

A-380-11
2011 FCA 294

A-380-11
2011 CAF 294

Mohamed Zeki Mahjoub (*Appellant*)

Mohamed Zeki Mahjoub (*appelant*)

v.

c.

**The Minister of Immigration and Citizenship, the
Minister of Public Safety** (*Respondents*)

**Le ministre de l'Immigration et de la Citoyenneté, le
ministre de la Sécurité publique** (*intimés*)

**INDEXED AS: MAHJOUB v. CANADA (CITIZENSHIP AND
IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : MAHJOUB c. CANADA (CITOYENNETÉ ET
IMMIGRATION)**

Federal Court of Appeal, Létourneau, Sharlow and
Dawson J.J.A.—Ottawa, October 24, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Sharlow et
Dawson, J.C.A.—Ottawa, 24 octobre 2011.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Appeal from Federal Court interlocutory judgment rendered during Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 77 proceedings — Crown seeking to quash appeal for want of jurisdiction — Appellant, subject of s. 77 certificate referred to Federal Court to determine reasonableness thereof but determination not yet made — In course of s. 77 proceedings, Crown coming into possession of documents belonging to appellant's counsel which appellant claiming subject to solicitor-client privilege, litigation privilege — Documents at issue becoming co-mingled with those of Crown — Appellant moving for permanent stay of proceedings on basis of breach of privilege under Canadian Charter of Rights and Freedoms but Crown opposing motion — Federal Court concluding that, in order to determine remedy, if any, co-mingled documents at issue would have to be separated, returned to respective parties to make submissions on alleged prejudice — IRPA, s. 79 barring appeal from interlocutory judgment in relation to s. 77 proceedings — Appellant arguing that Federal Court order invalid, rendered without jurisdiction since violating fundamental constitutional rights (solicitor-client privilege) — Crown claiming that IRPA, s. 79 barring appellant's appeal, that statutory bar cannot be circumvented merely by raising constitutional argument, casting decision as one going to jurisdiction — Order sought to be appealed clearly interlocutory decision — Case law appellant submitting to establish that statutory bar not applicable in present case distinguished — Decision sought to be appealed not constituting judicial act separate, divisible from s. 77 proceedings but rather rendered in course of managing s. 77 proceedings — Therefore, decision cannot be separated therefrom — Nothing in present case justifying that Federal Court of Appeal fail to respect statutory bar — Immunization of Federal Court's decision from appellant scrutiny would not undermine rule of law or public confidence in due administration of justice — Allowing appeal would result in unacceptable fragmentation of Federal

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel d'un jugement interlocutoire de la Cour fédérale rendu dans une instance introduite en vertu de l'art. 77 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) — Sa Majesté cherchait à faire annuler l'appel pour défaut de compétence — L'appellant fait l'objet d'un certificat qui a été déposé à la Cour fédérale en vertu de l'art. 77 de la LIPR en vue de déterminer si ce certificat est raisonnable, mais cette instance est toujours en cours — Au cours de l'instance introduite en vertu de l'art. 77, Sa Majesté a obtenu des documents appartenant à l'avocat de l'appellant qui, selon ce qu'affirme l'appellant, sont protégés par le secret professionnel de l'avocat et par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès — Les documents en cause ont été amalgamés avec d'autres documents appartenant à Sa Majesté — L'appellant a déposé une requête en vue d'obtenir la suspension permanente de l'instance, fondée sur une violation d'un privilège fondamental auquel il a droit en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés, mais Sa Majesté a contesté la requête — La Cour fédérale a conclu que pour pouvoir déterminer la réparation appropriée, le cas échéant, il serait nécessaire de scinder les documents qui avaient été amalgamés et de les restituer aux parties pour qu'elles soient en mesure de formuler des observations sur le présumé préjudice — L'art. 79 de la LIPR interdit d'interjeter appel d'un jugement interlocutoire dans le cadre d'une instance introduite en vertu de l'art. 77 — L'appellant a fait valoir que l'ordonnance de la Cour fédérale était invalide et avait été rendue sans compétence, étant donné qu'elle violait ses droits constitutionnels fondamentaux (droit au secret professionnel de l'avocat) — Sa Majesté soutenait que l'art. 79 de la LIPR interdisait à l'appellant d'interjeter appel, et que l'appellant ne pouvait se soustraire à l'irrecevabilité à laquelle la loi assujettit l'appel du seul fait qu'il soulève un argument constitutionnel et qu'il soutient que la décision a trait à la compétence — Il est évident que l'ordonnance dont on

Court proceeding to determine reasonableness of certificate, would require making decision on basis of incomplete factual foundation — Appeal quashed.

cherchait à faire appel est une décision interlocutoire — La jurisprudence citée par l'appelant pour établir que l'irrecevabilité prévue par la loi ne devrait pas s'appliquer n'avait rien en commun avec la présente affaire — La décision dont on cherchait à faire appel n'était pas un acte judiciaire dissociable de l'instance prévue à l'art. 77, mais elle a plutôt été rendue dans le cours de la gestion de l'instance introduite en vertu de l'art. 77 — Par conséquent, cette décision ne pouvait en être dissociée — Il n'y avait rien en l'espèce qui justifierait la Cour d'appel fédérale de ne pas respecter l'irrecevabilité prévue par la loi — Le fait de mettre la décision de la Cour fédérale à l'abri du contrôle de l'appelant ne porterait pas atteinte au principe de la primauté du droit, ni ne minerait la confiance du public envers la bonne administration de la justice — Permettre au présent appel de suivre son cours se solderait par une fragmentation inacceptable d'une instance au cours de laquelle la Cour fédérale est appelée à se prononcer sur le caractère raisonnable du certificat et obligerait la Cour à rendre une décision sur la base d'un fondement factuel qui est incomplet — Appel annulé.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 8, 24.
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 27(1)(a) (as am. *idem*, s. 34), (c) (as am. *idem*).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 74(d), 77 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), 79 (as am. *idem*), 82 (as am. *idem*), 82.1 (as enacted *idem*), 82.2 (as enacted *idem*), 82.3 (as enacted *idem*).

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Citizenship and Immigration) v. Huntley, 2011 FCA 273, [2012] 3 F.C.R. 118, 32 Admin. L.R. (5th) 177, 2 Imm. L.R. (4th) 1.

