

A-274-17  
A-282-17  
2020 FCA 130

A-274-17  
A-282-17  
2020 CAF 130

**Alvin Brown and End Immigration Detention Network** (*Appellants*)

**Alvin Brown et End Immigration Detention Network** (*appelants*)

v.

c.

**Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness** (*Respondents*)

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

and

et

**Canadian Association of Refugee Lawyers and Canadian Centre for International Justice** (*Interveners*)

**Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés et Centre canadien pour la justice internationale** (*intervenants*)

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

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

Federal Court of Appeal, Gauthier, Stratas and Rennie JJ.A.—Toronto, February 26 and 27, 2019; Ottawa, August 7, 2020.

Cour d'appel fédérale, juges Gauthier, Stratas et Rennie, J.C.A.—Toronto, 26 et 27 février 2019; Ottawa, 7 août 2020.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Detention and Release — Appeal from Federal Court decision dismissing appellants' Canadian Charter of Rights and Freedoms challenge regarding immigration detention regime under Immigration and Refugee Protection Act (Act) — Alvin Brown (appellant) found inadmissible to Canada on basis of criminal convictions; ordered detained pending removal — At each detention review, Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) ordering appellant continue to be detained — Appellant held in provincial correctional institutions for five years until deportation — Despite efforts, Canada Border Services Agency (CBSA) unable to obtain travel document for appellant — In Federal Court, appellant challenging constitutionality of immigration detention regime established under Act, ss. 57, 58, Immigration and Refugee Protection Regulations, ss. 244–248 — Casting shadow on appellants' constitutional challenge was Supreme Court of Canada's decision in Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) where Supreme Court prescribing process, protections required to ensure that lengthy, indeterminate detention be consistent with detainees' rights under Charter, ss. 7, 12 — Supreme Court holding that extended periods of detention under Act not violating Charter if accompanied by regular review — Whether Charter*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Détention et mise en liberté — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la contestation par les appelants, fondée sur la Charte canadienne des droits et libertés, du régime de détention aux fins de l'immigration établi par la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Alvin Brown (appellant) a été déclaré interdit de territoire au Canada en raison de plusieurs infractions criminelles; on a ordonné qu'il soit détenu en attendant l'exécution de la mesure de renvoi — La Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a ordonné, après chaque contrôle subséquent des motifs de détention, qu'elle se poursuive — L'appelant a été détenu dans des établissements correctionnels provinciaux jusqu'à son renvoi cinq ans plus tard — Malgré ses efforts, l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) n'a pas été en mesure d'obtenir un titre de voyage pour l'appellant — Devant la Cour fédérale, l'appelant a contesté la constitutionnalité du régime de détention aux fins de l'immigration établi au titre des art. 57 et 58 de la LIPR et des art. 244 à 248 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'arrêt Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), dans lequel la Cour suprême du Canada a prescrit le processus et les protections*

*imposing requirement that detention for immigration purposes not exceed prescribed period of time — Charter not imposing requirement that detention for immigration purposes not exceed prescribed period of time — However, ID members conducting detention reviews, judges sitting in judicial review must consider Charter; administrative law standards — When detention provisions read in light of text, context, purpose, not infringing Charter, ss. 7, 9 or 12 — Clear from review that immigration detention scheme having all protections mandated by Charkaoui to ensure extended periods of detention not violating Charter, ss. 7, 9, 12 — Legality of detention subject to judicial scrutiny in Federal Court — Act, s. 58 authorizing detention for several purposes — Act not constitutionally deficient because not stating expressly that which law already requiring — Where there are regular detention reviews that give full, fair consideration to non-exhaustive considerations in Regulations, s. 248, prolonged detention constitutional — In present case, statutory grant of discretionary power using word “consider”, constituting open-ended grant of discretion — Regulations, s. 248 factors having to be followed for continued detention to be legal under Act — In addition, nexus between detention, immigration purpose required — Decision maker having to be satisfied, on evidence, that removal is a possibility — Charkaoui making no mention of foreseeability test — Detention review scheme established by Parliament imposing continuing, overarching legal burden on Minister to establish that detention lawfully justified according to Act, s. 58, Regulations, s. 248, Charter — Legal burden not changing if Minister establishing prima facie case of grounds for detention — Procedural fairness requiring that detainee have advance disclosure of all evidence relevant to Regulations, s. 248 criteria, regardless of whether Minister relying on that evidence to support continued detention — Thus, lawful exercise of power to order detention requiring adequate evidentiary foundation — Judicial review testing legality of detention decision against Charter; common law principles; also testing reasoning process, transparency, integrity — Appeal dismissed.*

*nécessaires pour que la détention prolongée ou pour une durée indéterminée respecte les droits que les art. 7 et 12 de la Charte garantissent aux détenus, a jeté une ombre sur la contestation constitutionnelle des appelants — La Cour suprême a affirmé que les longues périodes de détention permises par les dispositions de la LIPR ne contreviennent pas à la Charte lorsqu’elles sont assorties d’un contrôle régulier des motifs de la détention — Il s’agissait de savoir si la Charte impose une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l’immigration ne doit pas dépasser une période prescrite — La Charte n’impose pas une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l’immigration ne doit pas dépasser une période prescrite — Toutefois, les commissaires de la SI qui procèdent au contrôle des motifs de détention et les juges qui président au contrôle judiciaire doivent tenir compte de la Charte et des normes du droit administratif — Les dispositions sur la détention, à la lumière de leur texte, de leur contexte et de leur objet, ne contreviennent pas aux art. 7, 9 ou 12 de la Charte — Il ressortait clairement d’un examen que le régime de détention aux fins de l’immigration comporte toutes les mesures de protection exigées par l’arrêt Charkaoui pour que les périodes prolongées de détention soient conformes aux art. 7, 9 et 12 de la Charte — La légalité de la détention peut être contrôlée par la Cour fédérale — L’art. 58 de la LIPR autorise la détention dans plusieurs cas — La LIPR n’est pas inconstitutionnelle parce qu’elle n’indique pas explicitement ce que le droit exige déjà — Dès lors que le contrôle régulier des motifs de détention permet un véritable examen des critères non exhaustifs énumérés à l’art. 248 du Règlement, la détention prolongée est constitutionnelle — En l’espèce, la disposition attribuant un pouvoir discrétionnaire emploie la locution « pris en compte », ce qui dénote un pouvoir discrétionnaire non limité — Les critères prévus à l’art. 248 du Règlement doivent être respectés pour que le maintien en détention demeure légal sous le régime de la LIPR — Il doit aussi exister un lien entre la détention et un objectif d’immigration — Le décideur doit être convaincu, au vu de la preuve, que le renvoi est possible — Charkaoui ne fait aucunement mention d’un critère de prévisibilité — Selon le régime de contrôle des motifs de détention établi par le législateur, le fardeau juridique global d’établir que la détention est justifiée au titre de l’art. 58 de la LIPR, de l’art. 248 du Règlement et de la Charte incombe au ministre — Le fardeau juridique n’est ni inversé ni modifié lorsque le ministre établit prima facie l’existence de motifs de détention — L’équité procédurale exige que tous les éléments de preuve concernant les critères énoncés à l’art. 248 du Règlement soient communiqués à l’avance au détenu, que le ministre entende ou non s’appuyer sur ces éléments pour justifier le maintien en détention — L’exercice légitime du pouvoir d’ordonner la détention nécessite donc un fondement de preuve suffisant — Le contrôle judiciaire permet de vérifier la légalité d’une décision de maintien en détention à la lumière de la Charte et des principes de la common law; il permet de vérifier le raisonnement, sa transparence et son intégrité — Appel rejeté.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Immigration detention — Appeal from Federal Court decision dismissing appellants' Charter challenge regarding immigration detention regime under Immigration and Refugee Protection Act (Act) — Whether Charter imposing requirement that detention for immigration purposes not exceed prescribed period of time — When immigration detention provisions read in light of text, context, purpose, not infringing Charter; ss. 7, 9, 12 — Immigration detention scheme having all protections mandated by Charkaoui to ensure extended periods of detention not violating Charter; ss. 7, 9, 12 — Discretion to detain under Immigration and Refugee Protection Act, s. 58, Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 248 constitutionally compliant.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Legal rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Appeal from Federal Court decision dismissing appellants' Charter challenge regarding immigration detention regime under Immigration and Refugee Protection Act (Act) — Whether Charter imposing requirement that detention for immigration purposes not exceed prescribed period of time — Members of Immigration and Refugee Board, Immigration Division having duty to exercise discretion in manner consistent with Charter; obligation to consider Charter; ss. 7, 9, 12 inherent in exercise of discretion concerning whether detention warranted — As Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) noted, not detention itself or length that is objectionable; detention only cruel, unusual in legal sense if violating “accepted norms of treatment” — As such, denying means required by principles of fundamental justice to challenge detention may render detention arbitrary, cruel or unusual, but system permitting detainee to challenge detention, obtain release if justified may lead to conclusion that detention not cruel, unusual — Federal Court not making reviewable error in dismissing many of appellants' arguments regarding conditions of detention — Evidence of conditions of detention falling far short of threshold of cruel, unusual punishment set by Supreme Court, not supporting broad declaration appellants seeking.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention aux fins de l'immigration — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la contestation par les appelants, fondée sur la Charte canadienne des droits et libertés, du régime de détention aux fins de l'immigration établi par la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Il s'agissait de savoir si la Charte impose une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l'immigration ne doit pas dépasser une période prescrite — Les dispositions sur la détention, à la lumière de leur texte, de leur contexte et de leur objet, ne contreviennent pas aux art. 7, 9 ou 12 de la Charte — Le régime de détention aux fins de l'immigration comporte toutes les mesures de protection exigées par l'arrêt Charkaoui pour que les périodes prolongées de détention soient conformes aux art. 7, 9 et 12 de la Charte — Le pouvoir discrétionnaire de détention prévu à l'art. 58 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et à l'art. 248 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés est conforme à la Constitution.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Garanties juridiques — Traitements ou peines cruels et inusités — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la contestation par les appelants, fondée sur la Charte canadienne des droits et libertés, du régime de détention aux fins de l'immigration établi par la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Il s'agissait de savoir si la Charte impose une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l'immigration ne doit pas dépasser une période prescrite — Les commissaires de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ont l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire conformément à la Charte; l'obligation de tenir compte des art. 7, 9 et 12 de la Charte est inhérente à l'exercice du pouvoir discrétionnaire visant à déterminer si la détention est justifiée ou non — Comme l'a souligné l'arrêt Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), ce n'est pas la détention en soi, ni même sa durée, qui est condamnable; la détention n'est cruelle et inusitée au sens juridique que si elle déroge aux « normes de traitement reconnues » — Ainsi, priver l'intéressé des moyens requis par les principes de justice fondamentale pour contester une détention peut rendre cette dernière arbitraire, cruelle ou inusitée, mais l'existence d'un régime permettant à un détenu de contester sa détention et d'être libéré s'il y a lieu peut amener le décideur à conclure que la détention n'est ni cruelle ni inusitée — La Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de révision en rejetant bon nombre des arguments des appelants concernant les conditions de détention — Les éléments de preuve portant sur les conditions de détention ne satisfaisaient pas au critère fixé par la Cour suprême pour qu'une peine soit jugée cruelle et inusitée et n'appuyaient pas la déclaration générale que sollicitaient les appelants.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellants' *Canadian Charter of Rights and Freedoms* challenge regarding the immigration detention regime under the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act). In dismissing the challenge, the Federal Court certified the question as to whether the Charter imposes a requirement that detention for immigration purposes not exceed a prescribed period of time, after which it is presumptively unconstitutional, or a maximum period, after which release is mandatory.

