour sa demande d'asile, afin d'appuyer sa demande de révision à l'encontre du rejet de sa demande d'asile. Il reste que de nombreux appels consignés en 1996 et au début de 1997 ont été faits avant que la demande d'asile de M. Jaballah soit entendue et, à mon avis, ces appels n'ont pas été expliqués d'une manière satisfaisante. Il n'y a pas eu non plus d'explication satisfaisante pour plus de 20 appels facturés par Bell Canada au numéro de téléphone de M. Jaballah pour la période allant du 4 au 6 juin 1996, peu après son arrivée au Canada, appels qui étaient dirigés vers le Royaume-Uni, le Yémen, l'Azerbaïdjan et le Pakistan.

[56] Un autre témoignage de M. Jaballah au cours duquel il a dit qu'il n'avait pas communiqué avec d'autres au Canada après son arrivée ici a été mis en doute en raison de relevés indiquant des appels faits depuis son téléphone vers Montréal, Winnipeg et Edmonton, dans chaque cas vers des numéros de téléphone de personnes suspectées par le SCRS d'avoir des liens avec le terrorisme international. Quant à ses déplacements à l'intérieur du Canada, il a d'abord dit qu'il n'avait visité que Montréal (afin d'obtenir une assurance automobile moyennant une prime inférieure à celle qu'il pouvait obtenir à Toronto), Niagara Falls et London. Prié plus tard de préciser les autres endroits qu'il avait visités, il a reconnu qu'il s'était rendu en voiture à St. Catherine's et aussi à Winnipeg pour visiter

another person, then living in Alberta, one since charged with terrorist funding activities by prosecutors in the United States, was said to have been casual, and initiated by the person in Alberta whom Mr. Jaballah claims he really did not know. Yet there were numerous phone calls recorded from Mr. Jaballah's Toronto number to Edmonton and to Leduc where his acquaintance was then based. These calls were not satisfactorily explained.

[57] The calls and visits in question were now almost a decade ago but Mr. Jaballah's explanations, while not directly relevant to the conditions of his detention, which is the prime issue of concern in this application, were not satisfactory and are simply not credible. In my opinion that in turn casts doubt upon any undertaking he might give in relation to conditions imposed if he were to be released at this stage.

#### The claim for a "constitutional exemption"

[58] The primary relief sought by Mr. Jaballah is that he be exempt from the continuing application of the detention provisions of IRPA pending final determination of all issues arising in this proceeding, on the ground that their application in his case results in infringement of rights guaranteed by the Charter, in particular by sections 7, 9, 12 and subsection 15(1). That submission is made without reference to the constitutional validity of the detention provisions as enacted. Indeed, the theory of a constitutional exemption as a possible remedy under subsection 24(1) of the Charter is that the Court may order that a person whose rights are adversely affected under otherwise valid legislation may be exempt from application of the legislation in so far as that infringes on rights guaranteed by the Charter.

[59] It is urged that relief of this sort be granted pursuant to subsection 24(1) of the Charter, which provides:

une personne en particulier, dont il a dit qu'elle n'était pas véritablement un ami, mais qui l'avait aidé, lui et sa famille, à leur arrivée au Canada. Il a dit que sa relation avec une autre personne, qui vivait alors en Alberta et qui a depuis été accusée par des procureurs aux États-Unis d'activités de financement du terrorisme, avait été accidentelle et s'était produite à l'initiative de la personne en Alberta dont M. Jaballah a dit qu'il ne la connaissait pas vraiment. Or, d'après les relevés, M. Jaballah a fait, depuis son numéro de téléphone de Toronto, de nombreux appels téléphoniques à Edmonton et à Leduc, où sa relation résidait alors. Ces appels n'ont pas été expliqués d'une manière satisfaisante.

[57] Les appels et visites en question ont eu lieu presque dix ans auparavant, mais les explications de M. Jaballah, bien que ne concernant pas directement les conditions de sa détention, qui constituent la principale question soulevée dans sa demande de mise en liberté, n'ont pas été satisfaisantes et ne sont tout simplement pas crédibles. À mon avis, cela jette également le doute sur tout engagement qu'il pourrait donner au regard des conditions imposées s'il était aujourd'hui mis en liberté.

#### La demande d'« exemption constitutionnelle »

[58] Le redressement principal sollicité par M. Jaballah est une dispense d'application des dispositions de la LIPR concernant la détention jusqu'à ce que l'on tranche définitivement tous les points soulevés dans la présente instance. Selon lui en effet, l'application de ces dispositions dans son cas constitue une atteinte aux droits garantis par la Charte, en particulier ses articles 7, 9 et 12 ainsi que son paragraphe 15(1). Cet argument est avancé sans référence à la validité constitutionnelle des dispositions relatives à la détention telles qu'elles ont été adoptées. En fait, d'après le principe de l'exemption constitutionnelle comme redressement possible en application du paragraphe 24(1) de la Charte, la Cour peut ordonner qu'une personne dont les droits sont lésés par l'application d'une loi autrement valide soit soustraite à l'application de cette loi dans la mesure où cette application porte atteinte à des droits garantis par la Charte.

[59] M. Jaballah presse la Cour de lui accorder un redressement de cette nature, en application du paragraphe 24(1) de la Charte, qui prévoit ce qui suit :

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

[60] It is argued that continuing detention of Mr. Jaballah, mandated in this case by subsection 82(2) since he is a foreign national, with no judicial review of the appropriateness of his detention until as a consequence of the assessment of the reasonableness of the Ministers' certificate under which he is held, results in infringement of his Charter rights.

[61] Several factors are said to support that submission, factors which also underlie the alternate submission that the detention provisions as enacted are unconstitutional for they conflict with the Charter's guarantees of:

- the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accord with principles of fundamental justice (section 7);
- the right not to be arbitrarily detained (section 9)
- the right not to be subjected to any cruel and unusual punishment (section 12); and
- equality before and under the law, and the equal protection of the law, without discrimination based on e.g. national or ethnic origin or religious or other designated or analogous grounds (subsection 15(1)).

[62] The factors relied upon by Mr. Jaballah as supporting his release, either because an exemption should be granted in his case or because the detention provisions are said to be unconstitutional, are these:

- (i) the duration of his detention, now four and a half years, since August 2001;

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

[60] Il est allégué que le maintien en détention de M. Jaballah, en application ici du paragraphe 82(2) puisqu'il est un étranger, sans possibilité d'un contrôle judiciaire de l'à-propos de sa détention jusqu'à ce que l'on rende une décision sur le caractère raisonnable ou non du certificat des ministres en vertu duquel il est détenu, constitue une atteinte aux droits que lui garantit la Charte.