DISTINGUISHED:

Subhaschandran v. Canada (Solicitor General), 2005 FCA 27, [2005] 3 F.C.R. 255, 249 D.L.R. (4th) 269, 50 Imm. L.R. (3d) 119; *Zündel (Re)*, 2004 FCA 394, 331 N.R. 180; *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 126 C.R.R. (2d) 298; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, (1997), 151 D.L.R. (4th) 119, 1 Admin. L.R. (3d) 1.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8, 24.
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 74d), 77 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 79 (mod., *idem*), 82 (mod., *idem*), 82.1 (édicte, *idem*), 82.2 (édicte, *idem*), 82.3 (édicte, *idem*).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 27(1)a) (mod., *idem*, art. 34), c) (mod., *idem*).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Huntley, 2011 CAF 273, [2012] 3 R.C.F. 118.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Subhaschandran c. Canada (Solliciteur général), 2005 CAF 27, [2005] 3 R.C.F. 255; *Zündel (Re)*, 2004 CAF 394; *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391.

CONSIDERED:

Zundel v. Canada, 2004 FCA 145, [2004] 3 F.C.R. 638, 238 D.L.R. (4th) 498, 35 Imm. L.R. (3d) 1; *Zündel v. Canada (Human Rights Commission)*, [2000] 4 F.C. 255, (2000), 25 Admin. L.R. (3d) 135, 256 N.R. 125 (C.A.).

REFERRED TO:

Lazareva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2005 FCA 181, 335 N.R. 21; *Edwards v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 176, 335 N.R. 181; *Froom v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 331, 30 Imm. L.R. (3d) 1, 312 N.R. 282.

APPEAL from a Federal Court interlocutory judgment (*Mahjoub (Re)*) (October 4, 2011), DES-7-08) rendered in an *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 77 proceeding whereby the appellant sought a permanent stay of the proceedings. Appeal quashed.

APPEARANCES

Johanne Doyon for appellant.
Donald A. MacIntosh, James Todd and *Hillary Adams* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Doyon & Associés, Montréal, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] SHARLOW J.A.: This proceeding is an appeal of an interlocutory judgment of the Federal Court dated October 4, 2011 [*Mahjoub (Re)*, DES-7-08], rendered in a proceeding under section 77 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA). The Crown seeks to quash the appeal for want of jurisdiction. The appellant Mr. Mahjoub opposes the motion on the basis that this Court has the jurisdiction to entertain the appeal. For the reasons that follow, I have concluded that the appeal should be quashed.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Zundel c. Canada, 2004 CAF 145, [2004] 3 R.C.F. 638; *Zündel c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2000] 4 C.F. 255 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Lazareva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CAF 181; *Edwards c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 176; *Froom c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 331.

APPEL d'un jugement interlocutoire de la Cour fédérale (*Mahjoub (Re)*) (4 octobre 2011), DES-7-08) rendu dans une instance introduite en vertu de l'art. 77 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* par lequel l'appelant cherchait à obtenir la suspension permanente de l'instance. Appel annulé.

ONT COMPARU

Johanne Doyon pour l'appelant.
Donald A. MacIntosh, James Todd et *Hillary Adams* pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Doyon & Associés, Montréal, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Il s'agit en l'espèce de l'appel d'un jugement interlocutoire prononcé le 4 octobre 2011 [*Mahjoub (Re)*, DES-7-08] par la Cour fédérale dans une instance introduite en vertu de l'article 77 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Sa Majesté cherche à faire annuler l'appel pour défaut de compétence. L'appelant, M. Mahjoub, s'oppose à la requête au motif que la Cour a compétence pour statuer sur l'appel. Pour les motifs qui suivent, je suis arrivée à la conclusion que l'appel devait être annulé.

Procedural background

[2] The notice of appeal in this matter was filed on October 13, 2011. On October 18, 2011, Mr. Mahjoub submitted a notice of motion, supported by a two-volume motion record, seeking a stay of the October 4, 2011 order pending the disposition of this appeal. That motion record has not yet been accepted for filing.

[3] Meanwhile the Crown, presumably after having been served with the notice of appeal, sent a letter dated October 17, 2011 to the Court, submitting that the notice of appeal should not be filed because the Court has no jurisdiction to entertain it. Mr. Mahjoub responded with a letter dated October 17, 2011, submitting that the Court has the jurisdiction to entertain the appeal. By letter dated October 18, 2011, the Crown replied to Mr. Mahjoub's submission.

[4] On October 19, 2011, I directed that a three-judge panel of this Court would determine the question of whether the appeal should be quashed, and that the determination would be made without an oral hearing on the basis of the letters referred to above. At the same time, I made an order staying the October 4, 2011 order of the Federal Court pending that determination.

[5] Mr. Mahjoub responded to the direction with a letter objecting to this matter being determined without an oral hearing, and also pointing out that the issue of Mr. Mahjoub's right to appeal is also addressed in the submissions contained in the motion record submitted October 13, 2011. The Crown argues that no oral hearing is necessary.

[6] I remain of the view that no oral hearing is necessary. I will, however, take into account the submissions of Mr. Mahjoub in his motion record that relate to the issue of the Court's jurisdiction to entertain the appeal.

Contexte procédural

[2] L'avis d'appel a été déposé dans la présente affaire le 13 octobre 2011. Le 18 octobre 2011, M. Mahjoub a soumis un avis de requête appuyé par un dossier de requête comprenant deux volumes. Il réclamait un sursis à l'exécution de l'ordonnance du 4 octobre 2011 en attendant que le présent appel ait été tranché. Le dépôt de ce dossier de requête n'a pas encore été accepté.

[3] Dans l'intervalle, Sa Majesté a, vraisemblablement après avoir reçu signification de l'avis d'appel, adressé à la Cour une lettre en date du 17 octobre 2011 dans laquelle elle soutenait que l'avis d'appel ne devait pas être déposé étant donné que la Cour n'avait pas compétence pour l'examiner. M. Mahjoub a répondu par lettre datée du 17 octobre 2011, que la Cour avait compétence pour statuer sur l'appel. Par lettre datée du 18 octobre 2011, Sa Majesté a répondu à l'argument de M. Mahjoub.

[4] Le 19 octobre 2011, j'ai ordonné la constitution d'une formation collégiale de trois juges de notre Cour qui serait chargée de trancher la question de savoir si l'appel devrait être annulé et j'ai précisé que cette décision serait rendue sur dossier, sans audience, sur le fondement des lettres susmentionnées. Le même jour, j'ai prononcé une ordonnance sursoyant à l'exécution de l'ordonnance du 4 octobre 2011 de la Cour fédérale en attendant qu'une décision soit rendue.

[5] M. Mahjoub a répondu à ces directives en soumettant une lettre dans laquelle il s'opposait à ce que cette question soit tranchée sur dossier sans audience et dans laquelle il soulignait également que la question de son droit d'interjeter appel était également abordée dans les observations contenues dans le dossier de requête soumis le 13 octobre 2011. Sa Majesté soutient qu'aucune audience n'est nécessaire.