Alvin Brown (appellant) was found to be inadmissible to Canada on the basis of a series of criminal convictions. At the end of his term of imprisonment, he was ordered detained pending removal because he was both a danger to the public and a flight risk. Notwithstanding the increasing length of the appellant's detention, at each of his subsequent detention reviews, the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board ordered that the appellant continue to be detained. The appellant was held in provincial correctional institutions in Ontario from September 2011 until his deportation to Jamaica five years later in September 2016. Despite repeated and continuous efforts, the Canada Border Services Agency (CBSA) was unable to obtain a travel document for the appellant from the Jamaican High Commission during this time. In the Federal Court, the appellant, together with the End Immigration Detention Network, challenged the constitutionality of the immigration detention regime established under sections 57 and 58 of the Act and sections 244 to 248 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. There, they contended that the regime violates sections 7, 9, 12 and 15 of the Charter. Although the appellant had been removed from Canada by the time of the hearing, the Federal Court considered mootness and exercised its discretion to hear the application in the public interest. The appellants appealed to the Federal Court of Appeal on the basis of the certified question. Casting a shadow on the appellants' constitutional challenge was the Supreme Court of Canada's decision in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)* where the Supreme Court prescribed the process and protections required to ensure that lengthy and indeterminate detention is consistent with detainees' rights under sections 7 and 12 of the Charter. The Supreme Court held that extended periods of detention under the Act do not violate the Charter if they are accompanied by regular review of the reasons for detention, the length of detention, the reasons for the delay in removal, the anticipated future length of detention and the availability of alternatives to detention such as release on conditions. But the Supreme Court also foresaw that cases could arise where a particular detention was not Charter compliant.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la contestation par les appelants, fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, du régime de détention aux fins de l'immigration établi par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). En rejetant la contestation, la Cour fédérale a certifié la question de savoir si la Charte impose une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l'immigration ne doit pas dépasser une période prescrite, sans quoi la détention est présumée inconstitutionnelle, ou une période maximale, sans quoi la mise en liberté est obligatoire.

Alvin Brown (appelant) a été déclaré interdit de territoire au Canada en raison de plusieurs infractions criminelles. À l'issue de son incarcération, on a ordonné qu'il soit détenu en attendant l'exécution de la mesure de renvoi, au motif qu'il constituait un danger pour la sécurité publique et présentait un risque de fuite. Même si la détention de l'appellant se prolongeait, la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a ordonné, après chaque contrôle subséquent des motifs de détention, qu'elle se poursuive. L'appellant a été détenu dans des établissements correctionnels provinciaux de l'Ontario de septembre 2011 jusqu'à son renvoi en Jamaïque cinq ans plus tard, en septembre 2016. Durant cette période, malgré des efforts répétés et continus, l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) n'a pas été en mesure d'obtenir un titre de voyage pour l'appellant auprès du haut-commissariat de la Jamaïque. Devant la Cour fédérale, l'appellant et le End Immigration Detention Network ont contesté la constitutionnalité du régime de détention aux fins de l'immigration établi au titre des articles 57 et 58 de la LIPR et des articles 244 à 248 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Ils ont affirmé que le régime contrevient aux articles 7, 9, 12 et 15 de la Charte. Même si le renvoi de l'appellant du Canada avait été exécuté au moment de l'audience, la Cour fédérale a examiné la question de savoir si l'affaire était théorique et a exercé son pouvoir discrétionnaire pour entendre la demande dans l'intérêt public. Les appelants ont interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale sur le fondement de la question certifiée. L'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, dans lequel la Cour suprême a prescrit le processus et les protections nécessaires pour que la détention prolongée ou pour une durée indéterminée respecte les droits que les articles 7 et 12 de la Charte garantissent aux détenus, a jeté une ombre sur la contestation constitutionnelle des appelants. La Cour suprême a affirmé que les longues périodes de détention permises par les dispositions de la LIPR ne contreviennent pas à la Charte lorsqu'elles sont assorties d'un processus permettant le contrôle régulier des motifs de la détention, du temps passé en détention, des raisons qui retardent l'expulsion, de la durée anticipée du prolongement de la détention et de l'existence de solutions de rechange à la détention comme la mise en liberté sous conditions. Toutefois, la Cour suprême a anticipé également la possibilité d'une détention non conforme à la Charte.

The appellants contended, in particular, that where removal is no longer reasonably foreseeable, release is the only constitutionally compliant outcome, and the failure of the Act to expressly require release “in these circumstances” renders the scheme constitutionally deficient. They argued as well that the legislation grants a discretionary power that may be exercised in an unconstitutional manner rendering the enabling provision unconstitutional. The appellants and interveners also argued that the detention scheme offends section 7 of the Charter because it places an onus on detainees to justify why they should be released. Moreover, they challenged the constitutionality of detention orders under section 12 of the Charter.

At issue was whether the Charter imposes a requirement that detention for immigration purposes not exceed a prescribed period of time.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The Charter does not impose a requirement that detention for immigration purposes not exceed a prescribed period of time. However, ID members conducting detention reviews and judges sitting in judicial review must consider Charter and administrative law standards. When the detention provisions are read in light of their text, context and purpose, there is no infringement of sections 7, 9 or 12 of the Charter. The detention scheme possesses the same hallmarks of constitutionality that allowed the Supreme Court in *Charkaoui* to find that extended periods of detention under the Act’s security certificate detention scheme did not contravene sections 7 and 12 of the Charter. *Charkaoui* was also clear guidance from the Supreme Court that the recourse against an improper exercise of discretion resulting in the over-holding of a detainee is an application to quash that exercise of discretion under administrative law principles and section 24 of the Charter, not to strike down the section under section 52 of the *Constitution Act, 1982*.

The immigration detention scheme has all of the protections mandated by *Charkaoui* to ensure that extended periods of detention do not violate sections 7, 9 and 12 of the Charter. Detention reviews are timely and frequent: subsection 57(2) of the Act requires that detention be reviewed within 48 hours of arrest, within seven days after that, and every 30 days for the detention’s duration. The onus is on the Minister of Public Safety (Minister) to establish both a ground of detention and that detention is warranted based on mandatory, case-specific factors. Detention may only be ordered where there are no appropriate alternatives, and, in considering alternatives to detention, subsection 58(3) authorizes the ID to impose any

Les appelants ont soutenu plus particulièrement que, lorsque le renvoi n’est plus raisonnablement prévisible, la mise en liberté est la seule issue conforme à la Constitution, et l’absence de dispositions dans la LIPR prévoyant expressément la mise en liberté « dans ces circonstances » rend le régime inconstitutionnel. Ils ont fait valoir en outre que la disposition habilitante est inconstitutionnelle, car elle accorde un pouvoir discrétionnaire qui peut être exercé d’une manière inconstitutionnelle. Les appelants et les intervenants ont affirmé également que le régime de détention contrevient à l’article 7 de la Charte parce qu’il impose aux détenus la charge de justifier leur remise en liberté. De plus, ils ont contesté la constitutionnalité des ordonnances de détention sur le fondement de l’article 12 de la Charte.

Il s’agissait de savoir si la Charte impose une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l’immigration ne doit pas dépasser une période prescrite.

*Arrêt* : l’appel doit être rejeté.

La Charte n’impose pas une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l’immigration ne doit pas dépasser une période prescrite. Toutefois, les commissaires de la SI qui procèdent au contrôle des motifs de détention et les juges qui président au contrôle judiciaire doivent tenir compte de la Charte et des normes du droit administratif. Les dispositions sur la détention, à la lumière de leur texte, de leur contexte et de leur objet, ne contreviennent pas aux articles 7, 9 ou 12 de la Charte. Le régime de détention possède les critères de validité constitutionnelle qui ont permis à la Cour suprême, dans l’arrêt *Charkaoui*, de conclure que les périodes prolongées de détention découlant du régime de certificats de sécurité établi par la LIPR ne violaient pas les articles 7 et 12 de la Charte. La Cour suprême nous a enseigné également par l’arrêt *Charkaoui* qu’en cas d’exercice indu du pouvoir discrétionnaire ayant entraîné la détention prolongée d’un détenu, le recours est la demande en annulation présentée suivant les principes du droit administratif et de l’article 24 de la Charte. Ce n’est pas la demande en invalidation de la disposition habilitante présentée en vertu de l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le régime de détention aux fins de l’immigration comporte toutes les mesures de protection exigées par l’arrêt *Charkaoui* pour que les périodes prolongées de détention soient conformes aux articles 7, 9 et 12 de la Charte. Le contrôle des motifs de détention est rapide et fréquent : le paragraphe 57(2) de la LIPR exige que les motifs de détention soient contrôlés dans les 48 heures suivant l’arrestation, au moins une fois dans les sept jours suivant le premier contrôle et tous les 30 jours pendant toute la durée de la détention. Il incombe au ministre de la Sécurité publique (ministre) d’établir le motif de la détention et de prouver que la détention est justifiée à la lumière de critères obligatoires, propres à chaque cas. La détention ne peut

conditions that it considers necessary to neutralize the risk associated with release. The legality of the detention is subject to judicial scrutiny in the Federal Court. The appellants' argument that the legislation does not go far enough failed. Section 58 of the Act authorizes detention for several purposes. The power of detention will be exercised principally, but not exclusively, pending removal. Where detention is for the purposes of removal, and there is no longer a possibility of removal, detention on this ground no longer facilitates the machinery of immigration control and the power of detention cannot be exercised. Detention must always be tethered, on the evidence, to an enumerated statutory purpose. To conclude, the Act is not constitutionally deficient because it does not state expressly that which the law already requires. No principle of statutory interpretation requires that, to ensure constitutionality, the legislature must state that which the law already requires. To require an express statement that the power of detention can only be exercised where there is a real possibility of removal would be to read-in a redundancy.

The appellants advanced an alternate argument that because the discretion in section 248 of the Regulations is not expressly subordinated to the obligation to release in the face of an unreasonably lengthy detention or a removal that is not reasonably foreseeable, the scheme is constitutionally defective. This argument was inconsistent with established methodology of Charter analysis. Where there are regular detention reviews that give full and fair consideration to the non-exhaustive considerations in section 248, prolonged detention is constitutional. Rather than being a source of unconstitutionality, the existence of discretion ensures that the Charter rights of detainees receive full consideration in light of their particular circumstances. In this case, the statutory grant of discretionary power uses the word "consider", an open-ended grant of discretion. Far from precluding the decision maker from having regard to Charter standards when assessing the appropriateness of detention, it requires it. The discretion to detain under section 58 of the Act and section 248 of the Regulations is constitutionally compliant. Whether to order detention pending deportation involves a delicate balancing of all the relevant circumstances. As noted in *Charkaoui*, the section 248 criteria—rather than being a source of some deficiency—are the guarantors of constitutional compliance. The section 248 factors are "prescribed" factors which "must" be taken into account and ensure that extended periods of detention do not violate the Charter. The discretion the factors confer is precisely what ensures sensitivity to the context and circumstances of the individual case—a requirement under *Charkaoui* for constitutional prolonged detention.

être ordonnée que lorsqu'il n'existe pas d'autre solution de rechange; lorsqu'elle évalue les solutions de rechange à la détention, la SI est autorisée, aux termes du paragraphe 58(3), à imposer les conditions qu'elle estime nécessaires afin de neutraliser le risque associé à la mise en liberté. La légalité de la détention peut être contrôlée par la Cour fédérale. L'argument des appelants selon lequel la loi ne va pas assez loin n'a pas été retenu. L'article 58 de la LIPR autorise la détention dans plusieurs cas. Le pouvoir de détention est exercé principalement, mais non exclusivement, pendant la période qui précède le renvoi. Lorsque la détention est ordonnée aux fins du renvoi, et qu'il n'existe plus de possibilité de renvoi, la détention pour ce motif ne contribue plus au mécanisme de contrôle de l'immigration, et le pouvoir de détention ne saurait être exercé. La détention doit toujours être reliée, au vu de la preuve, à un objet énoncé dans la loi. Pour conclure, la LIPR n'est pas inconstitutionnelle parce qu'elle n'indique pas explicitement ce que le droit exige déjà. Aucun principe d'interprétation des lois n'exige que le législateur, pour garantir la constitutionnalité de sa loi, exprime ce que la loi prévoit déjà. Exiger une déclaration expresse voulant que le pouvoir de détention ne puisse être exercé que lorsqu'il existe une réelle possibilité de renvoi équivaudrait à ajouter, par interprétation, une disposition redondante.