[61] Plusieurs facteurs militeraient en faveur de cette conclusion, des facteurs qui sous-tendent aussi la conclusion subsidiaire selon laquelle les dispositions relatives à la détention, telles qu'elles existent aujourd'hui, sont inconstitutionnelles parce qu'elles sont incompatibles avec les garanties suivantes énoncées dans la Charte :

- le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, et l'obligation de ne porter atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale (article 7);
- le droit à la protection contre la détention arbitraire (article 9);
- le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités (article 12);
- l'égalité devant la loi et le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur l'origine nationale ou ethnique, la religion ou autres motifs désignés ou analogues (paragraphe 15(1)).

[62] Les facteurs invoqués par M. Jaballah au soutien de sa mise en liberté, soit parce qu'une exemption devrait être accordée dans son cas, soit parce que les dispositions relatives à la détention seraient inconstitutionnelles, sont les suivants :

- i) la durée de sa détention, aujourd'hui quatre ans et demi, depuis août 2001;

- |   |   |
|---|---|
| (ii) the conditions of his detention and their effects upon him;  | ii) les conditions de sa détention et les effets qu'elles ont sur lui;  |
| (iii) the indeterminate future duration of his detention if it should continue;                                     | iii) la durée future indéfinie de sa détention si elle devait se poursuivre;  |
| (iv) the lack of any provision under IRPA for judicial review of whether his continuing detention is warranted; and | iv) l'absence dans la LIPR de toute disposition prévoyant un contrôle judiciaire qui permettrait de décider si sa détention est justifiée; et |
| (v) the discriminatory impact of the provisions on Mr. Jaballah as a foreign national.                              | v) l'effet discriminatoire des dispositions sur M. Jaballah en tant qu'étranger.  |

[63] The duration of his detention cannot be considered without at least acknowledging its purpose is to hold a foreign national who is considered by two Ministers of the Crown to be inadmissible to Canada because he presents a risk to national security, as a preventive measure, not indefinitely but only so long as that ministerial determination is contested and, if that be upheld as reasonable, then pending his departure from Canada. Subsection 82(2) of the Act providing for detention of a foreign national without the issue of a warrant or judicial review is in the context of other provisions, i.e., for release by the Minister of Citizenship and Immigration upon application by a person detained to permit his or her departure from Canada (subsection 84(1)). If the certificate is contested but upheld as reasonable, continuing detention thereafter, if the person has not been removed for 120 days, may be reviewed by a judge (subsection 84(2)). In the context of the provisions for detention, read as a whole, the future duration of any continuing detention is indeterminate only in the sense that a date for Mr. Jaballah's release cannot be predicted with any certainty.

[63] Il est impossible de considérer la durée de sa détention sans au moins admettre que son objet est la détention d'un étranger que deux ministres de la Couronne déclarent interdit de territoire parce qu'il présente un risque pour la sécurité nationale, et cela à titre de mesure préventive, non pas indéfiniment, mais aussi longtemps que l'avis des ministres est contesté et, s'il est jugé raisonnable, alors jusqu'au départ de l'étranger du Canada. Le paragraphe 82(2) de la LIPR, qui prévoit la détention d'un étranger sans mandat et sans procédure de contrôle judiciaire, doit être lu en corrélation avec d'autres dispositions, notamment celle qui autorise le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, sur demande de la personne détenue, à la mettre en liberté pour qu'elle quitte le Canada (paragraphe 84(1)). Si le certificat est contesté, mais qu'il est jugé raisonnable, la détention peut, par la suite, en cas de non-exécution de la mesure de renvoi dans un délai de 120 jours, être revue par un juge (paragraphe 84(2)). Dans le contexte des dispositions relatives à la détention, considérées globalement, la durée future du maintien en détention n'est indéfinie qu'autant qu'il est impossible de prédire avec quelque certitude la date à laquelle M. Jaballah sera mis en liberté.

[64] While his counsel submits that the application in this case concerns only judicial release from detention and that the provision for release by the Minister is irrelevant, the Court cannot ignore the context in which detention here arises. As a foreign national Mr. Jaballah has no right to be admitted to Canada. He is, in the certified opinion of responsible Ministers, inadmissible to Canada on grounds which Parliament has determined are serious enough to warrant his detention without a

[64] Son avocat fait valoir que la demande dont il s'agit ici ne concerne que la mise en liberté par ordonnance judiciaire et que la disposition prévoyant la mise en liberté par le ministre est hors de propos, mais la Cour ne peut faire abstraction du contexte dans lequel la détention a lieu ici. En tant qu'étranger, M. Jaballah n'a aucun droit d'être admis au Canada. Il est, selon l'avis certifié des ministres compétents, interdit de territoire pour des motifs qui, selon le législateur, sont

warrant until he accepts the Ministers' opinion and departs from Canada, or the opinion is found to be unreasonable, or if found reasonable, then if he applies after four months of further detention and is then released under subsection 84(2).

[65] In so far as the conditions of his detention and the effects of these upon Mr. Jaballah are relevant in considering the motion for his release, I accept the evidence of Dr. Bagby concerning the psychological effects of the conditions upon Mr. Jaballah. I also accept the evidence of his wife and son about the effects of his continuing detention on his family. That said, the conditions of his detention are those of a maximum security institution designed and operated as a remand centre, holding persons on serious criminal charges pending trial. The conditions are far from ideal and they may be particularly difficult for anyone detained over a long period. The institutions concerned are not resorts. Some aspects of detention, for persons seeking to contest the decision of the Ministers, will be addressed, at least in part, by the announced policy to change arrangements for holding security certificate detainees in future.

[66] In *Ahani v. Canada*, [1995] 3 F.C. 669 (T.D.), commenting on 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 *Immigration Act* (the predecessor legislation to IRPA), concerning detention in security certificate cases, Madam Justice McGillis wrote at page 669:

With respect to section 9 of the Charter, counsel for the plaintiff relied on the submissions which he made in support of his contention that the principles of fundamental justice include the right not to be arbitrarily detained. I am satisfied that the pre-determination detention of the named person under s. 40.1 of the *Immigration Act* is not arbitrary, in that it is expressly authorized by law and occurs only following a separate decision by two ministers that a person, who is neither a Canadian citizen or permanent resident, has a

graves au point de justifier sa détention sans mandat jusqu'à ce qu'il accepte l'avis des ministres et qu'il quitte le Canada, ou jusqu'à ce que l'avis des ministres soit jugé déraisonnable ou, s'il est jugé raisonnable, alors jusqu'à l'expiration de quatre mois additionnels de détention, après quoi il est mis en liberté en vertu du paragraphe 84(2).