[6] Je suis toujours d'avis qu'aucune audience n'est nécessaire. Je vais cependant tenir compte des observations formulées par M. Mahjoub dans son dossier de requête au sujet de la question de la compétence de la Cour pour statuer sur l'appel.

Statutory provisions

[7] Pursuant to paragraphs 27(1)(a) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 34] and (c) [as am. *idem*] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], an appeal lies to this Court from any final or interlocutory judgment of the Federal Court.

[8] However, that right of appeal may be barred by other statutes. There are numerous such provisions in the IRPA. In some cases involving the IRPA, an appeal of a final judgment of the Federal Court is barred unless the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question. For example, a certified question is required by paragraph 74(d) to appeal a final judgment on an application for judicial review of a decision, determination or order made under the IRPA, by section 79 to appeal a determination of the Federal Court as to the reasonableness of a certificate issued under section 77, and by section 82.3 [as enacted by S.C. 2008, c. 3, s. 4] to appeal a final judgment in a detention review proceeding under any of sections 82 to 82.2 [ss. 82 (as am. *idem*), 82.1 (as enacted *idem*), 82.2 (as enacted *idem*)].

[9] Of more importance to this case are the provisions of the IRPA that bar an appeal of an interlocutory judgment. The relevant provision in this case is section 79 [as am. *idem*], which bars an appeal of an interlocutory judgment in relation to proceedings to determine the reasonableness of a certificate issued under section 77.

[10] There have been instances in which this Court has found a statutory bar to be inapplicable to an appeal that is *prima facie* within its scope. For example, in *Subhaschandran v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 27, [2005] 3 F.C.R. 255, this Court entertained an appeal from an adjournment which, in the particular factual circumstances, was interpreted as a refusal by the Federal Court Judge to exercise his jurisdiction and

Dispositions législatives applicables

[7] Aux termes des alinéas 27(1)a) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 34] et c) [mod., *idem*] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], il peut être interjeté appel devant notre Cour d'un jugement définitif ou d'un jugement interlocutoire de la Cour fédérale.

[8] Cependant, d'autres lois peuvent faire obstacle à ce droit d'appel. Il existe de nombreuses dispositions en ce sens dans la LIPR. Dans certains cas mettant en cause la LIPR, il ne peut être interjeté appel d'un jugement définitif de la Cour fédérale que si le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci. Par exemple, la certification d'une question est exigée par l'alinéa 74d) pour pouvoir interjeter appel d'un jugement définitif consécutif au contrôle judiciaire d'une décision ou d'une ordonnance prononcée en vertu de la LIPR, par l'article 79, pour pouvoir interjeter appel d'une décision rendue par la Cour fédérale sur le caractère raisonnable du certificat déposé en vertu de l'article 77, et par l'article 82.3 [édicte par L.C. 2008, ch. 3, art. 4], pour pouvoir interjeter appel d'un jugement définitif rendu au titre de l'un des articles 82 à 82.2 [art. 82 (mod., *idem*), 82.1 (édicte, *idem*), 82.2 (édicte, *idem*)] dans le cadre d'une instance portant sur le contrôle de la détention.

[9] Les dispositions de la LIPR qui interdisent d'interjeter appel d'un jugement interlocutoire revêtent une plus grande importance dans le cas qui nous occupe. En l'espèce, la disposition pertinente est l'article 79 [mod., *idem*], qui prévoit que ne sont pas susceptibles d'appel les décisions interlocutoires rendues dans le cadre d'une instance portant sur le caractère raisonnable d'un certificat déposé en vertu de l'article 77.

[10] Il existe des cas dans lesquels la Cour a jugé que l'interdiction d'interjeter appel prévue par la loi ne s'appliquait pas à un appel qui relevait à première vue de sa compétence. Ainsi, dans l'affaire *Subhaschandran c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 27, [2005] 3 R.C.F. 255, la Cour a statué sur l'appel d'une décision accordant un ajournement qui, eu égard aux circonstances factuelles particulières de l'espèce, avait été

decide the case. This Court has also held that a statutory bar to an appeal does not preclude a party from challenging a decision on the basis of an allegation of a reasonable apprehension of bias on the part of the judge (see, for example, *Zündel (Re)*, 2004 FCA 394, 331 N.R. 180).

[11] However, most attempts to avoid a statutory bar to an appeal fail. The most recent example is *Canada (Citizenship and Immigration) v. Huntley*, 2011 FCA 273, [2012] 3 F.C.R. 118. Paragraph 7 of the reasons for decision in that case read as follows:

We agree that, despite the apparently plain language of paragraph 74(d), Parliament cannot have intended to immunize alleged errors from appellate scrutiny which, if not subject to review, would undermine the rule of law and public confidence in the due administration of justice. However, in our view, the errors that the Judge is alleged to have committed in this case do not fall within this narrow category.

[12] A statutory bar to an appeal cannot be avoided merely by an allegation that the decision sought to be appealed is based on one or more errors of law that are sufficiently egregious that an appeal would certainly succeed if it were entertained: see *Lazareva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 181, 335 N.R. 21, and *Edwards v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 176, 335 N.R. 181.

Facts

[13] Mr. Mahjoub is the subject of a certificate issued under section 77 of the IRPA which was referred to the Federal Court. Proceedings to determine the reasonableness of the certificate have been commenced before Justice Blanchard but have not yet been concluded.

[14] In the course of the section 77 proceedings, the Crown came into possession of documents belonging to

interprétée comme un refus du juge de la Cour fédérale d'exercer sa compétence et de rendre une décision. La Cour a également jugé que les dispositions d'une loi qui rendent irrecevable un appel n'empêchent pas une partie de contester une décision pour cause de crainte raisonnable de partialité de la part du juge (voir, par exemple, l'arrêt *Zündel (Re)*, 2004 CAF 394).

[11] Il n'en demeure pas moins que la plupart des tentatives visant à se soustraire à une interdiction d'interjeter appel prévue par la loi sont vouées à l'échec. L'exemple le plus récent est l'affaire *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Huntley*, 2011 CAF 273, [2012] 3 R.C.F. 118. Voici ce qu'on trouve au paragraphe 7 des motifs de la décision rendue dans cette affaire :

Nous sommes d'accord pour dire que, malgré le libellé apparemment clair de l'alinéa 74d), le législateur ne pouvait avoir l'intention de mettre à l'abri de tout examen en appel des erreurs qui, si elles échappaient à tout examen, auraient pour effet d'ébranler le principe de la primauté du droit et de miner la confiance du public envers la bonne administration de la justice. Nous estimons toutefois que les erreurs que le juge aurait commises en l'espèce n'entrent pas dans cette catégorie étroite.