Les appelants ont fait valoir un autre argument selon lequel, parce que le pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 248 du Règlement n'est pas expressément subordonné à l'obligation de libérer les détenus dans l'éventualité d'une détention d'une durée déraisonnable ou d'un renvoi qui n'est pas prévisible dans un délai raisonnable, le régime est inconstitutionnel. Cet argument allait à l'encontre de la démarche établie d'analyse fondée sur la Charte. Dès lors que le contrôle régulier des motifs de détention permet un véritable examen des critères non exhaustifs énumérés à l'article 248, la détention prolongée est constitutionnelle. L'existence d'un pouvoir discrétionnaire, plutôt que d'emporter l'inconstitutionnalité, permet de veiller au respect des droits que la Charte garantit aux détenus compte tenu des circonstances propres à chacun. En l'espèce, la disposition attribuant un pouvoir discrétionnaire emploie la locution « pris en compte », ce qui dénote un pouvoir discrétionnaire non limité. La disposition n'empêche pas le décideur de tenir compte des normes fondées sur la Charte lorsqu'il évalue le bien-fondé de la détention, elle l'exige. Le pouvoir discrétionnaire de détention prévu à l'article 58 de la LIPR et à l'article 248 du Règlement est conforme à la Constitution. La décision d'ordonner ou non la détention avant le renvoi constitue un exercice délicat de pondération de l'ensemble des circonstances pertinentes. Comme on l'a fait remarquer dans l'arrêt *Charkaoui*, les critères prévus à l'article 248, loin d'être une source d'imprécision, garantissent le respect de la Constitution. Les critères prévus à l'article 248 sont des « critères réglementaires » qui « doi[vent] » être pris en compte, et qui permettent de veiller à ce que les périodes prolongées

While the factors in section 248 of the Regulations, as law, must be followed in order for continued detention to be legal under the Act, there must also be a nexus between detention and an immigration purpose. If that is missing, detention under the Act is no longer possible. The test for a nexus to an immigration purpose is not whether removal is reasonably foreseeable but, as established by the Supreme Court of Canada, whether removal be a possibility. The focus of the “possibility” test is on the existence of objective, credible facts. The decision maker must be satisfied, on the evidence, that removal is a possibility.

The conditions of detention are relevant to the legality of detention and the consideration of proportionality, whether under section 12 of the Charter or under judicial review. There is a duty on ID members to exercise their discretion in a manner consistent with the Charter. An express power for the ID to consider the nature or conditions of detention is not required. The ability, indeed obligation, to consider sections 7, 9 and 12 is inherent in the exercise of the discretion concerning whether or not detention is warranted. As the Court in *Charkaoui* noted, it is not the detention itself, or its length, that is objectionable; detention is only cruel and unusual in the legal sense if it violates “accepted norms of treatment”. As such, denying the means required by the principles of fundamental justice to challenge a detention may render the detention arbitrary and support the argument that it is cruel or unusual, but a system that permits the detainee to challenge the detention and obtain a release if one is justified may lead to the conclusion that the detention is not cruel and unusual. Many of the appellants’ arguments regarding the conditions of detention were dismissed by the Federal Court. No reviewable error in that finding was demonstrated. The evidence of conditions of detention fell far short of the threshold of cruel and unusual punishment set by the Supreme Court and did not support the broad declaration sought by the appellants.

The detention review scheme established by Parliament imposes a continuing and overarching legal burden on the Minister to establish that detention is lawfully justified according to section 58 of the Act, section 248 of the Regulations,

de détention ne contreviennent pas à la Charte. Le pouvoir discrétionnaire que confèrent ces critères est précisément ce qui garantit que le contexte et les circonstances propres à chaque cas sont pris en compte; une exigence énoncée dans l’arrêt *Charkaoui* pour qu’une détention prolongée puisse être conforme à la Constitution.

Si les critères prévus à l’article 248 du Règlement, qui ont force de loi, doivent être respectés pour que le maintien en détention demeure légal sous le régime de la LIPR, il doit aussi exister un lien entre la détention et un objectif d’immigration, à défaut de quoi, la détention sous le régime de la LIPR n’est plus possible. Pour vérifier s’il existe un lien avec un objectif d’immigration, il faut demander non pas si le renvoi est raisonnablement prévisible, mais, ainsi que la Cour suprême du Canada l’a établi, si le renvoi est possible. Le critère de la « possibilité » met l’accent sur l’existence de faits objectifs crédibles. Le décideur doit être convaincu, au vu de la preuve, que le renvoi est possible.

Les conditions de détention sont pertinentes lorsque la légalité de la détention et la proportionnalité sont en cause, dans une contestation fondée sur l’article 12 de la Charte ou dans le cadre d’un contrôle judiciaire. Les commissaires de la SI ont l’obligation d’exercer le pouvoir discrétionnaire qui leur est conféré conformément à la Charte. Il n’est pas nécessaire que la SI soit investie du pouvoir exprès d’examiner la nature ou les conditions de la détention. La faculté, en fait l’obligation, de tenir compte des articles 7, 9 et 12 est inhérente à l’exercice du pouvoir discrétionnaire visant à déterminer si la détention est justifiée ou non. Comme l’a souligné la Cour suprême dans l’arrêt *Charkaoui*, ce n’est pas la détention en soi, ni même sa durée, qui est condamnable; la détention n’est cruelle et inusitée au sens juridique que si elle déroge aux « normes de traitement reconnues ». Ainsi, priver l’intéressé des moyens requis par les principes de justice fondamentale pour contester une détention peut rendre cette détention arbitraire et servir à étayer l’argument selon lequel elle est cruelle ou inusitée. Cependant, l’existence d’un régime permettant à un détenu de contester sa détention et d’être libéré s’il y a lieu peut amener le décideur à conclure que la détention n’est ni cruelle ni inusitée. Bon nombre des arguments des appelants concernant les conditions de détention ont été rejetés par la Cour fédérale. Aucune erreur susceptible de révision dans cette conclusion n’a été démontrée. Les éléments de preuve portant sur les conditions de détention étaient loin de satisfaire au critère fixé par la Cour suprême pour qu’une peine soit jugée cruelle et inusitée et n’appuyaient pas la déclaration générale que sollicitaient les appelants.

Selon le régime de contrôle des motifs de détention établi par le législateur, le fardeau juridique global d’établir que la détention est justifiée au titre de l’article 58 de la LIPR, de l’article 248 du Règlement et de la Charte, incombe au ministre.

and the Charter. The legal burden does not shift or change should the Minister establish a *prima facie* case of grounds for detention. The detainee is not required in law to do anything. Establishing grounds for detention does not mean that a detention order should issue. It simply means that there is a basis to consider making a detention order. Nor does the legal burden on the Minister change with successive detention reviews. As for the relevance of previous detention decisions, nothing in the Act or the Regulations places an obligation on a detainee to lead fresh evidence between detention reviews in order for the ID to reach a different result. Nothing in the Act or case law requires the detainee to demonstrate a change in circumstances. Members of the ID are obligated, under their oath and by law, to consider the circumstances of the particular individual whose detention or liberty is in issue in a fair and open-minded way. Each member is required to undertake their own independent assessment of the case for and against detention.

With respect to procedural fairness, there is no statutory language in the immigration detention scheme of the Act that ousts procedural fairness. The rules respecting disclosure in detention reviews are thus supplemented by the requirement for procedural fairness imposed by the common law. The need for detainees to know the case against them creates a disclosure obligation. To be meaningful, the disclosure obligation cannot be limited to information on which the Minister intends to rely. All relevant information must be disclosed. Section 26 of the *Immigration Division Rules*,<sup>1</sup> even if followed, does not fulfill the minimum requirements of the common law duty of fairness. This is because the requirement to introduce evidence arises only where information provided is contradicted by another party. The statement in the *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF 3 “Admissibility, Hearings and Detention Review Proceedings”, that “[i]f the hearings officer recommends continued detention, the hearings officer should submit all available evidence to the ID in support of continued detention” (page 34) falls short of what procedural fairness requires. Procedural fairness requires that the detainee have advance disclosure of all evidence relevant to the section 248 criteria, regardless of whether the Minister relies on it to support continued detention. Thus, the lawful exercise of the power to order detention requires an adequate evidentiary foundation. This includes all relevant evidence relating to the factors under section 248 of the Regulations. In cases of inadequate disclosure, judicial review can be sought, on an expedited basis, and interim orders can be made compelling disclosure. Importantly, a detention decision may be vitiated if it is established that there has not been timely disclosure of

Le fardeau juridique n’est ni inversé ni modifié lorsque le ministre établit *prima facie* l’existence de motifs de détention. Le détenu n’est pas tenu en droit de faire quoi que ce soit. L’établissement de motifs de détention n’emporte pas le prononcé d’une ordonnance de détention; il signifie simplement qu’il existe des raisons d’envisager une ordonnance de détention. De plus, le fardeau juridique qui incombe au ministre ne change pas au fil des contrôles successifs des motifs de détention. En ce qui concerne la pertinence des décisions antérieures portant sur la détention, rien dans la LIPR, ni dans la jurisprudence, n’oblige la personne détenue à produire des nouveaux éléments de preuve à chaque nouveau contrôle des motifs de détention pour obtenir de la SI une issue différente. Rien dans la LIPR, ni dans la jurisprudence, n’oblige la personne détenue à prouver que les circonstances ont changé. Les commissaires de la SI sont contraints par la Loi et leur serment de tenir compte des circonstances propres à chaque personne dont la détention ou la liberté est en jeu, de façon impartiale et avec ouverture d’esprit. Chaque commissaire est tenu d’entreprendre sa propre évaluation indépendante des éléments qui militent pour et contre la détention.

En ce qui concerne l’équité procédurale, rien dans le libellé du régime de détention aux fins de l’immigration de la LIPR n’écarte l’obligation d’équité procédurale. L’obligation d’équité procédurale imposée en common law vient suppléer aux règles concernant la communication de la preuve pour le contrôle des motifs de détention. La nécessité pour les détenus de connaître la preuve produite contre eux crée une obligation de communication. Pour être significative, l’obligation de communication ne peut se limiter aux renseignements sur lesquels le ministre entend s’appuyer. Tous les renseignements pertinents doivent être communiqués. L’article 26 des *Règles de la Section de l’immigration*,<sup>1</sup> même s’il est respecté, ne répond pas entièrement aux exigences minimales de l’obligation d’équité prévue en common law. L’obligation de déposer les éléments de preuve ne s’applique que lorsque les renseignements fournis sont contestés par l’autre partie. Le *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF 3 « Enquêtes et contrôle de la détention » (ENF 3), indique que, « [s]i l’agent d’audience recommande le maintien en détention, il doit produire tous les éléments de preuve à la SI qui pourront être utiles à l’appui de sa recommandation » (à la page 40). L’équité procédurale exige plus que cela; elle exige que tous les éléments de preuve concernant les critères énoncés à l’article 248 soient communiqués à l’avance au détenu, que le ministre entende ou non s’appuyer sur ces éléments pour justifier le maintien en détention. L’exercice légitime du pouvoir d’ordonner la détention nécessite donc un fondement de preuve suffisant, y compris tous les éléments de preuve pertinents concernant les critères énoncés à l’article 248 du Règlement. En cas de communication inadéquate, le contrôle judiciaire peut être demandé, par

<sup>1</sup> Section 26 provides that if a party wants to use a document at a hearing, the party must provide a copy to the other party and the ID.

<sup>1</sup> Aux termes de l’article 26, pour utiliser un document à l’audience, la partie en transmet une copie à l’autre partie et à la SI.

material documents, which results in a breach of procedural fairness.

Regarding judicial oversight, judicial review tests the legality of a detention decision against the Charter and common law principles. But it also does much more; it tests the reasoning process, its transparency and its integrity. It examines the treatment of the discretionary factors and whether they were properly taken into account. It holds up the reasons to independent scrutiny to determine whether they pass legal muster from both a Charter and administrative law perspective.

voie d'instruction accélérée, et des mesures provisoires peuvent être prises pour ordonner la communication. Fait important, une décision de détention peut être invalidée s'il est établi que des documents importants n'ont pas été communiqués en temps opportun, ce qui constitue un manquement à l'équité procédurale.

En ce qui concerne l'encadrement judiciaire, le contrôle judiciaire permet de vérifier la légalité d'une décision de maintien en détention à la lumière de la Charte et des principes de la common law. Toutefois, il présente beaucoup d'autres utilités. Il permet de vérifier le raisonnement, sa transparence et son intégrité. Il permet d'examiner le traitement des facteurs discrétionnaires et de veiller à ce qu'ils aient bien été pris en compte. Il soumet les motifs de décision à un examen indépendant, afin de déterminer s'ils résistent à l'analyse, autant du point de vue de la Charte que du point de vue du droit administratif.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 38.01.  
*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. 1, 2(b), 7, 9, 11(b), 12, 15, 24.  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.  
*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 11, 31–37.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(1),(10)(a),(b),(c), 520, 521, 679(3).  
*Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1.  
*Customs Tariff*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 18.2.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 306–309, 317.  
*Immigration Act 1971*, (U.K.), c. 77, s. 25.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(h),(i),(3)(f), 34 to 37, 48(2), 55, 57, 58, 95(2), 117, 159(1)(h).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 244 to 248.  
*Immigration Division Rules*, SOR/2002-229, s. 26.  
*Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1.  
*Mental Health Act*, R.S.O. 1990, c. M-7.  
*Ministry of Correctional Services Act*, R.S.O. 1990, c. M.22, s. 17.