[65] Dans la mesure où les conditions et les effets de la détention de M. Jaballah touchent l'examen de sa requête en mise en liberté, j'accepte le témoignage du D<sup>r</sup> Bagby concernant les effets psychologiques des conditions de détention sur M. Jaballah, ainsi que le témoignage de l'épouse et du fils de M. Jaballah à propos des effets de son maintien en détention sur sa famille. Cela dit, les conditions de sa détention sont celles d'un établissement à sécurité maximale conçu et géré comme centre de détention provisoire, où sont détenus jusqu'à leur procès les individus sur lesquels pèsent de graves accusations criminelles. Les conditions sont loin d'être idéales, et elles peuvent être particulièrement difficiles pour quiconque est détenu pendant une longue période. Les établissements concernés ne sont pas des lieux de vacances. Certains aspects de la détention, pour les personnes qui veulent contester l'avis des ministres, seront réglés, du moins en partie, par la politique annoncée de modifier les modalités de détention des personnes soumises à des certificats de sécurité.

[66] Dans la décision *Ahani c. Canada*, [1995] 3 C.F. 669 (1<sup>re</sup> inst.), s'exprimant sur l'article 40.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31] de la *Loi sur l'immigration* (le texte qui avait précédé la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*), qui concernait la détention de personnes visées par un certificat de sécurité, la juge McGillis écrivait à la page 669 :

En ce qui concerne l'article 9 de la Charte, l'avocat du demandeur se fonde sur les observations qu'il a formulées à l'appui de son argument que le droit de ne pas être détenu arbitrairement fait partie des principes de justice fondamentale. Je suis convaincue que la détention, en vertu de l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration*, de la personne nommée dans l'attestation avant qu'une décision ne soit prise à son sujet ne constitue pas une détention arbitraire, étant donné qu'elle est expressément autorisée par la loi et qu'elle

terrorist background or propensities. In the circumstances, there is no infringement or denial of the right under section 9 of the Charter.

[67] Speaking for the Court of Appeal in upholding the decision in *Ahani* (1996), 37 C.R.R. (2d) 181, at paragraph 4. Mr. Justice Marceau, commented concerning the detention of those subject to a security certificate, as follows:

It is true that the filing of the certificate has the immediate unfortunate effect of leading to the arrest and detention of the person concerned, a fate normally reserved to criminals, and this is, no doubt, the most sensitive aspect of the scheme. It must not be forgotten, however, that this detention is not imposed as a punishment, nor is its sole function to assure the presence of the person. Rather, it is principally a means of providing preventive protection to the Canadian public. And in view of the test for the issuance of the certificate, that is to say the reasoned opinion of two ministers based on security information; in view of the fact that the scheme provides for the obligatory judicial scrutiny of the reasonableness of those opinions within an acceptably short period of time; in view, also, of the possibility given to the detained to put an end to the detention at any time by agreeing to leave the country; and in view, finally, of the type of prohibited class of individuals there are reasons to believe we are dealing with, that is to say individuals somehow associated with terrorism, it appears to us, as it appears to the learned trial judge, that such preventive detention is not arbitrary, nor excessive.

[68] The decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, is relied on, by analogy, on behalf of Mr. Jaballah. There Chief Justice Lamer considered sections 9 and 12 as examples of rights protected also under the more general guarantee of section 7 of the Charter. The criterion for considering whether punishment is cruel and unusual within the meaning of section 12 is whether the punishment prescribed is grossly disproportionate to the offence and to the offender, so excessive as to outrage standards of decency. In this case, Mr. Jaballah's detention is not, strictly speaking, "punishment". It has been characterized by the Court of Appeal in *Ahani*, and in *Re Charkaoui*, [2005] 2 F.C.R. 299 (F.C.A.), as a preventive measure for the safety of the public and to ensure that one considered inadmissible to Canada who

n'a lieu qu'après que deux ministres ont respectivement décidé qu'une personne qui n'est ni citoyen canadien ni résident permanent a des antécédents ou des penchants terroristes. Dans ces conditions, il n'y a ni violation ni négation du droit prévu à l'article 9 de la Charte.

[67] S'exprimant pour la Cour d'appel ([1996] A.C.F. n° 937 (QL), au paragraphe 4), qui a confirmé la décision *Ahani*, M. le juge Marceau écrivait ce qui suit à propos de la détention des personnes visées par un certificat de sécurité :

Certes, le dépôt de l'attestation a pour conséquence immédiate et fâcheuse de conduire à l'arrestation et à la détention de la personne concernée, sort normalement réservé aux criminels, et c'est indubitablement l'aspect le plus délicat de la disposition. Toutefois, il ne faut pas oublier que cette détention n'est pas imposée comme sanction, que sa seule fonction était d'assurer la présence de la personne. Il s'agit principalement là d'un moyen d'assurer une protection préventive au public canadien. Et étant donné le critère de la délivrance de l'attestation, c'est-à-dire l'avis raisonné de deux ministres fondé sur les renseignements de sécurité, le fait que la disposition prévoit l'examen judiciaire obligatoire du caractère raisonnable de ces avis dans un délai assez bref, la possibilité donnée au détenu de mettre fin à la détention en tout temps en acceptant de quitter le pays, et étant donné, en dernier lieu, le type de la catégorie interdite d'individus auquel il y a lieu de croire que nous avons affaire, c'est-à-dire les individus associés au terrorisme d'une façon ou d'une autre, il nous semble que, comme dans le cas du juge de première instance, une telle détention préventive n'est ni arbitraire ni excessive.

[68] L'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, est invoqué, par analogie, au nom de M. Jaballah. Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer considérait les articles 9 et 12 comme des exemples de droits protégés également sous la garantie plus générale de l'article 7 de la Charte. Le critère à appliquer pour savoir si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'article 12 consiste à établir si la peine prévue est totalement disproportionnée à l'infraction et au contrevenant, et si elle est excessive au point de heurter les normes de la décence. En l'espèce, la détention de M. Jaballah n'est pas, à strictement parler, une « peine ». Elle a été qualifiée par la Cour d'appel, dans l'arrêt *Ahani* et dans l'arrêt (*Re*) *Charkaoui*, [2005] 2 R.C.F. 299 (C.A.F.), de mesure préventive appliquée pour assurer la sécurité du public

is not successful in challenging that opinion of the Ministers concerned, may be deported. That preventive measure is an aspect of the Canadian government's responsibility in regard to national security in respect of international terrorism and in enforcement of immigration requirements. Detention of that nature, under conditions applicable in regular institutions for detaining persons charged with criminal offences, and which does not include conditions excessive for general institutional security purposes, cannot be characterized as cruel and unusual treatment or punishment.