[12] On ne peut se soustraire à une interdiction d'interjeter appel prévue par la loi en se contentant d'alléguer que la décision dont on veut faire appel est fondée sur une ou sur plusieurs erreurs de droit qui sont suffisamment flagrantes pour qu'on puisse affirmer que l'appel serait certainement accueilli s'il était jugé (*Lazareva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 181, et *Edwards c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 176).

Les faits

[13] M. Mahjoub fait l'objet d'un certificat qui a été déposé à la Cour fédérale en vertu de l'article 77 de la LIPR. Une instance a été introduite devant le juge Blanchard en vue de répondre à la question de savoir si ce certificat est raisonnable. Cette instance est toujours en cours.

[14] Au cours de l'instance introduite en vertu de l'article 77, Sa Majesté a obtenu des documents

counsel for Mr. Mahjoub which contain information that Mr. Mahjoub says is subject to solicitor and client privilege and litigation privilege. The documents in issue became commingled with documents belonging to the Crown. Mr. Mahjoub brought a motion before Justice Blanchard for a permanent stay of the proceedings on the basis of sections 7, 8 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 Crown opposed the motion.

[15] Justice Blanchard heard the motion on October 3, 2011 and reserved his decision. It appears that in the course of the hearing, Justice Blanchard concluded that in order to determine the remedy, if any, that would be appropriate in the circumstances, it would be necessary to have the commingled documents separated and returned to the respective parties so that they would be in a position to make specific submissions on the nature and extent of the alleged prejudice. In that context, Justice Blanchard made the order under appeal on October 4, 2011. It reads as follows:

1. The parties are to attend before Prothonotary Aalto at 9:30 a.m., on Wednesday October 5, 2011, at the Federal Court in Toronto, Ontario, for the purpose of developing a protocol for the separation of the co-mingled documents. The protocol shall be established by Prothonotary Aalto, in consultation with the parties. It shall permit the separation of the documents in a manner that will limit prejudice to the parties.
2. Each party is to designate a person or persons, not a Solicitor of record, who is able to identify the documents belonging to the party for the purpose of dividing the co-mingled documents in the presence and under the supervision of the Prothonotary pursuant to the protocol to be established for that purpose.
3. The person or persons so designated by each party shall thereafter be excluded from the respective litigation teams and shall be prohibited from communicating with

appartenant à l'avocat de M. Mahjoub qui renferment des renseignements qui, selon ce qu'affirme M. Mahjoub, sont protégés par le secret professionnel de l'avocat et par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès. Les documents en cause ont été amalgamés avec d'autres documents appartenant à Sa Majesté. M. Mahjoub a saisi le juge Blanchard d'une requête en vue d'obtenir la suspension permanente de l'instance en vertu des articles 7 et 8 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]]. Sa Majesté a contesté la requête.

[15] Le juge Blanchard a entendu la requête le 3 octobre 2011 et a mis l'affaire en délibéré. Il semble qu'au cours de l'audience, le juge Blanchard ait conclu que pour pouvoir déterminer quelle réparation serait, le cas échéant, appropriée dans les circonstances, il serait nécessaire de scinder les documents qui avaient été amalgamés et de les restituer aux parties pour qu'elles soient en mesure de formuler des observations spécifiques sur la nature et l'ampleur du présumé préjudice. Dans ce contexte, le juge Blanchard a rendu le 4 octobre 2011 l'ordonnance faisant l'objet du présent appel. En voici le texte :

[TRADUCTION]

1. Les parties doivent se présenter devant le protonotaire Aalto à 9 h 30, le mercredi 5 octobre 2011, à la Cour fédérale, à Toronto (Ontario), en vue d'établir un protocole pour la séparation des documents qui ont été amalgamés. Le protocole en question sera établi par le protonotaire Aalto en collaboration avec les parties. Il permettra de scinder les documents de façon à limiter le préjudice que pourraient subir les parties.
2. Chacune des parties doit désigner une ou plusieurs personnes ne faisant pas partie des avocats inscrits au dossier et en mesure d'identifier les documents appartenant à la partie en question en vue de scinder les documents qui ont été amalgamés en présence du protonotaire et sous sa surveillance conformément au protocole établi à cette fin.
3. La ou les personnes ainsi désignée(s) par chacune des parties sera(seront) exclue(s) de l'équipe du contentieux de chacune des parties et il lui(leur) sera interdit de

anyone about the nature or content of the materials reviewed for the above stated purpose and shall sign an undertaking to that effect with the Court.

communiquer avec qui que ce soit au sujet de la nature ou du contenu des pièces examinées aux fins susmentionnées et elle(s) devra(devront) signer un engagement en ce sens devant la Cour.

4. The separated documents are to be returned to the respective parties.
 5. The parties may make further argument on the nature and extent of any alleged prejudice before the designated judge. To that end Mr. Mahjoub may prepare a description of any of the returned documents relied upon to demonstrate that prejudice, which description shall not disclose any substantive information that would be subject to solicitor-client or litigation privilege.
 6. Prothonotary Aalto shall review and approve any description prepared by Mr. Mahjoub against the document prior to the description being filed with the Court.
 7. Upon the separation of documents, Prothonotary Aalto shall file a report on the protocol followed to separate the documents. He may, in the exercise of his discretion, also report on any other matter relating to the within order.
 8. In the event of a dispute arising with respect to the interpretation of the within order, the parties are free to return to the Court for direction.
4. Les documents ainsi scindés devront être rendus à chacune des parties.
 5. Les parties peuvent formuler d'autres observations au sujet de la nature et de l'ampleur de tout présumé préjudice devant le juge désigné. À cette fin, M. Mahjoub peut dresser une liste des documents qui lui ont été remis et sur lesquels il se fonde pour faire la preuve de ce préjudice en s'assurant de ne révéler aucun renseignement important qui serait protégé par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès.
 6. Le protonotaire Aalto examinera et approuvera la liste dressée par M. Mahjoub en la comparant avec les documents correspondants avant d'autoriser le dépôt de cette liste devant la Cour.
 7. Une fois les documents scindés, le protonotaire Aalto soumettra un rapport écrit au sujet du protocole suivi pour scinder les documents. En vertu de son pouvoir discrétionnaire, il peut également rendre compte de toute autre question se rapportant à la présente ordonnance.
 8. En cas de différend au sujet de l'interprétation de la présente ordonnance, il sera loisible aux parties de s'adresser à nouveau à la Cour pour obtenir des directives.

[16] The record does not disclose whether the parties have sought further direction pursuant to section 8 of the order under appeal, and I assume they have not done so.

[16] Le dossier ne permet pas de savoir si les parties ont réclamé d'autres directives en vertu de l'article 8 de l'ordonnance visée par le présent appel et je suppose qu'elles ne l'ont pas fait.