#### 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. 1, 2b), 7, 9, 11b), 12, 15, 24.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(1),(10)(a),b),c), 520, 521, 679(3).  
*Immigration Act 1971* (R.-U.), ch. 77, art. 25.  
*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.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38.01.  
*Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1990, ch. J.1.  
*Loi sur la santé mentale*, L.R.O. 1990, ch. M-7.  
*Loi sur le ministère des Services correctionnels*, L.R.O. 1990, ch. M.22, art. 17.  
*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 11, 31 à 37.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2, 18.2.  
*Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)(h),i),(3)(f), 34 à 37, 48(2), 55, 57, 58, 95(2), 117, 159(1)(h).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 244 à 248.  
*Règles de la Section de l'immigration*, DORS/2002-229, art. 26.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 306 à 309, 317.  
*Tarif des douanes*, L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 41.

## CASES CITED

## NOT FOLLOWED:

*Allen v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FC 486.

## APPLIED:

*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599.

## DISTINGUISHED:

*R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754.

## CONSIDERED:

*Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Chhina*, 2019 SCC 29, [2019] 2 S.C.R. 467, 433 D.L.R. (4th) 381; *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214, 30 Imm. L.R. (3d) 33 (T.D.); *Entertainment Software Association v. Society Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2020 FCA 100; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Hardial Singh*, [1984] 1 All E.R. 983, [1984] 1 W.L.R. 704 (Q.B.); *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Brown v. Canada (Public Safety)*, 2018 ONCA 14, 420 D.L.R. (4th) 124; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; *Canadian Civil Liberties Association v. Canada (Attorney General)*, 2019 ONCA 243, 433 D.L.R. (4th) 157, revg 2017 ONSC 7491 (CanLII), 140 O.R. (3d) 342; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; *R. v. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97, 86 C.C.C. (3d) 32 (Ont. C.A.); *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham*, 2004 FCA 4, [2004] 3 F.C.R. 572; *P.S. v. Ontario*, 2014 ONCA 900, 379 D.L.R. (4th) 191; *Toure v. Canada (Public Safety & Emergency Preparedness)*, 2018 ONCA 681, 40 Admin. L.R. (6th) 261; *Mission Institute v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Teksavvy Solutions Inc. v. Bell Media Inc.*, 2020 FCA 108, 74 C.P.R. (4th) 85.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION NON SUIVIE :

*Allen c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CF 486.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1989, CanLII 92; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Chhina*, 2019 CSC 29, [2019] 2 R.C.S. 467; *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214, 1994 CanLII 3521 (1<sup>re</sup> inst.); *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65; *R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Hardial Singh*, [1984] 1 All E.R. 983, [1984] 1 W.L.R. 704 (Q.B.); *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Brown v. Canada (Public Safety)*, 2018 ONCA 14, 420 D.L.R. (4th) 124; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 1988 CanLII 90; *Canadian Civil Liberties Association v. Canada (Attorney General)*, 2019 ONCA 243, 433 D.L.R. (4th) 157, infirmant 2017 ONSC 7491 (CanLII), 140 O.R. (3d) 342; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, 1986 CanLII 17; *R. v. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97, 86 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.); *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Thanabalasingham*, 2004 CAF 4, [2004] 3 R.C.F. 572; *P.S. v. Ontario*, 2014 ONCA 900, 379 D.L.R. (4th) 191; *Toure v. Canada (Public Safety & Emergency Preparedness)*, 2018 ONCA 681, 40 Admin. L.R. (6th) 261; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Teksavvy Solutions Inc. c. Bell Média Inc.*, 2020 CAF 108.

## REFERRED TO:

*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344; *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, (1995), 125 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555; *R. v. Levkovic*, 2013 SCC 25, [2013] 2 S.C.R. 204; *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700, 69 Imm. L.R. (4th) 297; *Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299, 438 D.L.R. (4th) 148; *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, [2005] 3 All E.R. 169; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, (1991), 125 N.R. 1; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, (1998), 157 D.L.R. (4th) 423; *McKay et al. v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, (1965), 53 D.L.R. (2d) 532; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Rooney*, 2016 FC 1097, [2017] 2 F.C.R. 375; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2015 FCA 73; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Myers*, 2019 SCC 18, [2019] 2 S.C.R. 105; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, (1992), 144 N.R. 176; *Chaudhary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401; *Ogiamien v. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220; *Canada v. Dadzie*, 2016 ONSC 6045 (CanLII), [2016] O.J. n° 5185 (QL); *Scotland v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 4850 (CanLII), 52 Imm. L.R. (4th) 188; *Ali v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 4850 (CanLII), 26 Admin. L.R. (4th) 188; *Ali v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 2660 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 78; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Stables v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1319, [2013] 3 F.C.R. 240; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000]

## DÉCISIONS CITÉES :

*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 1999 CanLII 699; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 R.C.F. 229; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, 1998 CanLII 837; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, 1995 CanLII 112; *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555; *R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25, [2013] 2 R.C.S. 204; *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700; *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299; *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, 1985 CanLII 65; *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, [2005] 3 All E.R. 169; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 1991 CanLII 104; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 1992 CanLII 72; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, 1998 CanLII 815; *McKay et al. v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Rooney*, 2016 CF 1097, [2017] 2 R.C.F. 375; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, 1990 CanLII 49; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2015 CAF 73; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, 1992 CanLII 74; *R. c. Myers*, 2019 CSC 18, [2019] 2 R.C.S. 105; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, 1992 CanLII 53; *Chaudhary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401; *Ogiamien v. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220; *Canada v. Dadzie*, 2016 ONSC 6045 (CanLII), [2016] O.J. n° 5185 (QL); *Scotland v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 4850 (CanLII), 52 Imm. L.R. (4th) 188; *Ali v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 2660 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 78; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Stables c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1319, [2013] 3 R.C.F. 240; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385,

2 S.C.R. 90; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, (1990), 121 N.R. 198; *R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, (1999), 175 D.L.R. (4th) 193; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, (1990), 72 D.L.R. (4th) 289; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Hamdan*, 2019 FC 1129; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Berisha*, 2012 FC 1100, [2014] 1 F.C.R. 574; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, (1993), 101 D.L.R. (4th) 654; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781; *Kane v. Bd. of Governors of U.B.C.*, [1980] 1 S.C.R. 1105, (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Li*, 2009 FCA 85, [2010] 2 F.C.R. 433; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Arook*, 2019 FC 1130; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Taino*, 2020 FC 427; *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Shen*, 2020 FC 405; *R. v. Bird*, 2019 SCC 7, [2019] 1 S.C.R. 409; *MPSEP v. Mustafa Abdi Faarah*, IMM-1347-19, Boswell J., order dated February 26, 2019 (F.C.); *MPSEP v. Martin Sevic*, IMM-1375-20, Fothergill J., order dated February 26, 2020 (F.C.); *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Ahmed*, 2019 FC 1006; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Baniashkar*, 2019 FC 729; *MPSEP v. Afshin Ignani Maleki*, IMM-2466-20, Zinn, J., order dated June 2, 2020 (F.C.); *MPSEP v. Dawei Shen*, IMM-1626-20, Elliott J., order dated March 19, 2020 (F.C.); *Fond du Lac First Nation v. Mercredi*, 2020 FCA 59; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. LeBon*, 2013 FCA 55, 444 N.R. 93; *D'Errico v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 95, 459 N.R. 167; *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 195.

1990 CanLII 50; *R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, 1999 CanLII 694; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, 1990 CanLII 70; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Hamdan*, 2019 CF 1129; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Berisha*, 2012 CF 1100, [2014] 1 R.C.F. 574; *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, 1985 CanLII 23; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, 1993 CanLII 128; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781; *Kane c. Cons. d'administration de l'U.C.B.*, [1980] 1 R.C.S. 1105, 1980 CanLII 10; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) v. Li*, 2009 CAF 85, [2010] 2 R.C.F. 433; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Arook*, 2019 CF 1130; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Taino*, 2020 CF 427; *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Shen*, 2020 CF 405; *R. c. Bird*, 2019 CSC 7, [2019] 1 R.C.S. 409; *MPSEP v. Mustafa Abdi Faarah*, IMM-1347-19, le juge Boswell, ordonnance en date du 26 février 2019 (C.F.); *MPSEP v. Martin Sevic*, IMM-1375-20, le juge Fothergill, ordonnance en date du 26 février 2020 (C.F.); *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Ahmed*, 2019 CF 1006; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Baniashkar*, 2019 CF 729; *MPSEP v. Afshin Ighani Maleki*, IMM-2466-20, le juge Zinn, ordonnance en date du 2 juin 2020 (C.F.); *MPSEP v. Dawei Shen*, IMM-1626-20, la juge Elliott, ordonnance en date du 19 mars 2020 (C.F.); *Première nation Denesuline de Fond du Lac c. Mercredi*, 2020 CAF 59; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. LeBon*, 2013 CAF 55; *D'Errico c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 95; *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 195.

## AUTHORS CITED

Brown, Donald J. M. and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf. Toronto: Thomson Reuters, 2019.  
 Citizenship and Immigration Canada. *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF 3 “Admissibility, Hearings and Detention Review Proceedings”.

## DOCTRINE CITÉE

Brown, Donald J. M. et John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles. Toronto : Thomson Reuters, 2019.  
 Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF 3 : « Enquêtes et contrôle de la détention ».

Daly, Paul. “To Have the Point: *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Chhina*, 2019 SCC 29” (5 June 2019) online: *Administrative Law Matters* <[www.administrativelawmatters.com/blog/2019/06/05/to-have-the-point-canada-public-safety-and-emergency-preparedness-v-chhina-2019-scc-29/](http://www.administrativelawmatters.com/blog/2019/06/05/to-have-the-point-canada-public-safety-and-emergency-preparedness-v-chhina-2019-scc-29/)>.

Immigration and Refugee Board of Canada, *Chairperson Guideline 2: Detention*. Ottawa: Immigration and Refugee Board of Canada, April 1, 2019.

Jones, Martin and Sasha Baglay. *Refugee Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2017.

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. Toronto: Lexis Nexis, 2018.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: Lexis Nexis, 2014.

United Nations. General Assembly. *United Nations Basic Principles and Guidelines on the right of anyone deprived of their liberty to bring proceedings before a court*, 4 May 2015, WGAD/CRP.1/2015.

United Nations High Commissioner for Refugees. *Guideline on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012.

APPEAL from a Federal Court decision (2017 FC 710, [2018] 2 F.C.R. 453) dismissing the appellants’ *Canadian Charter of Rights and Freedoms* challenge regarding the detention regime under the *Immigration and Refugee Protection Act*. Appeal dismissed.

#### APPEARANCES

*Jared Will* and *Jean Marie Vecina* for appellant Alvin Brown.  
*Swathi V. Sekhar* for appellant End Immigration Detention Network.  
*Bernard Assan* and *Charles Julian Jubenville* for respondents.  
*Sharryn Aiken*, *Maureen Silcoff* and *Aris Daghighian* for interveners.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Jared Will & Associates*, Toronto, for appellant Alvin Brown.

Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada, *Directives numéro 2 du président : Détention*. Ottawa : Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada, 1<sup>er</sup> avril 2019.

Daly, Paul. « To Have the Point : *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Chhina*, 2019 SCC 29 » (5 juin 2019) en ligne : *Administrative Law Matters* <[www.administrativelawmatters.com/blog/2019/06/05/to-have-the-point-canada-public-safety-and-emergency-preparedness-v-chhina-2019-scc-29/](http://www.administrativelawmatters.com/blog/2019/06/05/to-have-the-point-canada-public-safety-and-emergency-preparedness-v-chhina-2019-scc-29/)>.

Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés. *Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d’asile et alternatives à la détention*, 2012.

Jones, Martin et Sasha Baglay. *Refugee Law*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Irwin Law, 2017.

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant et Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 5<sup>e</sup> éd. Toronto : Lexis Nexis, 2018.