[69] In my opinion the legislative process for detention in this case, initiated under subsection 82(2) of IRPA, cannot be compared with that found unconstitutional in *Swain*. Here the provision is mandatory but it is not arbitrary. It provides for detention of a foreign national for a reason, that is the opinion of two Ministers of the Crown, responsible for immigration and for national security, that Mr. Jaballah is not admissible to Canada for national security reasons. The grounds for that opinion have been identified to him, even if all the information available to the Ministers has not been provided. Further, the detention under subsection 82(2), while mandatory upon the certification by the Ministers, is not indeterminate in the sense found in *Swain*. It will end upon Mr. Jaballah's decision not to contest the Ministers' opinion further and to accept removal from Canada, or if he succeeds in establishing that the opinion is unreasonable and is to be quashed, or if he is not successful in that quest but remains in detention for 120 days after the certificate may be upheld, and he then meets the requirements for release under subsection 84(2). In my opinion, those possibilities for terminating the detention in this case, distinguish detention in this case from that in *Swain*.

[70] Finally, I mention briefly three other aspects of his circumstances which are urged for Mr. Jaballah. First, it is said the Court should not ignore, as an aspect

et pour faire en sorte que celui qui est déclaré interdit de territoire et qui ne réussit pas à faire invalider cet avis des ministres concernés puisse être expulsé. Cette mesure préventive est un aspect de la responsabilité du gouvernement canadien au regard de la sécurité nationale devant le terrorisme international, et au regard de l'application des règles d'immigration. Une détention de cette nature, selon les conditions applicables dans les établissements ordinaires ayant pour mandat de détenir les personnes accusées d'infractions criminelles, et qui ne comprend pas de conditions excessives aux fins générales de la sécurité dans les établissements, ne saurait être qualifiée de traitement ou peine cruel et inusité.

[69] À mon avis, le processus de détention suivi dans la présente affaire, un processus engagé en vertu du paragraphe 82(2) de la LIPR, ne peut être comparé avec le processus jugé inconstitutionnel dans l'arrêt *Swain*. Ici, la disposition est obligatoire, mais elle n'est pas arbitraire. Elle prévoit la détention d'un étranger pour une raison précise, c'est-à-dire l'avis de deux ministres de la Couronne, l'un chargé de l'immigration et l'autre de la sécurité nationale, selon lequel M. Jaballah est interdit de territoire au Canada pour des raisons de sécurité nationale. Les fondements de cet avis lui ont été signifiés, même si tous les renseignements auxquels ont eu accès les ministres ne lui ont pas été communiqués. Par ailleurs, la détention prévue par le paragraphe 82(2), bien qu'obligatoire par l'effet du certificat des ministres, n'est pas indéfinie au sens de l'arrêt *Swain*. Elle se terminera lorsque M. Jaballah décidera de ne pas contester davantage l'avis des ministres et d'accepter son renvoi du Canada, ou s'il parvient à établir que l'avis est déraisonnable et qu'il doit être annulé, ou, en cas d'insuccès de cette démarche, alors s'il reste en détention durant 120 jours après que le certificat a été jugé raisonnable, et s'il répond aux exigences d'une mise en liberté selon le paragraphe 84(2). À mon avis, ces possibilités de cessation de la détention dans la présente affaire établissent une distinction entre la détention dans la présente affaire et la détention dans l'affaire *Swain*.

[70] Finalement, je mentionnerai brièvement trois autres aspects de la situation de M. Jaballah qui sont invoqués en son nom. Premièrement, il est allégué que

of threatened personal security in relation to section 7 rights, the stress resulting from the threat of removal to a risk of death or torture in Egypt. I am not persuaded this is relevant in considering effects of his detention, for even if he were now released, as a foreign national with no right yet to remain in Canada, that same threat and stress would be facing him. Second, the duration of his detention, since August 2001 is not by itself a standard for assessing the expeditiousness of these proceedings. In *Ahani* and in *Charkaoui*, the courts concerned explained the statutory process as one designed to be expeditious. Yet those courts have also pointed out that any lapse of time arising from judicial or other proceedings initiated by the person in detention to contest the opinion of the Ministers is not alone a basis for assessing whether proceedings are reasonably expeditious, unless there be delay that can be considered an abuse of process.

[71] While much time has elapsed since this security certificate proceeding began, that time has been required, in essence to ensure fairness in proceedings, mainly initiated by Mr. Jaballah, as is his right.

[72] It is urged that detention here should be considered subject to limits prescribed by law as justified in a free and democratic society (section 7 of the Charter) and that some of those limits applicable here should include the necessity for examination of the need or purposes of detention both before it begins and periodically so long as it continues, as a number of international agreements provide. Those agreements may inform the content of "limits prescribed by law" under section 7 in some cases, but, in my opinion, not in relation to a legislative process when Parliament, aware of such procedural protections as demonstrated in relation to permanent residents subject to security certificates under section 83, did not similarly provide procedural protection for foreign nationals when they are subject to national security certificates.

la Cour devrait prendre en compte, en tant qu'aspect de la sécurité personnelle menacée de M. Jaballah au regard des droits garantis par l'article 7, l'état de stress qui résulte de la menace de renvoi de M. Jaballah vers l'Égypte, un pays où il risque la mort ou la torture. Je ne suis pas persuadé que cet aspect concerne l'examen des effets de sa détention, car même s'il était aujourd'hui mis en liberté, étant un étranger qui n'a encore aucun droit de rester au Canada, il serait encore soumis à la même menace et au même état de stress. Deuxièmement, la durée de sa détention, depuis août 2001, n'est pas en soi une norme permettant d'évaluer la célérité de la présente instance. Dans les décisions *Ahani* et *Charkaoui*, les juridictions concernées disaient que le processus prévu par la loi était un processus conçu pour être expéditif. Or, ces mêmes juridictions ont également fait observer que tout délai résultant d'une procédure judiciaire ou autre introduite par la personne en détention en vue de contester l'avis des ministres ne permet pas à lui seul de décider si la procédure est raisonnablement expéditive, sauf s'il y a des retards pouvant être considérés comme un abus de procédure.

[71] Il s'est écoulé beaucoup de temps depuis le début de cette instance relative au certificat de sécurité, mais ce temps a été nécessaire, essentiellement pour garantir l'équité de la procédure, qui a été introduite principalement par M. Jaballah, comme il en avait le droit.

[72] On fait valoir que la détention ici devrait être subordonnée à des limites prescrites par une règle de droit et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique (article 7 de la Charte) et que certaines de ces limites applicables ici devraient comprendre l'obligation d'examiner la nécessité ou l'objet de la détention, avant qu'elle débute, et périodiquement par la suite tant qu'elle se poursuit, comme le prévoient nombre d'accords internationaux. Ces accords peuvent dans certains cas nous renseigner sur le contenu des « limites prescrites par une règle de droit », selon l'article 7, mais, non pas à mon avis, dans le cadre d'un processus dans lequel le législateur, conscient des protections procédurales dont bénéficient les résidents permanents visés par des certificats de sécurité en application de l'article 83, n'a pas prévu les mêmes protections pour les étrangers visés par des certificats de sécurité.