[17] On October 13, 2011, Mr. Mahjoub filed a notice of appeal of the October 4, 2011 order. He seeks an order setting the order aside, requiring Justice Blanchard to determine the motion for a permanent stay on the basis of the submissions filed, and deferring the process of separating the documents until after Justice Blanchard determines the motion for a permanent stay.

[17] Le 13 octobre 2011, M. Mahjoub a déposé un avis d'appel de l'ordonnance du 4 octobre 2011. Il sollicite une ordonnance annulant l'ordonnance du 4 octobre 2011, enjoignant au juge Blanchard de trancher la requête en suspension permanente sur le fondement des observations déposées et reportant la séparation des documents jusqu'à ce que le juge Blanchard ait tranché la requête en suspension permanente.

[18] The notice of appeal sets out many grounds of appeal. Some of the grounds of appeal overlap. Some are difficult to follow, undoubtedly because they are

[18] De nombreux moyens d'appel sont articulés dans l'avis d'appel. Certains de ces moyens d'appel se recoupent. Certains sont difficiles à suivre, sans doute parce

intended to be explained in due course by more detailed submissions. Nevertheless, I will attempt to summarize them.

[19] The first ground of appeal asserts that the order under appeal is “not valid and rendered without jurisdiction” because, to the extent that it requires persons other than Mr. Mahjoub’s solicitors of record to view his privileged documents, his right to communicate in confidence with his legal adviser is breached, contrary to sections 7 and 8 of the Charter.

[20] The second and fifth grounds of appeal challenge the practicality, effectiveness, necessity or factual basis of the order under appeal.

[21] The third and sixth grounds of appeal appear to be based on the premise that the order under appeal necessarily requires Mr. Mahjoub to prove that he was prejudiced by the alleged breaches of privilege. The argument is that Mr. Mahjoub should be entitled to the benefit of a legal presumption of prejudice, so that the Crown as the party in breach has the onus of proving that the breach caused no prejudice.

[22] The fourth ground of appeal alleges a further breach of section 7 of the Charter, as well as section 24, on the basis that it is unfair to require an inspection of the documents to assess prejudice when it cannot be determined with precision what the Crown has seen and possibly disseminated.

[23] The seventh ground of appeal alleges that the order under appeal is based on a mistake of law in so far as it ignores the possibility that some of the documents that came into the possession of the Crown may be missing.

[24] At the risk of oversimplifying the position of Mr. Mahjoub, it seems to me that his fundamental complaint is that, through no fault of his own, he has suffered a breach of a fundamental privilege that is his constitutional right, and it is wrong in law to compel him

que l’auteur de l’avis d’appel a l’intention de les expliquer en temps et lieu en soumettant des observations plus détaillées. Je vais néanmoins tenter de les résumer.

[19] Le premier moyen d’appel indique que l’ordonnance frappée d’appel [TRADUCTION] « n’est pas valide et a été rendue sans compétence » étant donné que, dans la mesure où elle oblige d’autres personnes que les avocats inscrits au dossier de M. Mahjoub à examiner les documents protégés de M. Mahjoub, le droit de celui-ci de communiquer sous le sceau du secret avec son conseiller juridique a été enfreint, ce qui contrevient aux articles 7 et 8 de la Charte.

[20] Le deuxième et le cinquième moyens d’appel tendent à contester l’efficacité, l’utilité et le fondement factuel de l’ordonnance frappée d’appel.

[21] Le troisième et le sixième moyens d’appel semblent être fondés sur la prémisse que l’ordonnance visée par l’appel oblige nécessairement M. Mahjoub à démontrer que les présumées violations du secret lui ont causé un préjudice. M. Mahjoub affirme que la Cour devrait lui reconnaître le droit de bénéficier d’une présomption légale de préjudice de sorte qu’il incombe à Sa Majesté, en tant qu’auteur de la violation, de démontrer que cette violation n’a causé aucun préjudice.

[22] Par son quatrième moyen d’appel, l’appelant allègue une autre violation des articles 7 et 24 de la Charte au motif qu’il est injuste d’exiger que les documents soient inspectés pour déterminer si un préjudice a été causé alors qu’on ne peut établir avec précision ce que Sa Majesté a vu et a éventuellement diffusé.

[23] Selon son septième moyen d’appel, l’ordonnance frappée d’appel serait fondée sur une erreur de droit dans la mesure où elle méconnaît la possibilité que certains des documents que Sa Majesté a obtenus puissent être manquants.

[24] Au risque de trop simplifier la thèse de M. Mahjoub, il me semble que son grief essentiel consiste à dire qu’alors qu’il n’a commis aucune faute, il a subi une violation d’un privilège fondamental auquel il a droit en vertu de la Constitution et qu’il est erroné

to suffer a further breach of the same privilege in the search for an appropriate remedy.

Positions of the parties

[25] The Crown has moved to quash the appeal on the basis that the appeal is barred by section 79. The Crown's letter dated October 17, 2001 indicates that the Crown is relying on *Zundel v. Canada*, 2004 FCA 145, [2004] 3 F.C.R. 638, at paragraphs 23 to 27; *Froom v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 331; and *Zündel v. Canada (Human Rights Commission)*, [2000] 4 F.C. 255 (C.A.), at paragraphs 10 to 15. The first of these cases deals with unsuccessful attempts to appeal a decision in the face of a statutory bar in the IRPA. The third case deals with the general principle that, barring special circumstances, decisions made in the course of a hearing should not be challenged until the proceedings are concluded.

[26] Mr. Mahjoub, in his letter to the Court dated October 17, 2011, argues that this Court has the jurisdiction to entertain this appeal because the order sought to be appealed is "invalid and rendered without jurisdiction as it violates his fundamental rights such as his right to solicitor-client privilege and to have all his communications made in confidentiality with his lawyer respected (sections 7 and 8 of the *Charter*)". He relies on paragraphs 17 and 18 of *Subhaschandran* (cited above), which read as follows:

Other decisions which reinforce my view are those in which this Court has held that certain questions, including ones relating to jurisdiction, are appealable, even in the presence of the express removal of a right of appeal or right of judicial review on the main decision. In *Zündel (Re)*, 2004 FCA 394, Létourneau J.A. found an appeal based on reasonable apprehension of bias to be an exception to the privative clause precluding an appeal or judicial review from a determination of the reasonableness of a security certificate. Similarly, in *Narvey v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 235 N.R. 305 (F.C.A.), Noël J.A. allowed an appeal,

en droit de le contraindre à subir une autre violation du même privilège dans sa recherche d'une réparation appropriée.