Nations Unies. Assemblée générale. *Principes de base et lignes directrices des Nations Unies sur les voies et procédures permettant aux personnes privées de liberté d’introduire un recours devant un tribunal*, 4 mai 2015, WGAD/CRP.1/2015.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3<sup>e</sup> éd. Toronto : Irwin Law, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : Lexis Nexis, 2014.

APPEL d’une décision (2017 CF 710, [2018] 2 R.C.F. 453 par laquelle la Cour fédérale a rejeté la contestation par les appelants, fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, du régime de détention aux fins de l’immigration établi par la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Appel rejeté.

#### ONT COMPARU :

*Jared Will* et *Jean Marie Vecina* pour l’appelant Alvin Brown.  
*Swathi V. Sekhar* pour l’appelant End Immigration Detention Network.  
*Bernard Assan* et *Charles Julian Jubenville* pour les intimés.  
*Sharryn Aiken*, *Maureen Silcoff* et *Aris Daghighian* pour les intervenants.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Jared Will & Associates*, Toronto, pour l’appelant Alvin Brown.

*Deputy Attorney General of Canada*  
for respondents.  
*Legal Aid Ontario Refugee Law Office, Toronto,*  
for interveners.

*La sous-procureure générale du Canada pour*  
*les intimés.*  
*Bureau du droit des réfugiés, Aide juridique*  
*Ontario, Toronto, pour les intervenants.*

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

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

RENNIE J.A.:

LE JUGE RENNIE, J.C.A. :

Table of Contents

Table des matières

	Paragraph		Paragraphe
I. Overview.....	1	I. Aperçu.....	1
II. The detention provisions of the IRPA comply with sections 7 and 9 of the Charter.....	28	II. Les dispositions de la LIPR relatives à la détention respectent les articles 7 et 9 de la Charte .....	28
III. Limitations on the power of detention ...	40	III. Limites quant au pouvoir de détention...	40
(a) <i>Jordan</i> distinguished .....	48	a) Distinction d’avec l’arrêt <i>Jordan</i>	48
(b) Other jurisdictions and interna- tional law .....	54	b) Autres compétences et droit international.....	54
(c) Conclusion on sections 7 and 9 ...	60	c) Conclusion concernant les ar- ticles 7 et 9.....	60
IV. Discretion and constitutionality .....	61	IV. Pouvoir discrétionnaire et constitutionnalité.....	61
V. A detention review hearing that complies with the Charter and administrative law.....	89	V. Audience de contrôle des motifs de détention conforme à la Charte et au droit administratif.....	89
(a) The nexus to an immigration purpose .....	90	a) Lien avec un objectif d’immigration.....	90
(b) Section 12.....	103	b) Article 12.....	103
(c) The legal burden.....	118	c) Fardeau juridique.....	118
(d) The relevance of previous de- tention decisions.....	130	d) Pertinence des décisions anté- rieures portant sur la détention...	130
(e) Procedural fairness.....	136	e) Équité procédurale.....	136
VI. Judicial oversight .....	150	VI. Encadrement judiciaire .....	150
VII. Conclusion .....	162	VII. Conclusion .....	162

I. Overview

I. Aperçu

[1] Enforcement of removal orders by the Canada Border Services Agency (CBSA) is an everyday occurrence in this country. In most cases, removal proceeds in an expeditious manner. But sometimes it does not. The person to be removed may not report. The receiving

[1] Chaque jour au pays, l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) doit exécuter des mesures de renvoi. Dans la plupart des cas, le renvoi se fait de manière expéditive, mais il n’en est pas toujours ainsi. Parfois, la personne qui doit être renvoyée ne se présente

country may delay or refuse to issue the necessary travel documents. Sometimes the political situation in the receiving country is unstable, or removal carries an unacceptable risk of human rights violations. Significant delays can result, placing the person subject to removal in an administrative and legal limbo. The person has no right to remain in Canada but Canada has no ability to effect the removal.

[2] For certain foreign nationals, there may also be reasonable grounds to believe that they pose a danger to the public or are a flight risk and may not report to the CBSA for removal. In such cases, the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board of Canada may order their arrest and detention pending removal (*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, section 55 (IRPA)).

[3] Over the course of a year, over 5 000 persons, inadmissible to Canada for various reasons, are held in immigration detention, either in immigration holding centres operated by the CBSA or in provincial correctional institutions. The vast majority of detentions are of short or intermittent duration—far less than 100 days. But some detainees are held for much longer. The appellant, Alvin John Brown, is an example of the latter.

[4] The Federal Court has described the facts surrounding Mr. Brown's stay in Canada and eventual removal (2017 FC 710, [2018] 2 F.C.R. 453 [reasons], *per* Fothergill J., at paragraphs 9–18). He was found to be inadmissible to Canada on the basis of a series of criminal convictions. At the end of his term of imprisonment he was ordered detained pending removal because he was both a danger to the public and a flight risk. Notwithstanding the increasing length of Mr. Brown's detention, at each of his subsequent detention reviews the ID ordered that he continue to be detained.

pas. Parfois, le pays d'accueil peut retarder ou refuser la délivrance des titres de voyage nécessaires. Parfois, la situation politique dans le pays d'accueil est instable ou le renvoi comporte un risque inacceptable de violation des droits de la personne. Il peut en résulter des retards importants qui placent la personne faisant l'objet de la mesure de renvoi dans une situation incertaine sur les plans administratif et juridique : elle n'est pas autorisée à demeurer au Canada, mais le Canada ne peut exécuter la mesure de renvoi.

[2] Dans le cas de certains étrangers, il peut également y avoir des motifs raisonnables de croire qu'ils constituent un danger pour la sécurité publique ou présentent un risque de fuite et sont susceptibles de se soustraire à la mesure de renvoi. Dans de tels cas, la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada peut ordonner leur arrestation et leur détention préalable au renvoi (*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, article 55 (LIPR)).

[3] Au cours d'une année, plus de 5 000 personnes, interdites de territoire au Canada pour diverses raisons, sont détenues par les autorités de l'immigration, soit dans un centre de détention pour immigrants de l'ASFC soit dans un établissement correctionnel provincial. La détention est courte ou intermittente dans la grande majorité des cas et dure bien moins que 100 jours. Or, certains détenus sont mis en détention beaucoup plus longtemps. C'est le cas de l'appelant, Alvin John Brown.

[4] La Cour fédérale décrit les faits entourant le séjour de M. Brown au Canada, puis son renvoi (2017 CF 710, [2018] 2 R.C.F. 453 [motifs] le juge Fothergill, aux paragraphes 9 à 18). Il a été déclaré interdit de territoire au Canada en raison de plusieurs infractions criminelles. À l'issue de son incarcération, on a ordonné qu'il soit détenu en attendant l'exécution de la mesure de renvoi, au motif qu'il constituait un danger pour la sécurité publique et présentait un risque de fuite. Même si la détention de M. Brown se prolongeait, la SI a ordonné, après chaque contrôle subséquent des motifs de détention, qu'elle se poursuive.

[5] Mr. Brown was held in provincial correctional institutions in Ontario from September 2011 until his deportation to Jamaica five years later in September 2016. Despite repeated and continuous efforts, the CBSA was unable to obtain a travel document for Mr. Brown from the Jamaican High Commission during this time.

[6] In the Federal Court, Mr. Brown, together with the End Immigration Detention Network, a third party with public interest standing, challenged the constitutionality of the immigration detention regime established under sections 57 and 58 of the IRPA and sections 244 to 248 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations). There, they contended that the regime violates sections 7, 9, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44 (Charter)].

[7] Although Mr. Brown had been removed from Canada by the time of the hearing, no one asserted the objection of mootness. Nevertheless, the Federal Court considered mootness and, after reviewing the jurisprudence, exercised its discretion to hear the application in the public interest. No one raised mootness in this Court and there is no reason on this record to second-guess the Federal Court's exercise of discretion.

[8] The Federal Court dismissed the appellants' Charter challenge. They now appeal to this Court on the basis of the following certified question:

Does the [Charter] impose a requirement that detention for immigration purposes not exceed a prescribed period of time, after which it is presumptively unconstitutional, or a maximum period, after which release is mandatory?

[9] Once a question is certified, all issues that bear upon the disposition of the appeal are at large (*Baker v. Canada*

[5] M. Brown a été détenu dans des établissements correctionnels provinciaux de l'Ontario de septembre 2011 jusqu'à son renvoi en Jamaïque cinq ans plus tard, en septembre 2016. Durant cette période, malgré des efforts répétés et continus, l'ASFC n'a pas été en mesure d'obtenir un titre de voyage pour M. Brown auprès du haut-commissariat de la Jamaïque.

[6] Devant la Cour fédérale, M. Brown et le End Immigration Detention Network, un tiers à qui la Cour a accordé qualité pour agir dans l'intérêt public, ont contesté la constitutionnalité du régime de détention aux fins de l'immigration établi au titre des articles 57 et 58 de la LIPR et des articles 244 à 248 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement). Ils ont affirmé que le régime contrevient aux articles 7, 9, 12 et 15 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 (Charte)].

[7] Même si le renvoi de M. Brown du Canada avait été exécuté au moment de l'audience, personne n'a soulevé d'objection au motif que l'affaire était devenue théorique. La Cour fédérale a toutefois examiné cette question et, à la lumière de la jurisprudence, a exercé son pouvoir discrétionnaire pour entendre la demande dans l'intérêt public. Personne n'a soulevé la question du caractère théorique devant notre Cour, et rien au dossier ne justifie que l'on mette en doute l'exercice qu'a fait la Cour fédérale de son pouvoir discrétionnaire.

[8] La Cour fédérale a rejeté la contestation des appelants fondée sur la Charte. Ils interjettent maintenant appel devant notre Cour sur le fondement de la question certifiée suivante :

La [Charte] impose-t-elle une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l'immigration ne doit pas dépasser une période de temps prescrite, sans quoi la détention est présumée inconstitutionnelle, ou une période de temps maximal, sans quoi la mise en liberté est obligatoire?

[9] Une fois qu'une question est certifiée, la Cour peut examiner toutes les questions pouvant avoir une incidence

(*Minister of Citizenship and Immigration*), [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 (*Baker*), at paragraph 12; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344, at paragraph 50; *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229, at paragraph 37).

[10] In this Court, the appellants renew their constitutional challenge. They are supported by two interveners: the Canadian Association of Refugee Lawyers and the Canadian Centre for International Justice. The interveners advocate for specific procedural protections for immigration detainees including mandatory release dates, early disclosure by the Minister of Public Safety of any evidence relevant to a detainee's case, and the imposition of an onus on the Minister of Public Safety to establish, with strong supporting reasons, that continued detention is warranted.

[11] Casting a shadow on the appellants' constitutional challenge is the Supreme Court of Canada decision, *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui*). There, the Supreme Court prescribed the process and protections required to ensure that lengthy and indeterminate detention is consistent with detainees' rights under sections 7 and 12 of the Charter.

[12] The Supreme Court's conclusions in *Charkaoui* are set forth in paragraph 96:

The s. 12 issue of cruel and unusual treatment is intertwined with s. 7 considerations, since the indefiniteness of detention, as well as the psychological stress it may cause, is related to the mechanisms available to the detainee to regain liberty. It is not the detention itself, or even its length, that is objectionable. Detention itself is never pleasant, but it is only cruel and unusual in the legal sense if it violates accepted norms of treatment. Denying the means required by the principles of fundamental justice to challenge a detention may render the detention arbitrarily indefinite and support the argument that it is cruel or unusual.

sur l'issue de l'appel (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 1999 CanLII 699 (*Baker*), au paragraphe 12; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344, au paragraphe 50; *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229, au paragraphe 37).

[10] Devant notre Cour, les appelants maintiennent leur contestation constitutionnelle. Ils ont l'appui de deux intervenants : l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés et le Centre canadien pour la justice internationale. Les intervenants sollicitent certaines protections procédurales pour les personnes détenues aux fins de l'immigration, y compris la mise en liberté d'office après l'expiration d'un délai précis, la communication rapide par le ministre de la Sécurité publique de tout élément de preuve pertinent au regard du dossier d'une personne détenue et l'imposition au ministre de la Sécurité publique de la charge d'établir, sur le fondement de solides motifs, que le maintien en détention est justifié.