[73] In view of the nature and purpose of the detention of Mr. Jaballah, difficult as those conditions may be for him and his family, in my opinion the conditions do not constitute cruel and unusual punishment under section 12 of the Charter. His mandatory detention as provided by subsection 82(2) of IRPA, by itself, does not constitute arbitrary detention or imprisonment under section 9 of the Charter. Further, the conditions and their effects do not infringe upon his rights guaranteed by section 7 of the Charter.

[74] These conclusions about the conditions of his detention and their effects are consistent with decisions of the Court of Appeal in *Ahani* and in *Charkaoui*. In those cases the Court upheld the security certificate process, including provisions for detention, under IRPA and its precursor, finding they did not infringe on rights guaranteed under sections 7, 9 and 12 of the Charter.

[75] I find otherwise in respect of equality of rights guaranteed by subsection 15(1) of the Charter. In my opinion the right to equality and equal benefit of the law without discrimination on a ground analogous to those specified, assured to Mr. Jaballah and every individual in Canada by subsection 15(1), is infringed by the effects of continuing detention under subsection 82(2) as it has been applied in his case.

[76] Subsection 15(1) of the Charter provides:

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

[77] The standard for assessing a claim that subsection 15(1) of the Charter has been infringed has been summarized by Chief Justice McLachlin, writing for the Supreme Court in *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R.

[73] Vu la nature et l'objet de la détention de M. Jaballah, les conditions de sa détention, si difficiles qu'elles puissent être pour lui et sa famille, ne constituent pas, à mon avis, une peine cruelle et inusitée au sens de l'article 12 de la Charte. Sa détention obligatoire, prévue par le paragraphe 82(2) de la LIPR, ne constitue pas en soi une détention ou un emprisonnement arbitraire au sens de l'article 9 de la Charte. En outre, les conditions et leurs effets ne portent pas atteinte aux droits que lui garantit l'article 7 de la Charte.

[74] Ces conclusions à propos des conditions de la détention de M. Jaballah et à propos de leurs effets s'accordent avec les décisions *Ahani* et *Charkaoui* de la Cour d'appel. Dans ces décisions, la Cour d'appel a validé le processus du certificat de sécurité, y compris les dispositions en matière de détention qui figurent dans la LIPR et dans le texte qui le précédait, concluant qu'elles ne portaient pas atteinte aux droits garantis par les articles 7, 9 et 12 de la Charte.

[75] J'arrive à une conclusion autre en ce qui a trait aux droits à l'égalité garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte. À mon avis, le droit à l'égalité et le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, sans discrimination fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés, droits qui sont garantis à M. Jaballah et à toute personne au Canada par le paragraphe 15(1), sont violés par les effets du maintien en détention découlant du paragraphe 82(2) tel que ce paragraphe a été appliqué dans son cas.

[76] Le paragraphe 15(1) de la Charte est ainsi rédigé :

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

[77] La norme qui permet d'établir s'il y a ou non infraction au paragraphe 15(1) de la Charte a été résumée par la juge en chef McLachlin, pour la Cour suprême, dans l'arrêt *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3

657, at paragraph 22, and applied in that case as outlined commencing at paragraph 27. That summary is whether there is: (1) differential treatment under the law (2) on the basis of an enumerated or analogous ground (3) which constitutes discrimination, in that the distinction or difference denies the equal human worth and dignity under the law of the claimant.

[78] In considering equality rights affected by the continuing application of subsection 82(2) in this case, I emphasize that I do not assess the constitutional validity of that provision of the Act in light of subsection 15(1) of the Charter. Rather it is the effects of that continuing application which here give rise to concern, where it has continued without review.

[79] It is urged for Mr. Jaballah that in considering whether there is differential treatment, the appropriate comparator group is Canadian citizens who are considered threats to national security for whom the only provision for preventive detention is found in the *Criminal Code*, with early and periodic review of that detention pending trial on a criminal charge. I am not persuaded that is an appropriate comparator group. The *Criminal Code* provides for administration of the criminal law and it applies to all individuals in Canada regardless of citizenship or immigration status. IRPA applies to immigrants and foreign nationals, not to Canadian citizens who under section 6 of the Charter have mobility rights to enter, to leave, and to travel within Canada. Permanent residents and foreign nationals in Canada have only qualified rights to remain, and foreign nationals require permission to be admitted to this country.

[80] There is another comparator group, that is permanent residents detained under a security certificate who, under section 83 of IRPA, have procedural rights not available to foreign nationals. If certified by the Ministers under a security certificate, a foreign national is, upon issue of a warrant, subject to mandatory detention but that detention continues subject to review

R.C.S. 657, au paragraphe 22, et appliqué dans cette affaire comme il est indiqué à partir du paragraphe 27. Le résumé de la norme est le suivant : 1) y a-t-il une différence de traitement selon la loi? 2) cette différence de traitement est-elle fondée sur un motif énuméré ou analogue? 3) constitue-t-elle une discrimination en ce sens qu'elle prive le demandeur, en tant qu'être humain, de l'égalité sur le plan de la valeur et de la dignité?

[78] Examinant les droits à l'égalité qui sont compromis ici par l'application continue du paragraphe 82(2), je souligne que je n'évalue pas la validité constitutionnelle de cette disposition de la LIPR à la lumière du paragraphe 15(1) de la Charte. Ce sont plutôt les effets de cette application continue du paragraphe 82(2) qui ici sont source d'inquiétude, puisqu'elle a eu lieu à l'abri de tout contrôle judiciaire.

[79] On fait valoir pour M. Jaballah que, s'agissant de savoir s'il y a différence de traitement, le groupe de référence à retenir se compose des citoyens canadiens qui sont considérés comme une menace à la sécurité nationale et pour lesquels l'unique disposition en matière de détention préventive se trouve dans le *Code criminel*, avec contrôle rapide et périodique de cette détention jusqu'au procès criminel lui-même. Je ne suis pas persuadé qu'il s'agit là du bon groupe de référence. Le *Code criminel*, qui règle l'application du droit criminel, s'applique à toutes les personnes au Canada, quelle que soit leur nationalité ou leur statut au regard de l'immigration. La LIPR s'applique aux immigrants et aux étrangers, non aux citoyens canadiens qui, selon l'article 6 de la Charte, jouissent de la liberté de circulation et d'établissement, c'est-à-dire du droit de demeurer au Canada, d'y entrer, d'en sortir ou de s'y déplacer. Les résidents permanents et les étrangers au Canada n'ont que des droits restreints d'y demeurer, et les étrangers doivent obtenir une autorisation avant d'y être admis.