Thèses des parties

[25] Sa Majesté a présenté une requête visant à faire annuler le présent appel au motif que celui-ci est irrecevable en raison de l'article 79. Dans sa lettre du 17 octobre 2011, Sa Majesté explique qu'elle se fonde sur les arrêts *Zundel c. Canada*, 2004 CAF 145, [2004] 3 R.C.F. 638, aux paragraphes 23 à 27; *Froom c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 331; et *Zündel c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2000] 4 C.F. 255 (C.A.), aux paragraphes 10 à 15. La première de ces affaires portait sur des tentatives infructueuses visant à interjeter appel d'une décision compte tenu d'une irrecevabilité prévue par la LIPR. La troisième affaire portait sur le principe général suivant lequel, à défaut de circonstances exceptionnelles, les décisions rendues au cours d'une audience ne devraient pas être contestées tant que l'instance n'est pas terminée.

[26] Dans la lettre qu'il a adressée à la Cour le 17 octobre 2011, M. Mahjoub fait valoir que la Cour a compétence pour statuer sur le présent appel parce que l'ordonnance dont il veut faire appel [TRADUCTION] « est invalide et a été rendue sans compétence étant donné qu'elle viole ses droits fondamentaux et notamment son droit au secret professionnel de l'avocat et son droit au respect de toutes les communications qu'il a échangées sous le sceau du secret avec son avocat (articles 7 et 8 de la Charte) ». Il invoque les paragraphes 17 et 18 de l'arrêt *Subhaschandran* précité :

D'autres décisions qui viennent appuyer mon point de vue ont été prises par notre Cour, qui a jugé que certaines questions, notamment les questions portant sur la compétence, sont susceptibles d'appel même en présence d'une suppression expresse du droit d'appel ou du droit au contrôle judiciaire de la décision principale. Dans l'arrêt *Zündel (Re)*, 2004 CAF 394, le juge Létourneau, J.C.A. a conclu qu'un appel fondé sur une crainte raisonnable de partialité faisait exception à la clause privative qui supprimait tout appel ou contrôle judiciaire de la décision portant sur le caractère raisonnable d'un certificat de sécurité. De la même façon, dans l'arrêt *Narvey c. Canada*

notwithstanding subsection 18(3) of the *Citizenship Act* [R.S.C., 1985, c. C-29]. He found that a judge's bias, if demonstrated, would result in a lack of jurisdiction to render a decision, and such decision would accordingly not be one "under" section 18 of the *Citizenship Act*.

I would therefore allow the appeal, set aside the order and send the matter back to the motions Judge with a direction that he proceed to expeditiously make a decision on the application for a stay. In the circumstances there will be no order as to costs.

[27] Mr. Mahjoub also cites paragraph 48 of *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, which reads as follows:

If it is agreed that the designated judge may, in the exercise of the powers conferred by sections 80 and 83 of the IRPA, make some decisions that are subject to appeal, then there should be no further question as to his jurisdiction to make them. It seems obvious to us that a decision on the constitutional validity of the IRPA has to do with the jurisdiction of the Court and not the reasonableness of the certificate, that it constitutes a separate, divisible judicial act, to repeat the words of the Court in *Tobiass [Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass]*, [1997] 3 S.C.R. 391, and that it is consequently appealable.

[28] The issue of Mr. Mahjoub's right to appeal is discussed more fully in paragraphs 31 to 40 of the submissions included in the motion record submitted in support of his motion for a stay of Justice Blanchard's order pending appeal. Those submissions read as follows:

The Appellant is filing a notice of appeal under subsection 27(1) of the *Federal Courts Act* from an Order of the Honourable Mr. Justice Blanchard dated October 4, 2011.

The Order under appeal was rendered in the context of the Appellant's motion record for a permanent stay of proceedings as a remedy pursuant to subsection 24(1) of the *Charter* and section 50 of the *Federal Courts Act* for the violation of his sections 7 and 8 rights under the *Charter*.

(*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*) (1999), 235 N.R. 305 (C.A.F.), le juge Noël, J.C.A. a accueilli un appel, nonobstant le paragraphe 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté* [L.R.C. (1985), ch. C-29]. Il a conclu que la partialité d'un juge, si elle est démontrée, constitue un défaut de compétence pour rendre une décision. Par conséquent, une décision rendue dans un tel cas ne tomberait pas sous le coup de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*.

Par conséquent, j'accueillerais l'appel, annulerais l'ordonnance et renverrais la question au juge des requêtes avec la directive de rendre une décision de façon expéditive sur la requête en sursis. Dans les circonstances, il n'y aura pas d'ordonnance quant aux dépens.

[27] M. Mahjoub cite également le paragraphe 48 de l'arrêt *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299 :

Si l'on accepte que le juge désigné puisse, dans l'exercice des pouvoirs conférés par les articles 80 et 83 de la LIPR, rendre des décisions susceptibles d'appel, sa compétence de les rendre ne devrait donc plus être remise en question. Or, il nous semble évident qu'une décision portant sur la constitutionnalité de la LIPR porte sur la juridiction de la Cour et non pas sur le caractère raisonnable du certificat, qu'elle constitue un acte judiciaire distinct et divisible, pour reprendre les mots de la Cour cités dans l'arrêt *Tobiass [Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass]*, [1997] 3 R.C.S. 391] et qu'elle est, en conséquence, susceptible d'appel.

[28] La question du droit d'appel de M. Mahjoub est analysée plus à fond aux paragraphes 31 à 40 des observations formulées dans le dossier de requête soumis à l'appui de sa requête en sursis à l'exécution de l'ordonnance du juge Blanchard en attendant l'issue de l'appel. Ces observations sont ainsi libellées :

[TRADUCTION]

L'appelant dépose, en vertu du paragraphe 27(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, un avis d'appel de l'ordonnance rendue le 4 octobre 2011 par le juge Blanchard.

L'ordonnance frappée d'appel a été rendue dans le contexte du dossier de la requête présentée par l'appelant en vue d'obtenir une suspension permanente de l'instance à titre de réparation conformément au paragraphe 24(1) de la Charte et de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* pour la violation des droits qui lui sont reconnus par les articles 7 et 8 de la Charte.

As mentioned in *Charkaoui v. Canada*, 2004 FCA 421, par 43, a designated judge has the power to make certain decisions that are subject to appeal.

The Federal Court of Appeal in *Charkaoui* (supra) referred to the Supreme Court of Canada's (herein referred to as "SCC") decision in *Canada v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391 which upheld the existence of the right of appeal.