[11] L'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui*), jette une ombre sur la contestation constitutionnelle des appelants. Dans cet arrêt, la Cour suprême prescrit le processus et les protections nécessaires pour que la détention prolongée ou pour une durée indéterminée respecte les droits que les articles 7 et 12 de la Charte garantissent aux détenus.

[12] Les conclusions de la Cour suprême dans l'arrêt *Charkaoui* figurent au paragraphe 96 :

La question de la peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 est étroitement liée aux considérations relatives à l'art. 7, puisque le caractère indéterminé de la détention ainsi que le stress psychologique qui en découle sont liés aux mécanismes offerts au détenu pour recouvrer sa liberté. Ce n'est pas la détention en soi, ni même sa durée, qui est condamnable. Il est vrai que la détention en soi n'est jamais agréable, mais elle n'est cruelle et inusitée au sens juridique que si elle déroge aux normes de traitement reconnues. L'absence des moyens requis par les principes de justice fondamentale pour contester une détention peut en faire une détention d'une durée indéterminée arbitraire et servir à étayer l'argument selon lequel elle est cruelle ou inusitée.

[13] Elsewhere, at paragraph 105 of *Charkaoui*, the Supreme Court recognized that immigration detention may have to be or may practically end up being indeterminate: “[i]t is thus clear that while the *IRPA* in principle imposes detention only pending deportation, it may in fact permit lengthy and indeterminate detention or lengthy periods subject to onerous release conditions.” It rejected the detainee’s argument that after 5 years his detention had become indefinite and, thus, unconstitutional for that reason.

[14] The Supreme Court held that extended periods of detention under the *IRPA* do not violate the Charter if they are accompanied by regular review of the reasons for detention, the length of detention, the reasons for the delay in removal, the anticipated future length of detention and the availability of alternatives to detention such as release on conditions ([*Charkaoui*], at paragraphs 110–117).

[15] But the Supreme Court also foresaw that cases could arise where a particular detention was not Charter compliant. In these circumstances, the Court concluded that, although prolonged detention under the regime established by the *IRPA* was constitutional, “this does not preclude the possibility of a judge concluding at a certain point that a particular detention constitutes cruel and unusual treatment or is inconsistent with the principles of fundamental justice, and therefore infringes the *Charter* in a manner that is remediable under s. 24(1) of the *Charter*” (at paragraph 123).

[16] *Charkaoui* stands in the way of the appellants’ argument that lengthy or indeterminate detention is *per se* unconstitutional. In response, the appellants launch a frontal attack on *Charkaoui*.

[17] The appellants contend that where removal is no longer reasonably foreseeable, release is the only constitutionally compliant outcome, and the failure of the *IRPA* to expressly require release “in these circumstances” renders the scheme constitutionally deficient. Analogizing to the principles expressed in *R. v. Jordan*,

[13] Au paragraphe 105 du même arrêt, la Cour suprême reconnaît que la détention aux fins de l’immigration peut être d’une durée indéterminée : « [i]l est donc clair que la *LIPR*, qui n’impose en principe la détention qu’en attendant l’expulsion, peut en fait permettre une détention prolongée ou pour une durée indéterminée et l’assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période ». La Cour rejette l’argument du détenu selon lequel, après cinq ans, sa détention a dorénavant une durée indéterminée; partant, elle est inconstitutionnelle.

[14] La Cour suprême affirme que les longues périodes de détention permises par les dispositions de la *LIPR* ne contreviennent pas à la Charte lorsqu’elles sont assorties d’un processus permettant le contrôle régulier des motifs de la détention, du temps passé en détention, des raisons qui retardent l’expulsion, de la durée anticipée du prolongement de la détention et de l’existence de solutions de rechange à la détention comme la mise en liberté sous conditions (*Charkaoui*, aux paragraphes 110 à 117).

[15] Toutefois, la Cour suprême anticipe également la possibilité d’une détention non conforme à la Charte. Dans ce cas, selon la Cour, même si la détention prolongée sous le régime de la *LIPR* n’est pas inconstitutionnelle, « [c]ela n’écarte toutefois pas la possibilité que, dans un cas particulier, un juge arrive à la conclusion que la détention constitue un traitement cruel et inusité ou est incompatible avec les principes de justice fondamentale, de sorte qu’elle constitue une violation de la *Charte* ouvrant droit à réparation conformément au par. 24(1) de la *Charte* » (au paragraphe 123).

[16] L’arrêt *Charkaoui* fait obstacle à l’argument des appelants, selon lequel la détention prolongée ou pour une durée indéterminée est en soi inconstitutionnelle. En réponse, les appelants attaquent de front l’arrêt *Charkaoui*.

[17] Les appelants soutiennent que, lorsque le renvoi n’est plus raisonnablement prévisible, la mise en liberté est la seule issue conforme à la Constitution; l’absence de dispositions dans la *LIPR* prévoyant expressément la mise en liberté [TRADUCTION] « dans ces circonstances » rend le régime inconstitutionnel. Établissant une analogie

2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631 (*Jordan*) the appellants contend that their section 7 and 9 Charter rights can only be protected by judicially mandated limits on the length of detention or, alternatively, that the scheme should be declared unconstitutional under section 52 [of the *Constitution Act, 1982*]. They say that *Charkaoui* must be read in light of the principles expressed in *Jordan*.

[18] The appellants advance a second attack on the detention scheme. The appellants say the fact that the legislation grants a discretionary power that may be exercised in an unconstitutional manner renders the enabling provision unconstitutional. The appellants contend that for the detention provisions of the IRPA to pass constitutional muster, it must be impossible for the ID to order detention when there is no reasonable prospect of removal.

[19] The appellants and interveners also argue that the detention scheme offends section 7 of the Charter because it places an onus on detainees to justify why they should be released. As well, the appellants and interveners challenge the constitutionality of detention orders under section 12 of the Charter because the ID has no control over the location and conditions of detention. They also raise a procedural fairness challenge based on the limited disclosure by the Minister during detention hearings.

[20] The arguments challenging the detention scheme fail and so I would dismiss the appeal. However, as will be seen, ID members conducting detention reviews and judges sitting in judicial review, must consider Charter and administrative law standards. Although the appellants' challenge to the validity of the sections fails, many of their arguments are vindicated by what is said in these reasons concerning what judges conducting detention reviews must consider.

avec les principes exprimés dans l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631 (*Jordan*), les appelants soutiennent que les droits qui leur sont garantis aux articles 7 et 9 de la Charte ne peuvent être protégés que par une limite imposée par les tribunaux quant à la durée de la détention ou, subsidiairement, que le régime devrait être déclaré inconstitutionnel en vertu de l'article 52 [de la *Loi constitutionnelle de 1982*]. Ils affirment que l'arrêt *Charkaoui* doit être interprété à la lumière des principes énoncés dans l'arrêt *Jordan*.

[18] Les appelants font valoir un second argument contre le régime de détention. Ils affirment que la disposition habilitante est inconstitutionnelle, car elle accorde un pouvoir discrétionnaire qui peut être exercé d'une manière inconstitutionnelle. Selon eux, pour que les dispositions de la LIPR portant sur la détention soient jugées constitutionnelles, il doit être impossible pour la SI d'ordonner la détention lorsqu'il n'existe aucune possibilité raisonnable de renvoi.

[19] Les appelants et les intervenants affirment également que le régime de détention contrevient à l'article 7 de la Charte parce qu'il impose aux détenus la charge de justifier leur remise en liberté. De plus, ils contestent la constitutionnalité des ordonnances de détention sur le fondement de l'article 12 de la Charte, parce que la SI n'a pas de pouvoir sur le lieu et les conditions de la détention. Ils soulèvent également un argument fondé sur l'équité procédurale vu les renseignements limités communiqués par le ministre durant les audiences sur la détention.

[20] Les arguments contre le régime de détention ne peuvent être retenus. Par conséquent, je rejeterais l'appel. Toutefois, comme nous l'expliquons ci-après, les commissaires de la SI qui procèdent au contrôle des motifs de détention et les juges qui président au contrôle judiciaire doivent tenir compte de la Charte et des normes du droit administratif. Bien que les appelants n'aient pas gain de cause dans leur contestation de la légalité des dispositions, plusieurs de leurs arguments sont validés par les conclusions énoncées dans les présents motifs quant aux éléments dont il faut tenir compte au moment du contrôle judiciaire des motifs de détention.

[21] All Charter analysis begins with an informed understanding of the legislation in question. The legislation must first be interpreted according to the accepted principles of statutory interpretation (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 26; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 21). And in examining the effects of the legislation, as is necessary when applying the Charter, we must understand how it operates against the backdrop of accepted common law and administrative law principles (see, e.g., *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at page 1049, (1995), 125 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555, at paragraphs 43–45; *R. v. Levkovic*, 2013 SCC 25, [2013] 2 S.C.R. 204, at paragraph 78; Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 3rd ed. (Toronto: Irwin Law, 2016), at page 315).

[22] When the detention provisions are read in light of their text, context and purpose, there is no infringement of sections 7, 9 or 12 of the Charter. The detention scheme possesses the same hallmarks of constitutionality that allowed the Supreme Court in *Charkaoui* to find that extended periods of detention under the IRPA's security certificate detention scheme did not contravene sections 7 and 12 of the Charter. These hallmarks include robust and timely review of the continued need for detention, the ability to “consider terms and conditions that would neutralize the danger” and the “fashion[ing of] conditions that would neutralize the risk of danger upon release” together with power to order release if satisfied that the need for detention no longer exists (*Charkaoui*, at paragraphs 117, 119–123).

[23] *Charkaoui* is also clear guidance from the Supreme Court, along with many other leading authorities, that the recourse against an improper exercise of discretion resulting in the over-holding of a detainee is an application to quash that exercise of discretion under administrative law principles and section 24 of the Charter, not to strike down the section under section 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[21] Toutes les analyses fondées sur la Charte doivent débiter par une compréhension éclairée de la loi en question. La loi doit d'abord être interprétée selon les principes reconnus d'interprétation des lois (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 26; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, 1998 CanLII 837, au paragraphe 21). En outre, en examinant les effets de la loi, comme il se doit quand la Charte est invoquée, il faut en comprendre l'application à la lumière des principes reconnus de la common law et du droit administratif (voir, par exemple, *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, à la page 1049, 1995 CanLII 112; *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555, aux paragraphes 43 à 45; *R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25, [2013] 2 R.C.S. 204, au paragraphe 78; Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto : Irwin Law, 2016, à la page 315).

[22] Les dispositions sur la détention, à la lumière de leur texte, de leur contexte et de leur objet, ne contreviennent pas aux articles 7, 9 ou 12 de la Charte. Le régime de détention possède les critères de validité constitutionnelle qui ont permis à la Cour suprême, dans l'arrêt *Charkaoui*, de conclure que les périodes prolongées de détention découlant du régime de certificats de sécurité établi par la LIPR ne violaient pas les articles 7 et 12 de la Charte. Ces critères incluent le contrôle vigoureux et opportun du maintien en détention pour en déterminer la nécessité, la capacité de « prendre en considération les conditions qui neutraliseraient le danger » et de « concevoir des conditions efficaces pour neutraliser le risque associé à la mise en liberté » et le pouvoir d'ordonner une mise en liberté si la nécessité d'une détention n'est plus présente (*Charkaoui*, aux paragraphes 117 et 119 à 123).

[23] L'arrêt *Charkaoui* nous enseigne également, tout comme de nombreux autres précédents, qu'en cas d'exercice indu du pouvoir discrétionnaire ayant entraîné la détention prolongée d'un détenu, le recours est la demande en annulation présentée suivant les principes du droit administratif et de l'article 24 de la Charte. Ce n'est pas la demande en invalidation de la disposition habilitante présentée en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[24] Two opening observations are in order.

[25] First, this appeal involves nothing more than applying settled principles to specific legislation and a specific evidentiary record. There is no real dispute between the parties on the settled principles. Thus, I will not elaborate on either the general content of section 7 (see, e.g., *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700, 69 Imm. L.R. (4th) 297, at paragraphs 76–90; *Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299, 438 D.L.R. (4th) 148, at paragraphs 78–87) or the two-stage process to be followed when applying section 7 (*Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165, at paragraph 68 and *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paragraph 58). It is sufficient to say that Mr. Brown’s Charter rights are engaged, and that as a foreign national in Canada he has standing to challenge this legislative scheme using sections 7, 9 and 12 of the Charter (*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pages 201–202, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; see also *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754 (*Appulonappa*), at paragraph 23). Nor is there any dispute over the scope and content of sections 7, 9 and 12.