[80] Il y a un autre groupe de référence, celui des résidents permanents détenus en vertu d'un certificat de sécurité qui, selon l'article 83 de la LIPR, bénéficient de droits procéduraux que n'ont pas les étrangers. Lorsqu'un mandat est délivré, le ressortissant étranger visé par un certificat de sécurité délivré par les ministres est sujet à une détention obligatoire, mais cette détention

by a judge within 48 hours after beginning of the detention and it continues subject to further review at least once every six months thereafter. That review is not available to a foreign resident detained under subsection 82(2) of IRPA. Citizenship was held to be a ground analogous to those specified in subsection 15(1) for purposes of admission to a provincial law society (*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143). In my view, the treatment of one foreign national differently from another who has been admitted as a permanent resident, with only a qualified right to remain, cannot be justified as providing equal protection and benefit of the law.

[81] In my opinion the effect of continuing detention without any review under subsection 82(2) results in a loss of equal protection and equal benefit of the law for a foreign national solely on the basis of his immigration status. That treatment is discriminatory on a ground analogous to those specified in subsection 15(1) of the Charter for no readily discernible reason, at least none that would appear to be relevant to national security concerns, the purpose of detention under both subsection 82(2) and section 83 of IRPA.

[82] If the effects of continuing application of subsection 82(2) without a judicial review of the detention is, as I find, to deny Mr. Jaballah rights assured by subsection 15(1) of the Charter, what is the appropriate remedy under subsection 24(1) of the Charter? For Mr. Jaballah it is urged that he should now be granted exemption from continuing detention on constitutional grounds, unless there be review of that detention on the same basis as provided for a permanent resident detained, as Mr. Jaballah is, under a security certificate, that is, by considering detention on the standards set out in subsection 83(3) of IRPA.

[83] I find that remedy proposed is appropriate in the circumstances of this case where Mr. Jaballah's

se poursuit sous réserve du contrôle exercé par un juge dans un délai de 48 heures après le début de la détention, et elle se poursuit sous réserve d'un contrôle additionnel périodique exercé au moins une fois tous les six mois par la suite. Ce contrôle n'est pas offert à l'étranger détenu en vertu du paragraphe 82(2) de la LIPR. S'agissant de l'admission au barreau d'une province, la nationalité est considérée comme un motif de discrimination analogue à ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1) (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143). Selon moi, le fait de traiter un étranger différemment d'une autre personne qui a été admise comme résident permanent, et qui n'a qu'un droit limité de rester au Canada, ne peut être considéré comme un traitement offrant l'égalité devant la loi et le droit au même bénéfice de la loi.

[81] À mon avis, le maintien en détention sans contrôle judiciaire, en application du paragraphe 82(2), entraîne une perte du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi pour un étranger, et cela uniquement à cause de son statut au regard de l'immigration. Ce traitement constitue une discrimination fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte, et cela sans aucune raison aisément discernable, du moins aucune qui puisse toucher les impératifs de sécurité nationale, l'objet de la détention selon le paragraphe 82(2) et l'article 83 de la LIPR.

[82] Si l'application continue du paragraphe 82(2), sans contrôle judiciaire possible, a pour effet, comme je l'ai dit, de nier à M. Jaballah les droits qui lui sont garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte, quelle est alors la réparation qui s'impose selon le paragraphe 24(1) de la Charte? Pour M. Jaballah, on fait valoir qu'il devrait maintenant bénéficier, pour des raisons constitutionnelles, d'une dispense de maintien en détention, sauf si un contrôle judiciaire peut être exercé sur cette détention comme celui dont peut se prévaloir un résident permanent qui est détenu, comme l'est M. Jaballah, en vertu d'un certificat de sécurité, c'est-à-dire si sa détention est considérée selon les normes exposées au paragraphe 83(3) de la LIPR.

[83] Je suis d'avis que la réparation proposée est adéquate compte tenu des circonstances de la présente

detention has been more than four years without judicial review of the appropriateness of its continuing. That review, which counsel for Mr. Jaballah proposed could proceed on the basis of the evidence presented in this application for release, I now undertake on a basis similar to that applicable in the case of a permanent resident under subsection 83(3). That is that the detention is to continue if I, as the reviewing judge, am satisfied that Mr. Jaballah “continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal”.

[84] I note that Madam Justice McLachlin (as she then was), after discussing the possibility of a “constitutional exemption” in *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577, at page 627 ff, declined to grant an exemption where to do so would not uphold the statutory provision there in question substantially as Parliament had enacted it, would introduce judicial discretion without useful guidelines, and would provide a result similar to striking down the provision on constitutional grounds.

[85] In my opinion, none of the concerns about a constitutional exemption expressed in *Seaboyer* are here at play. The remedy here proposed does respect the statutory provision in question, subsection 82(2) of IRPA remains in force for mandatory detention of a foreign national who is the subject of a security certificate, and the judicial discretion introduced is to provide only that after long detention without judicial review of the reasons for continued detention, it shall only be continued where a judge, after review, so orders on the same grounds as are applicable in the review of continuing detention of a permanent resident similarly detained. That discretion does not produce a result similar to that which would result if the provision here in question was struck down on constitutional grounds. Subsection 82(2) of IRPA remains in force providing for mandatory detention of a foreign national who is the subject of a security certificate.

affaire, M. Jaballah étant détenu depuis plus de quatre ans sans qu’un contrôle judiciaire n’ait été exercé sur l’à-propos de son maintien en détention. L’avocat de M. Jaballah a proposé qu’un contrôle de ce genre se déroule d’après la preuve produite dans la demande de mise en liberté, et je vais l’entreprendre maintenant sur une base semblable à celle qui est applicable à un résident permanent en application du paragraphe 83(3). Cela signifie que la détention se poursuivra si, en tant que juge chargé du contrôle, je suis convaincu que M. Jaballah « constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui ou se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi ».

[84] Je relève que la juge McLachlin (son titre à l’époque), après examen de la possibilité d’une « exemption constitutionnelle » dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577, aux pages 627 et suivantes, avait refusé d’appliquer le principe de l’exemption dans cette affaire parce que l’application de ce principe eût été contraire à la disposition légale en cause telle que l’avait adoptée le législateur, qu’elle eût conféré un pouvoir discrétionnaire sans directives adéquates, et qu’elle eût produit un résultat équivalant à invalider la disposition pour des raisons constitutionnelles.

[85] Selon moi, aucun des problèmes évoqués dans l’arrêt *Seaboyer* à propos d’une exemption constitutionnelle n’est en jeu ici. La réparation ici proposée respecte tout à fait la disposition légale en cause, le paragraphe 82(2) de la LIPR reste en vigueur pour la détention obligatoire d’un étranger qui est visé par un certificat de sécurité, enfin le pouvoir discrétionnaire conféré à un juge permet uniquement de dire que, après une longue détention sans contrôle judiciaire des motifs de cette détention, celle-ci ne se poursuivra que s’il l’ordonne, après examen, et selon les mêmes justifications que celles applicables à l’examen du maintien en détention d’un résident permanent détenu pour les mêmes raisons. Ce pouvoir discrétionnaire n’entraîne pas un résultat semblable à celui que l’on obtiendrait si la disposition ici en cause était invalidée pour des raisons constitutionnelles. Le paragraphe 82(2) de la LIPR demeure en vigueur et prévoit encore la détention obligatoire d’un étranger visé par un certificat de sécurité.