The SCC held that the decision could be appealed because the Federal Court's power to order a stay does not stem from its power under the *Citizenship Act* but is sourced in section 50 of the Federal Court Act. The SCC in *Tobiass* (supra) confirmed the existence of the right of appeal accordingly:

"A stay of proceedings is entered for reasons which are completely unrelated to the circumstances surrounding the obtaining, retaining, renouncing or resuming of citizenship. Indeed, a decision to order (or not to order) a stay of proceedings is different from the type of determination that the Court is called upon to make under subsection 18(1)." [p. 414-415]

Mr. Mahjoub is entering his appeal in a similar context. Justice Blanchard's Order currently appealed was rendered following Mr. Mahjoub's motion for a permanent stay of proceedings under s. 50 of the *Federal Courts Act*, similarly to *Tobiass*, as well as under s. 24 of the *Charter*.

Because the Order is entirely unrelated to the circumstances surrounding the reasonableness of the certificate and is the result of an excess of jurisdiction and other jurisdictional errors [referring by footnote to the portion of the submissions entitled "Serious questions to be tried", which reflect the grounds of appeal summarized above], the Order may be subject to appeal as concluded by *Charkaoui v. Canada*, 2004 FCA 421, par. 48 and in *Subhaschandran* 2005 FCA 27. [Omitted: reproduction of paragraph 48 of *Charkaoui* and paragraphs 17-18 of *Subhaschandran*, quoted above.]

In the circumstances of the Order under appeal, it is clear that sections 82.3 and 74(d) of the IRPA do not limit the Appellant's right to appeal.

Ainsi qu'il est mentionné dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada*, 2004 CAF 421, au paragraphe 43, le juge désigné a le pouvoir de prendre certaines décisions qui peuvent faire l'objet d'un appel.

Dans l'arrêt *Charkaoui*, précité, la Cour d'appel fédérale a cité l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada (la CSC) dans l'affaire *Canada c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, dans laquelle la Cour suprême a confirmé l'existence du droit d'appel.

La CSC a jugé que la décision pouvait être portée en appel parce que le pouvoir de la Cour fédérale d'ordonner une suspension ne découlait pas des pouvoirs que lui conférait la *Loi sur la citoyenneté*, mais qu'il lui était conféré par l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Dans l'arrêt *Tobiass*, précité, la CSC a confirmé l'existence du droit d'appel de la façon suivante :

Cependant, la suspension des procédures est ordonnée pour des motifs qui n'ont absolument rien à voir avec l'acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté ni avec la réintégration dans celle-ci. En effet, la décision d'ordonner (ou de ne pas ordonner) la suspension des procédures diffère du genre de décision que la Cour est appelée à rendre sous le régime du par. 18(1) [aux pages 414 et 415].

M. Mahjoub interjette appel dans un contexte analogue. L'ordonnance du juge Blanchard qui fait l'objet du présent appel a été rendue en réponse à la requête présentée par M. Mahjoub en vue d'obtenir la suspension permanente de l'instance en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, dans la foulée de l'arrêt *Tobiass*, ainsi qu'en vertu de l'article 24 de la Charte.

Comme l'ordonnance n'a absolument rien à voir avec les circonstances entourant la question du caractère raisonnable du certificat et qu'elle découle d'un excès de compétence et d'autres erreurs de compétence [renvoi par note infrapaginale à la partie des observations intitulées [TRADUCTION] « Questions sérieuses à juger » qui correspond au moyen d'appel déjà mentionné], l'ordonnance peut faire l'objet d'un appel, ainsi que la Cour l'a conclu dans les arrêts *Charkaoui c. Canada*, 2004 CAF 421, au paragraphe 48, et *Subhaschandran* 2005 CAF 27 [est omise la reproduction du paragraphe 48 de l'arrêt *Charkaoui* et des paragraphes 17 et 18 de l'arrêt *Subhaschandran*, précités.]

Eu égard aux circonstances entourant l'ordonnance frappée d'appel, il est clair que l'article 82.3 et l'alinéa 74d) de la LIPR ne limitent pas le droit d'appel de l'appelant.

Indeed, Justice Blanchard's decision was not further to a judicial review and was not made under sections 82 to 82.2 of the IRPA, but in the context of Mr. Mahjoub's motion pursuant to s. 50 of the *Federal Courts Act* and s. 24(1) of the *Charter*.

For these reasons, the Appellant submits that the Order of October 4, 2011 can be appealed to the Federal Court of Appeal.

[29] In the Crown's letter dated October 18, 2011, the Crown makes the following submissions in response to Mr. Mahjoub's letter dated October 17, 2011:

- (a) There is no constitutional right to an appeal, even if a breach of the *Charter* is alleged. The right to appeal is purely statutory. It is open to Parliament to bar or limit a right of appeal, as it has done in the IRPA. The present case does not come within the very narrow exception recognized in *Tobiass*.
- (b) Mr. Mahjoub cannot circumvent the statutory bar to an appeal of an interlocutory decision merely by raising a constitutional argument and casting the decision as one going to jurisdiction. An error of law, in general, does not deprive a presiding judge of jurisdiction (citing *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Aziz*, 2011 FCA 18. Further, the Supreme Court of Canada has repeatedly stated that courts should not "brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so" (citing *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 at page 233, as cited in *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, at paragraph 36).
- (c) In any event, the Supreme Court of Canada has cautioned against permitting a proceeding to be fragmented by interlocutory proceedings that take on life of their own (citing *R. v. Mills*, [1985] 1 S.C.R. 863, at paragraph 271). The statutory prohibition on appeals of interlocutory decisions is intended to avoid such fragmentation and the resulting delays.
- (d) Finally, there is no factual foundation for Mr. Mahjoub's appeal, because Justice Blanchard has yet to determine

D'ailleurs, la décision du juge Blanchard ne faisait pas suite à un contrôle judiciaire et elle n'a pas été rendue en vertu des articles 82 à 82.2 de la LIPR mais bien en réponse à la requête présentée par M. Mahjoub en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* et du paragraphe 24(1) de la Charte.

Pour ces motifs, l'appelant affirme que l'ordonnance du 4 octobre 2011 peut être portée en appel devant la Cour d'appel fédérale.