[26] The second observation relates to the Supreme Court decision in *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Chhina*, 2019 SCC 29, [2019] 2 S.C.R. 467, 433 D.L.R. (4th) 381 (*Chhina*), rendered while this appeal was under reserve and on which the parties made additional written submissions. A comment is required on the relevance of *Chhina* to the issues in this appeal.

[27] The constitutionality of the immigration detention scheme was not in issue before the Supreme Court in *Chhina*. The focus of that case was the availability of *habeas corpus* as an alternative remedy to judicial review to determine the legality of a detention order. The case did not require a full interpretation of the IRPA detention provisions and none was done. The questions raised here have not been answered. Nor did the Supreme Court in *Chhina* reverse or cast any doubt on

[24] Deux observations préliminaires s’imposent.

[25] D’abord, le présent appel ne nécessite rien de plus que l’application des principes établis à une loi précise et à un dossier de preuve précis. Il n’y a pas réellement de différend entre les parties en ce qui concerne les principes établis. Par conséquent, je ne m’attarde pas sur la teneur générale de l’article 7 de la Charte (voir, par exemple, *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700, aux paragraphes 76 à 90; *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299, aux paragraphes 78 à 87) ou sur l’analyse à deux volets qu’appelle l’article 7 (*Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165, au paragraphe 68, et *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, au paragraphe 58). Il suffit de dire que les droits que la Charte garantit à M. Brown sont en jeu, et qu’à titre d’étranger au Canada, il a qualité pour contester ce régime légal en invoquant les articles 7, 9 et 12 de la Charte (*Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pages 201 et 202, 1985 CanLII 65; voir également *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754 (*Appulonappa*), au paragraphe 23). Il n’y a également pas de différend concernant la portée et la teneur des articles 7, 9 et 12.

[26] La seconde observation a trait à l’arrêt de la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Chhina*, 2019 CSC 29, [2019] 2 R.C.S. 467 (*Chhina*). Cet arrêt a été rendu pendant que le présent appel était en délibéré, et les parties ont présenté des observations écrites supplémentaires à ce propos. Un commentaire s’impose sur la pertinence de l’arrêt *Chhina* à l’égard des questions soulevées dans le présent appel.

[27] La constitutionnalité du régime de détention aux fins de l’immigration n’était pas en litige devant la Cour suprême dans l’affaire *Chhina*. Cette dernière portait sur la possibilité de recourir à une demande d’*habeas corpus*, plutôt qu’au contrôle judiciaire, pour déterminer la légalité d’une ordonnance de détention. L’affaire ne nécessitait pas une interprétation complète des dispositions de la LIPR relatives à la détention, et aucune n’a été faite. La Cour suprême n’a pas répondu aux

*Charkaoui*, which directly applies to the question before this Court.

II. The detention provisions of the IRPA comply with sections 7 and 9 of the Charter

[28] Under sections 34 to 37 of the IRPA, a foreign national may be inadmissible and liable to removal on grounds of security, a violation of human or international rights, serious criminality or organized criminality. Unless the removal order is stayed by the Federal Court, the foreign national against whom it is made “must leave Canada immediately and the order must be enforced as soon as possible” (IRPA, subsection 48(2)).

[29] Under subsection 55(1), the ID may issue a warrant for the arrest and detention of a foreign national where there are reasonable grounds to believe they are inadmissible and pose a danger to the public or are a flight risk. No warrant is required for foreign nationals that are not protected persons, as defined under subsection 95(2) of the IRPA, and are a danger to the public or a flight risk, or whose identity cannot be confirmed (IRPA, subsection 55(2)).

[30] Within 48 hours of arrest, or otherwise without delay, the ID is required to review the reasons for detention advanced by the Minister responsible for the CBSA, the Minister of Public Safety (IRPA, subsection 57(1)). If the ID concludes that a detention order is appropriate, a second review must take place within the following seven days, and then again, if necessary, within every subsequent 30-day period (IRPA, subsection 57(2)).

[31] Subsection 58(1) stipulates that grounds for detention may exist in five circumstances:

**Release — Immigration Division**

**58** (1) The Immigration Division shall order the release of a permanent resident or a foreign national unless it is satisfied, taking into account prescribed factors, that

questions qui sont soulevées en l’espèce. Elle n’a pas non plus écarté ou mis en doute l’arrêt *Charkaoui*, qui concerne directement la question que doit trancher notre Cour.

II. Les dispositions de la LIPR relatives à la détention respectent les articles 7 et 9 de la Charte

[28] Aux termes des articles 34 à 37 de la LIPR, un étranger peut être interdit de territoire et passible de renvoi pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux, pour grande criminalité et pour criminalité organisée. À moins que la Cour fédérale ne sursoie à la mesure de renvoi, l’étranger visé par cette mesure « doit immédiatement quitter le territoire du Canada, la mesure devant être exécutée dès que possible » (LIPR, paragraphe 48(2)).

[29] Aux termes du paragraphe 55(1), la SI peut lancer un mandat en vue de l’arrestation et de la détention d’un étranger dont elle a des motifs raisonnables de croire qu’il est interdit de territoire et qu’il constitue un danger pour la sécurité publique ou présente un risque de fuite. Aucun mandat n’est nécessaire pour l’étranger qui n’est pas une personne protégée au sens du paragraphe 95(2) de la LIPR et qui constitue un danger pour la sécurité publique ou présente un risque de fuite, ou dont l’identité ne peut être confirmée (LIPR, paragraphe 55(2)).

[30] Dans les 48 heures suivant l’arrestation, ou dans les meilleurs délais par la suite, la SI doit contrôler les motifs de détention invoqués par le ministre responsable de l’ASFC, soit le ministre de la Sécurité publique (LIPR, paragraphe 57(1)). Si la SI conclut qu’une ordonnance de détention est indiquée, un second contrôle doit avoir lieu dans les sept jours suivants, puis au moins tous les 30 jours par la suite, si nécessaire (LIPR, paragraphe 57(2)).

[31] Le paragraphe 58(1) précise qu’il peut exister des motifs de détention dans cinq circonstances :

**Mise en liberté par la Section de l’immigration**

**58** (1) La section prononce la mise en liberté du résident permanent ou de l’étranger, sauf sur preuve, compte tenu des critères réglementaires, de tel des faits suivants :

(a) they are a danger to the public;

(b) they are unlikely to appear for examination, an admissibility hearing, removal from Canada, or at a proceeding that could lead to the making of a removal order by the Minister under subsection 44(2);

(c) the Minister is taking necessary steps to inquire into a reasonable suspicion that they are inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality, criminality or organized criminality;

(d) the Minister is of the opinion that the identity of the foreign national — other than a designated foreign national who was 16 years of age or older on the day of the arrival that is the subject of the designation in question — has not been, but may be, established and they have not reasonably cooperated with the Minister by providing relevant information for the purpose of establishing their identity or the Minister is making reasonable efforts to establish their identity; or

(e) the Minister is of the opinion that the identity of the foreign national who is a designated foreign national and who was 16 years of age or older on the day of the arrival that is the subject of the designation in question has not been established.

a) le résident permanent ou l'étranger constitue un danger pour la sécurité publique;

b) le résident permanent ou l'étranger se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête ou au renvoi, ou à la procédure pouvant mener à la prise par le ministre d'une mesure de renvoi en vertu du paragraphe 44(2);

c) le ministre prend les mesures voulues pour enquêter sur les motifs raisonnables de soupçonner que le résident permanent ou l'étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou pour grande criminalité, criminalité ou criminalité organisée;

d) dans le cas où le ministre estime que l'identité de l'étranger — autre qu'un étranger désigné qui était âgé de seize ans ou plus à la date de l'arrivée visée par la désignation en cause — n'a pas été prouvée mais peut l'être, soit l'étranger n'a pas raisonnablement coopéré en fournissant au ministre des renseignements utiles à cette fin, soit ce dernier fait des efforts valables pour établir l'identité de l'étranger;

e) le ministre estime que l'identité de l'étranger qui est un étranger désigné et qui était âgé de seize ans ou plus à la date de l'arrivée visée par la désignation en cause n'a pas été prouvée.

[32] The language of Parliament in subsection 58(1) is clear and the context and purpose of section 58 does not change the plain meaning of that language. Under subsection 58(1), detention must cease unless the ID is satisfied, on a balance of probabilities, that a ground for detention exists. If a ground for detention is not established, the inquiry is at an end. Release is the default.

[33] But detention does not simply follow on proof of a ground for detention. Section 248 of the Regulations makes this clear. Before a detention order is made, the ID must proceed to the second stage and examine whether detention is warranted based on certain prescribed factors (see also Martin Jones and Sasha Baglay, *Refugee Law*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law, 2017), at page 389). The prescribed factors are as follows:

[32] Le texte du paragraphe 58(1) est clair, et le contexte et l'objet de l'article 58 ne changent rien au sens ordinaire de ce texte. Aux termes du paragraphe 58(1), la mise en liberté doit être prononcée, à moins que la SI ne soit convaincue, selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe un motif de détention. Si un motif de détention n'est pas établi, l'enquête est terminée. La mise en liberté est ordonnée d'office.

[33] Or, la détention n'est pas ordonnée sur simple preuve d'un motif de détention. L'article 248 du Règlement est très clair à ce sujet. Avant qu'une ordonnance de détention puisse être rendue, la SI doit, à la seconde étape, déterminer si la détention est justifiée compte tenu de certains critères prescrits (voir également Martin Jones et Sasha Baglay, *Refugee Law*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto : Irwin Law, 2017, à la page 389). Les critères prescrits sont les suivants :

**Other factors**

**248** If it is determined that there are grounds for detention, the following factors shall be considered before a decision is made on detention or release:

- (a) the reason for detention;
- (b) the length of time in detention;
- (c) whether there are any elements that can assist in determining the length of time that detention is likely to continue and, if so, that length of time;
- (d) any unexplained delays or unexplained lack of diligence caused by the Department, the Canada Border Services Agency or the person concerned;
- (e) the existence of alternatives to detention; and
- (f) the best interests of a directly affected child who is under 18 years of age.

[34] These factors were first articulated by Rothstein J., then of the Federal Court, in *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214, 30 Imm. L.R. (3d) 33 (T.D.) (*Sahin*), at page 231. They were subsequently given legislative expression in section 248 of the Regulations, which came into force in 2002 (SOR/2002-227).

[35] In considering alternatives to detention, the ID may impose any conditions on the detainee that it considers necessary to mitigate the risks (IRPA, subsection 58(3)). Either the Minister or the detainee may subsequently apply to vary these conditions on the basis that they are no longer necessary to ensure compliance.

[36] If the ID orders detention, the detainee is remitted to the custody of the CBSA. The CBSA may decide to place the detainee in an Immigration Holding Centre (IHC), or transfer the detainee to provincial authorities to be housed in a provincial correctional institution. The ID has no control over the privileges a detainee has access to while detained. If a detainee is dissatisfied with the conditions of their detention, they can bring a judicial review application in the Federal Court, if housed in a federal institution, or, if in a provincial institution,

**Autres critères**

**248** S'il est constaté qu'il existe des motifs de détention, les critères ci-après doivent être pris en compte avant qu'une décision ne soit prise quant à la détention ou la mise en liberté :

- a) le motif de la détention;
- b) la durée de la détention;
- c) l'existence d'éléments permettant l'évaluation de la durée probable de la détention et, dans l'affirmative, cette période de temps;
- d) les retards inexpliqués ou le manque inexpliqué de diligence de la part du ministère, de l'Agence des services frontaliers du Canada ou de l'intéressé;
- e) l'existence de solutions de rechange à la détention;
- f) l'intérêt supérieur de tout enfant de moins de dix-huit ans directement touché.

[34] Ces critères ont été énoncés pour la première fois par le juge Rothstein, alors juge à la Cour fédérale, dans la décision *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214, à la page 231, 1994 CanLII 3521 (1<sup>re</sup> inst.) (*Sahin*). Ils ont par la suite été consacrés à l'article 248 du Règlement, qui est entré en vigueur en 2002 (DORS/2002-227).

[35] Lorsqu'elle évalue des solutions de rechange à la détention, la SI peut imposer à la personne détenue les conditions qu'elle estime nécessaires pour atténuer les risques (LIPR, paragraphe 58(3)). Le ministre ou la personne détenue peut par la suite demander la modification des conditions au motif qu'elles ne sont plus nécessaires pour garantir le respect de la Loi.