Detention provisions of IRPA and the Charter

[86] In view of my determination to grant a constitutional exemption to Mr. Jaballah from continuing detention under subsection 82(2) of IRPA unless there be a review of the detention and an order for its continuance by a judge, there is no necessity to deal with the alternative issue raised on his behalf, that is that the provision concerning detention be struck down on constitutional grounds, as infringing on subsection 15(1) equality rights secured by the Charter. Thus, I make no decision about validity of subsection 82(2) in light of subsection 15(1) of the Charter.

[87] The effect of this decision is to provide that detention under subsection 82(2) after a long term without judicial review, shall be continued only by a judge's order after review in relation to the same terms as are applicable under subsection 83(3) in the case of a permanent resident similarly detained.

Review of Mr. Jaballah's detention

[88] I adopt the terms of subsection 83(3) by analogy as the appropriate standards for review of Mr. Jaballah's detention. Those terms are that:

83. . . .

(3) A judge shall order the detention to be continued if satisfied that the permanent resident continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

[89] The evidence before me in this application for release, in my opinion, is unequivocal that Mr. Jaballah continues to be a danger to national security. That was the evidence of P.G. He and counsel referred to contextual documentary evidence concerning terrorists generally, including Islamic extremists and others, and reports of the Director of CSIS to Parliament's committees. That documentary evidence did not relate directly to Mr. Jaballah, but it is relevant to the general context in the era of international terrorism today.

Les dispositions de la LIPR relatives à la détention et la Charte

[86] Compte tenu de ma décision d'accorder à M. Jaballah une exemption constitutionnelle du maintien en détention prévu par le paragraphe 82(2) de la LIPR à moins qu'un juge examine la détention et ordonne qu'elle se poursuive, il ne m'est pas nécessaire d'examiner l'argument subsidiaire soulevé en son nom, selon lequel la disposition relative à la détention devrait être invalidée pour des motifs constitutionnels, parce qu'elle contrevient aux droits à l'égalité garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte. Je ne me prononce donc pas sur la validité du paragraphe 82(2) de la LIPR au regard du paragraphe 15(1) de la Charte.

[87] Il en résulte qu'une détention fondée sur le paragraphe 82(2), qui s'est prolongée sans contrôle judiciaire, ne pourra se poursuivre que sur ordonnance d'un juge, après examen effectué selon les mêmes modalités que celles applicables, en vertu du paragraphe 83(3), au cas d'un résident permanent détenu pour les mêmes raisons.

Examen de la détention de M. Jaballah

[88] J'adopte par analogie les termes du paragraphe 83(3) en tant que normes de contrôle applicables à la détention de M. Jaballah. Le paragraphe 83(3) est ainsi rédigé :

83. [. . .]

(3) L'intéressé est maintenu en détention sur preuve qu'il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

[89] Selon moi, la preuve qui m'a été présentée dans la présente demande de mise en liberté montre sans équivoque que M. Jaballah constitue toujours un danger pour la sécurité nationale. C'était là le témoignage de P.G. Lui et les avocats se sont référés à une preuve documentaire contextuelle concernant les terroristes en général, notamment les extrémistes islamiques et autres, ainsi qu'à des rapports du directeur du SCRS présentés à des comités parlementaires. Cette preuve documentaire ne se rapportait pas directement à M. Jaballah, mais elle concerne le contexte général du terrorisme international tel qu'il existe aujourd'hui.

[90] In response to that, counsel for Mr. Jaballah urge consideration of several factors, including

(1) the opinion of CSIS expressed by P.G., is said to be unfounded;

(2) the absence of any evidence of Mr. Jaballah's involvement in any activities threatening Canada's national security after the first certificate against him was quashed;

(3) any danger he might have posed in 1999 should now be effectively eliminated by publicity and by his lengthy detention, as an alleged terrorist;

(4) Al-Qaida and Egyptian Al Jihad have presumably undergone changes since 1999 and whatever links Mr. Jaballah may have had with them can probably not be restored;

(5) the Court has capacity to craft terms and conditions for his release and those would inevitably be supplemented by continuous surveillance by security service staff; and

(6) the circumstances of those persons who have been detained under security certificates in recent years is indicative of racial profiling by CSIS.

[91] Only the first of these considerations responds directly to the issue of whether Mr. Jaballah constitutes a danger to national security, the key issue for considering his continuing detention. I am not persuaded the opinion expressed by P.G. is unfounded. There is evidence and information in the public record, and more in the confidential record that would support the assessment of P.G., an assessment I accept for this review. A number of the other considerations concern the measure of possible threat Mr. Jaballah poses and they are observations made essentially in the absence of evidence. I acknowledge the Court has capacity to devise terms and conditions for release (*Re Charkaoui*) but here no persuasive argument was made that this could or should be done when there is a threat to national security. I must add, in relation to the last of the considerations suggested, there is no evidence at all of

[90] En réponse à cela, l'avocat de M. Jaballah insiste sur la prise en compte de plusieurs facteurs, notamment les suivants :

1) l'opinion du SCRS exprimée par P.G. serait infondée;

2) l'absence de preuve d'une participation de M. Jaballah à des activités menaçant la sécurité nationale du Canada après l'annulation du premier certificat délivré contre lui;

3) le danger qu'il a pu poser en 1999 devrait aujourd'hui en réalité être éliminé par la publicité et par sa longue détention à titre de présumé terroriste;

4) Al-Qaida et le Djihad égyptien ont vraisemblablement évolué depuis 1999 et les liens que M. Jaballah a pu avoir avec eux ne peuvent sans doute plus être rétablis;

5) la Cour a le pouvoir d'établir les modalités de sa mise en liberté et lesdites modalités seraient inévitablement accompagnées d'une surveillance constante de la part du personnel du Service;

6) la situation des personnes qui ont été détenues ces dernières années en vertu de certificats de sécurité atteste un profilage racial de la part du SCRS.