[29] Dans sa lettre du 18 octobre 2011, Sa Majesté formule les observations suivantes en réponse à la lettre du 17 octobre 2011 de M. Mahjoub :

[TRADUCTION]

- a) Le droit d'appel n'est pas garanti par la Constitution et ce, même lorsqu'on affirme que la Charte a été violée. Le droit d'appel ne peut être conféré que par une loi. Il est loisible au législateur d'empêcher ou de restreindre l'exercice du droit d'appel et c'est ce qu'il a fait dans la LIPR. La présente affaire ne tombe pas sur le coup de l'exception très étroite reconnue dans l'arrêt *Tobiass*.
- b) M. Mahjoub ne peut se soustraire à l'irrecevabilité à laquelle la loi assujettit l'appel d'une décision interlocutoire du seul fait qu'il soulève un argument constitutionnel et qu'il soutient que la décision a trait à la compétence. En principe, une erreur de droit ne dépouille pas le président du tribunal de sa compétence (citant l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Aziz*, 2011 CAF 18). De plus, la Cour suprême du Canada a affirmé à plusieurs reprises que les tribunaux judiciaires doivent « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard » (citant l'arrêt *Syndicat canadien des employés de la fonction publique, Section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick.*, [1979] 2 R.C.S. 227, à la page 233, cité dans l'arrêt *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, au paragraphe 36).
- c) En tout état de cause, la Cour suprême a mis en garde contre la tentation de fragmenter des instances par des procédures interlocutoires qui deviennent des instances distinctes (citant l'arrêt *R. c. Mills*, [1985] 1 R.C.S. 863, au paragraphe 271). En déclarant irrecevable l'appel d'une décision interlocutoire, le législateur est censé avoir voulu éviter cette fragmentation et les retards qui s'ensuivent.
- d) Enfin, l'appel de M. Mahjoub n'a aucun fondement factuel, étant donné que le juge Blanchard ne s'est

whether any breach of solicitor and client privilege has occurred. And it is clearly within his jurisdiction to deal with matters of privilege and to exercise his discretion to craft appropriate remedies to prevent prejudice from the disclosure of allegedly privileged documents.

toujours pas prononcé sur la question de savoir s'il y a eu en l'espèce violation du secret professionnel de l'avocat. Or, le juge Blanchard est manifestement compétent pour examiner toute question de privilège et pour exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à concevoir des réparations appropriées pour éviter un préjudice causé par la divulgation de documents que l'on affirme être protégés.

Discussion

[30] It is clear that the order sought to be appealed is an interlocutory decision rendered in the course of proceedings under section 77 of the IRPA. Generally, appeals from such decisions are barred by section 79.

[31] It is argued for Mr. Mahjoub that the jurisprudence of this Court establishes that the statutory bar should not apply in this case. However, the cases upon which he relies are not in any way analogous to the facts of this case. *Tobiass [Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass]*, [1997] 3 S.C.R. 391 and other cases dealing with the *Citizenship Act* [R.S.C., 1985, c. C-29] involve a statutory bar to appeals that is more narrowly worded than the very broad prohibition in section 79 of the IRPA. It is not the case, as in *Subhaschandran*, that the Federal Court Judge refused to make a decision. There is no allegation or evidence of a reasonable apprehension of bias, as there was in *Zündel (Re)*, 2004 FCA 394 [cited above]. There is no constitutional challenge to any legislation, as there was in *Charkaoui*. The decision sought to be appealed is not, to paraphrase *Charkaoui*, a judicial act that is separate and divisible from the section 77 proceedings. On the contrary, the decision sought to be appealed was rendered in the course of Justice Blanchard's management of the section 77 proceedings and cannot be separated from them.

[32] In my view, there is nothing in the circumstances of this case that would justify this Court in failing to

Analyse

[30] Il est évident que l'ordonnance dont on cherche à faire appel est une décision interlocutoire rendue au cours d'une instance visée par l'article 77 de la LIPR. En principe, l'article 79 empêche de faire appel d'une telle décision.

[31] L'avocat de M. Mahjoub soutient que, suivant la jurisprudence de notre Cour, l'irrecevabilité prévue par la loi ne devrait pas s'appliquer en l'espèce. Toutefois, les décisions qu'il cite n'ont rien en commun avec les faits de la présente affaire. L'affaire *Tobiass [Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass]*, [1997] 3 R.C.S. 391 et les autres affaires portant sur la *Loi sur la citoyenneté* [L.R.C. (1985), ch. C-29] concernaient une irrecevabilité prévue par la loi qui était libellée de façon beaucoup plus étroite que l'interdiction très large que l'on trouve à l'article 79 de la LIPR. Contrairement à l'affaire *Subhaschandran*, le juge de la Cour fédérale n'a pas refusé en l'espèce de rendre une décision. Il n'y a pas non plus d'allégations ou d'éléments de preuve portant sur une crainte raisonnable de partialité comme c'était le cas dans l'affaire *Zündel (Re)*, 2004 CAF 394 [précitée]. On ne conteste pas la constitutionnalité des dispositions législatives comme dans l'affaire *Charkaoui*. La décision dont on cherche à faire appel n'est pas, pour paraphraser l'arrêt *Charkaoui*, un acte judiciaire qui est dissociable de l'instance prévue à l'article 77. Au contraire, la décision dont on cherche à interjeter appel a été rendue dans le cours de la gestion, par le juge Blanchard, de l'instance introduite en vertu de l'article 77, et cette décision ne peut en être dissociée.

[32] À mon avis, il n'y a rien dans les circonstances de la présente espèce qui justifierait la Cour de ne pas

respect the statutory bar. In this case, as in *Huntley* (cited above), it cannot be said that the immunization of Justice Blanchard's decision from appellate scrutiny would undermine the rule of law or public confidence in the due administration of justice. On the contrary, to permit this appeal to proceed would result in an unacceptable fragmentation of the Federal Court proceeding to determine the reasonableness of the certificate, and would require this Court to make a decision on the basis of a factual foundation that is, to say the least, incomplete.

Conclusion

[33] For these reasons, I would quash the appeal for want of jurisdiction. Although Mr. Mahjoub's motion for a stay would be rendered moot and should not be determined, his motion record should be filed because it was referred to in the course of considering whether the appeal should be quashed.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

DAWSON J.A.: I agree.

respecter l'irrecevabilité prévue par la loi. En l'espèce, tout comme dans l'affaire *Huntley*, précitée, on ne peut dire que le fait de mettre la décision du juge Blanchard à l'abri du contrôle d'une juridiction d'appel porterait atteinte au principe de la primauté du droit ou minerait la confiance du public envers la bonne administration de la justice. Au contraire, permettre au présent appel de suivre son cours se solderait par une fragmentation inacceptable d'une instance au cours de laquelle la Cour fédérale est appelée à se prononcer sur le caractère raisonnable du certificat et obligerait la Cour à rendre une décision sur la base d'un fondement factuel qui est, pour le moins, incomplet.

Dispositif

[33] Pour ces motifs, je suis d'avis d'annuler l'appel pour défaut de compétence. Bien que la requête en suspension de M. Mahjoub deviendrait théorique et ne devrait pas être tranchée, son dossier de requête devrait être déposé parce qu'il en a été fait mention lors de l'examen de la question de savoir si l'appel devrait être annulé.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.