[91] Seul le premier de ces facteurs touche directement le point de savoir si M. Jaballah constitue un danger pour la sécurité nationale, soit le point essentiel pouvant justifier le maintien de sa détention. Je ne suis pas convaincu que l'avis exprimé par P.G. est infondé. Le dossier public renferme des preuves et des renseignements, et le dossier confidentiel encore davantage, qui tendent à confirmer l'évaluation de P.G., évaluation que j'accepte aux fins du présent examen. Plusieurs des autres facteurs concernent la mesure de la menace que constitue M. Jaballah, et il s'agit d'observations faites essentiellement en l'absence de preuve. Je reconnais que la Cour a la possibilité d'établir les modalités d'une mise en liberté (voir *Re Charkaoui*), mais il n'a été avancé ici aucun argument persuasif selon lequel cela pourrait ou devrait être fait alors qu'il existe une menace pour la sécurité nationale. Je dois ajouter,

racial profiling by CSIS in its task of assessing who may pose a threat to national security. The fact that only foreign nationals of Arabic descent, and presumably of Muslim religious faith, are currently held in detention, if that is the case, is not evidence that CSIS work is concerned only or primarily with persons with those qualities.

[92] Finally, I add for the record that my determination, on the evidence and arguments adduced in these certificate proceedings and in this application for release, that Mr. Jaballah continues to be a danger to national security is a decision at this stage made on the record before me. It is not a decision on the issue of the reasonableness of the security certificate. That issue will be addressed after hearing further evidence, for the presentation of which leave has been granted.

### Conclusion

[93] As earlier indicated, at paragraph 10 of these reasons, the several conclusions reached in this application for release from detention, which have now been set out by separate order, are:

(i) This Court has authority to consider the application for release from detention made pursuant to the Charter and the *Constitution Act, 1982*.

(ii) In the circumstances of this case, the long continuing detention of Mr. Jaballah under subsection 82(2) of IRPA, as a foreign national, without statutory opportunity for review of that detention, pending consideration of the reasonableness of the Ministers' certificate, results in loss of his right to equality before the law and his right to equal benefit of the law on a discriminatory basis with respect to his immigration status, contrary to subsection 15(1) of the Charter when compared with the circumstances for a permanent resident similarly detained under a security certificate under section 83 of IRPA.

s'agissant du dernier des facteurs proposés, qu'il n'est nullement établi que le SCRS recourt au profilage racial pour savoir si tel ou tel individu pose une menace pour la sécurité nationale. Le fait que seuls des étrangers d'origine arabe et sans doute de religion musulmane soient actuellement détenus, si tel est le cas, n'est pas la preuve que le SCRS s'intéresse uniquement ou principalement aux personnes présentant de tels attributs.

[92] Finalement, j'ajouterai pour mémoire que, eu égard aux témoignages et arguments produits dans la procédure du certificat de sécurité et la demande de mise en liberté, ma décision selon laquelle M. Jaballah constitue toujours un danger pour la sécurité nationale est à ce stade une décision rendue d'après le dossier que j'ai devant moi. Il ne s'agit pas d'une décision sur le caractère raisonnable ou non du certificat de sécurité. Cet aspect sera examiné après audition de témoignages complémentaires, dont la production a été autorisée.

### Dispositif

[93] Comme je l'ai dit plus haut, au paragraphe 10 des présents motifs, les nombreuses conclusions auxquelles je suis arrivé à l'égard de la demande de mise en liberté et qui apparaissent maintenant dans une ordonnance distincte, sont les suivantes :

i) La Cour a le pouvoir d'examiner la demande de mise en liberté présentée en vertu de la Charte et de la *Loi constitutionnelle de 1982*;

ii) Eu égard aux circonstances de la présente affaire, la longue détention de M. Jaballah en application du paragraphe 82(2) de la LIPR, en tant qu'étranger, sans la possibilité d'un contrôle judiciaire de cette détention jusqu'à ce qu'il soit statué sur le caractère raisonnable du certificat des ministres, conduit à le priver de son droit à l'égalité devant la loi et de son droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, et cela en raison d'une discrimination fondée sur son statut en matière d'immigration, en violation du paragraphe 15(1) de la Charte, si l'on compare la situation de M. Jaballah à celle d'un résident permanent qui serait pareillement détenu en vertu d'un certificat de sécurité selon l'article 83 de la Loi;

(iii) Those circumstances warrant, as a remedy under subsection 24(1) of the Charter, an exemption from the continuing application of subsection 82(2) of IRPA unless his detention is ordered by a judge, in this proceeding this judge, following review of his detention on the same grounds as are applicable, in the case of a permanent resident similarly detained, under subsection 83(3) of IRPA, that is:

83. . . .

(3) A judge shall order the detention to be continued if satisfied that the permanent resident continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

(iv) Upon considering this application, the evidence adduced and submissions made, I am satisfied that Mr. Jaballah continues to be a danger to national security, and thus his detention should be continued pending further order.

(v) This application for release from detention by Mr. Jaballah is dismissed.

(vi) The provisions for detention under sections 82-85 of IRPA have been held by the Court of Appeal not to infringe upon rights guaranteed by sections 7, 9 and 12 of the Charter. This Court is bound by those decisions. No determination is made about the constitutional validity of subsection 82(2) of IRPA in light of subsection 15(1) of the Charter, and that provision of the Act remains in force.

(vii) Costs sought by Mr. Jaballah on a solicitor-and-client basis were not addressed when this matter was heard. Costs on that basis are not awarded. The matter of costs on this application may be addressed by counsel at the conclusion of the proceedings.

iii) Ces circonstances justifient, à titre de réparation selon le paragraphe 24(1) de la Charte, une exemption de l'application continue du paragraphe 82(2) de la LIPR, à moins que la détention de M. Jaballah ne soit ordonnée par un juge, en l'occurrence le juge soussigné, après examen de cette détention selon les mêmes conditions que celles applicables au cas d'un résident permanent pareillement détenu, c'est-à-dire selon les conditions prévues par le paragraphe 83(3) de la LIPR, ainsi formulé :

83. [ . . . ]

(3) L'intéressé est maintenu en détention sur preuve qu'il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

iv) Après examen de la demande, de la preuve produite et des arguments avancés, je suis convaincu que M. Jaballah constitue toujours un danger pour la sécurité nationale et que sa détention devrait donc être maintenue jusqu'à nouvelle ordonnance;

v) La demande de mise en liberté de M. Jaballah est rejetée;

vi) La Cour d'appel a jugé que les dispositions relatives à la détention, soit les articles 82 à 85 de la LIPR, ne portent pas atteinte aux droits garantis par les articles 7, 9 et 12 de la Charte. La Cour est liée par les décisions de la Cour d'appel. La Cour n'exprime aucun avis sur la validité constitutionnelle du paragraphe 82(2) de la LIPR au regard du paragraphe 15(1) de la Charte, et cette disposition de la LIPR demeure en vigueur.

vii) Les dépens avocat-client demandés par M. Jaballah n'ont pas été abordés lorsque l'affaire en l'espèce a été instruite. Il n'est pas adjugé de dépens avocat-client. La question des dépens afférents à la présente demande pourra être plaidée par les avocats à l'issue de l'instance.