[36] Si la SI ordonne la détention, le détenu est confié à la garde de l'ASFC, qui peut décider de le placer dans un Centre de surveillance de l'Immigration ou de le transférer aux autorités provinciales pour qu'il soit placé dans un établissement correctionnel provincial. La SI n'a aucun contrôle sur les privilèges auxquels un détenu a accès pendant sa détention. Si un détenu est insatisfait des conditions de sa détention, il peut déposer une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale, s'il est placé dans un établissement fédéral, ou, s'il est placé dans

in the provincial superior court using legislation such as the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1.

[37] It is clear from this review that the immigration detention scheme has all of the protections mandated by *Charkaoui* to ensure that extended periods of detention do not violate sections 7, 9 and 12 of the Charter. Detention reviews are timely and frequent: subsection 57(2) of the IRPA requires that detention be reviewed within 48 hours of arrest, within seven days after that, and every 30 days for the detention's duration. The onus is on the Minister to establish both a ground of detention and that detention is warranted based on mandatory, case-specific factors. Detention may only be ordered where there are no appropriate alternatives, and, in considering alternatives to detention, subsection 58(3) authorizes the ID to impose any conditions that it considers necessary to neutralize the risk associated with release. The legality of the detention is subject to judicial scrutiny in the Federal Court.

[38] The Supreme Court has recently suggested in *obiter* in *Chhina* (at paragraph 60) that the factors under section 248 of the Regulations may be deficient or vague because they do not expressly require release if removal is not foreseeable. This *obiter* statement, made in passing, does not repeal the central holding of the Supreme Court in *Charkaoui*, namely that an ongoing detention does not automatically run afoul of the Charter. In *Charkaoui*, the section 248 factors formed the heart of the issue before the Court. It would be startling if some idle words in *Chhina* displaced the detailed, well-considered and necessary holding in *Charkaoui*, almost as if by a side-wind.

[39] Nevertheless, the appellants say that the legislation does not go far enough. They note that the IRPA is constitutionally flawed in that it does not expressly say that there can be no detention in the absence of a reasonably foreseeable prospect of removal and does not

un établissement provincial, à la cour supérieure provinciale sur le fondement d'une loi comme la *Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1990, ch. J.1.

[37] Il ressort de cet examen que le régime de détention aux fins de l'immigration comporte toutes les mesures de protection exigées par l'arrêt *Charkaoui* pour que les périodes prolongées de détention soient conformes aux articles 7, 9 et 12 de la Charte. Le contrôle des motifs de détention est rapide et fréquent : le paragraphe 57(2) de la LIPR exige que les motifs de détention soient contrôlés dans les 48 heures suivant l'arrestation, au moins une fois dans les sept jours suivant le premier contrôle et tous les 30 jours pendant toute la durée de la détention. Il incombe au ministre d'établir le motif de la détention et de prouver que la détention est justifiée à la lumière de critères obligatoires, propres à chaque cas. La détention ne peut être ordonnée que lorsqu'il n'existe pas d'autre solution de rechange; lorsqu'elle évalue les solutions de rechange à la détention, la SI est autorisée, aux termes du paragraphe 58(3), à imposer les conditions qu'elle estime nécessaires afin de neutraliser le risque associé à la mise en liberté. La légalité de la détention peut être contrôlée par la Cour fédérale.

[38] La Cour suprême indique récemment dans l'arrêt *Chhina* (au paragraphe 60), dans une remarque incidente, que les facteurs prévus à l'article 248 du Règlement peuvent être lacunaires ou vagues parce qu'ils n'exigent pas explicitement la mise en liberté si le renvoi ne peut être exécuté dans un avenir prévisible. Cette remarque incidente n'annule pas la conclusion centrale de la Cour suprême dans l'arrêt *Charkaoui*, soit que le maintien en détention n'est pas automatiquement contraire à la Charte. Dans cette affaire, la question que devait trancher la Cour intéressait les critères prévus à l'article 248. Il serait surprenant que quelques mots mentionnés au passage dans l'arrêt *Chhina* supplantent la conclusion détaillée, bien réfléchie et nécessaire de l'arrêt *Charkaoui*, de manière indirecte.

[39] Néanmoins, les appelants affirment que la loi ne va pas assez loin. Ils soulignent que la LIPR est inconstitutionnelle parce qu'elle n'interdit pas expressément la détention lorsqu'il n'existe pas de possibilité raisonnablement prévisible de renvoi, et parce qu'elle n'impose

impose a maximum period of time during which a person can be detained. For the reasons that follow, these arguments fail.

### III. Limitations on the power of detention

[40] A statutory power, such as the power to detain in this case, can only be used for the purposes for which it was intended. This principle of administrative law stems from the requirement that all government action must be authorized by a grant of legal authority. Whether express or implied, the text of a statute, seen in light of its context and purpose, prescribes the limits of the legal authority of a decision-maker exercising discretionary power (Brown and Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf (Toronto: Thomson Reuters, 2019), at § 15:2241; *Entertainment Software Association v. Society Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2020 FCA 100 (*Entertainment Software Assoc.*), at paragraph 88 and cases cited therein). The classic statement of this principle is found in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, (1959), 16 D.L.R. (2d) 689 (*Roncarelli*) where Rand J. said (at page 140):

In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled ‘discretion’, that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute.[...][T]here is always a perspective within which a statute is intended to operate; and any clear departure from its lines or objects is just as objectionable as fraud or corruption.

[41] Citing *Roncarelli*, the Supreme Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), observed (at paragraph 108) :

.... while an administrative body may have considerable discretion in making a particular decision, that decision must ultimately comply “with the rationale and purview of the statutory scheme under which it is adopted”: *Catalyst* .... Likewise, a decision must comport with any

pas de période maximale de détention. Pour les motifs qui suivent, ces arguments ne sont pas retenus.

### III. Limites quant au pouvoir de détention

[40] Un pouvoir prévu par une loi, comme le pouvoir de détention en l’espèce, ne peut être exercé que pour l’objet auquel il est destiné. Ce principe du droit administratif découle de l’obligation que tous les actes de l’État procèdent d’un pouvoir conféré par la loi. Qu’il soit explicite ou implicite, le texte d’une loi, considéré à la lumière de son contexte et de son objet, prescrit les limites du pouvoir légal d’un décideur exerçant un pouvoir discrétionnaire (Brown et Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles, Toronto : Thomson Reuters, 2019, aux paragraphes 15:2241; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100 (*Entertainment Software Assoc.*), au paragraphe 88 et la jurisprudence qui y est citée). L’expression classique de ce principe figure dans l’arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 (*Roncarelli*), où le juge Rand affirme (à la page 140) :

[TRADUCTION] Dans une réglementation publique de cette nature, il n’y a rien de tel qu’une « discrétion » absolue et sans entraves, c’est-à-dire celle où l’administrateur pourrait agir pour n’importe quel motif ou pour toute raison qui se présenterait à son esprit; une loi ne peut, si elle ne l’exprime expressément, s’interpréter comme ayant voulu conférer un pouvoir arbitraire illimité pouvant être exercé dans n’importe quel but, si fantaisiste et hors de propos soit-il, sans avoir égard à la nature ou au but de cette loi [...] Une loi doit toujours s’entendre comme s’appliquant dans une certaine optique, et tout écart manifeste de sa ligne ou de son objet est tout aussi répréhensible que la fraude ou la corruption.

[41] Citant l’arrêt *Roncarelli*, la Cour suprême souligne ce qui suit dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (*Vavilov*) (au paragraphe 108) :

[...] bien qu’un organisme administratif puisse disposer d’un vaste pouvoir discrétionnaire lorsqu’il s’agit de prendre une décision en particulier, cette décision doit en fin de compte être conforme « à la raison d’être et à la portée du régime législatif sous lequel elle a été

more specific constraints imposed by the governing legislative scheme, such as the statutory definitions, principles or formulas that prescribe the exercise of a discretion: see *Montréal (City)*, at paras. 33 and 40-41; *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203, at paras. 38-40.

[42] The IRPA has many purposes and objectives, including ensuring the safety and security of Canadians and the promotion of international justice by denying safe harbour for criminals or those who pose a security risk (IRPA, paragraphs 3(1)(h), (i)). The power to detain, as set out in subsection 58(1), is one of the mechanisms by which those purposes are realized. That detention can only be ordered where it is linked, on the evidence, to one of the enumerated grounds listed in subsection 58(1) is an application of this principle. The power to detain must always remain tethered to the IRPA's purposes and objectives.

[43] The implicit requirement that the power to detain can only be exercised where it facilitates the purposes of the IRPA has guided the IRPA's interpretation for decades. In *Sahin*, at pages 226–229, Rothstein J. drew on *R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Hardial Singh*, [1984] 1 All E.R. 983, [1984] 1 W.L.R. 704 (Q.B.). There, in considering the immigration detention power provided by the *Immigration Act 1971* [(U.K.), c. 77, s. 25], Woolf J. (as he then was) concluded that the Act was subject to two implicit limitations: the power to detain was limited to the purposes of removal and the responsible minister must move with “all reasonable expedition” to ensure removal [at paragraph 8].

[44] Section 58 of the IRPA authorizes detention for several purposes, including pending determination of identity, pending a determination of admissibility or on the grounds of public safety. The power of detention will be exercised principally, but not exclusively, pending removal. Where detention is for the purposes of removal, and there is no longer a possibility of removal, detention on this ground no longer facilitates the machinery of immigration control and the power of detention cannot be

adoptée » : *Catalyst* [...] De même, la décision doit tenir compte de toute contrainte plus spécifique clairement imposée par le régime législatif applicable, telle que les définitions, les formules ou les principes prévus par la loi qui prescrivent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire : voir *Montréal (Ville)*, par. 33 et 40-41; *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203, par. 38-40.

[42] La LIPR a de nombreux objets, y compris assurer la sécurité des Canadiens et promouvoir la justice internationale en interdisant de territoire les criminels et les personnes qui constituent un danger à la sécurité (LIPR, alinéas 3(1)h) et i)). Le pouvoir de détention, énoncé au paragraphe 58(1), est l'un des mécanismes permettant la réalisation de ces objectifs. La détention ne peut être ordonnée que si elle a un rapport, démontré par le dossier de preuve, avec l'un des motifs énumérés au paragraphe 58(1); il s'agit ainsi d'une application de ce principe. Le pouvoir de détention doit toujours demeurer rattaché aux objets de la LIPR.

[43] L'obligation implicite de n'exercer le pouvoir de détention que lorsqu'il favorise les objectifs de la LIPR a guidé l'interprétation de cette dernière durant des décennies. Dans la décision *Sahin*, aux pages 226 à 229, le juge Rothstein invoque la décision *R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Hardial Singh*, [1984] 1 All E.R. 983, [1984] 1 W.L.R. 704 (Q.B.). Dans cette affaire, le juge Woolf (alors juge à la Cour du Banc de la Reine), à l'issue de son examen du pouvoir de détention prévu dans la *Immigration Act 1971* [(R.-U.), ch. 77, art. 25], conclut que la Loi est assujettie à deux limites implicites : le pouvoir de détention est subordonné aux fins du renvoi et le ministre responsable doit agir [TRADUCTION] « avec une promptitude raisonnable » [au paragraphe 8] pour assurer le renvoi.

[44] L'article 58 de la LIPR autorise la détention dans plusieurs cas, y compris avant que l'identité de la personne puisse être prouvée, avant le prononcé d'une décision d'interdiction de territoire ou pour des motifs liés à la sécurité publique. Le pouvoir de détention est exercé principalement, mais non exclusivement, pendant la période qui précède le renvoi. Lorsque la détention est ordonnée aux fins du renvoi, et qu'il n'existe plus de possibilité de renvoi, la détention pour ce motif ne

exercised. Detention must always be tethered, on the evidence, to an enumerated statutory purpose. To conclude, the IRPA is not constitutionally deficient because it does not state expressly that which the law already requires.

[45] This conclusion is not altered by the Charter.

[46] Interwoven with the modern approach to the interpretation of legislation is the presumption that Parliament intends to enact legislation in conformity with the Charter. If a legislative provision can be read both in a way that is constitutional and in a way that is not, the former reading should be adopted (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at page 1078, (1989), 59 D.L.R. (4th) 416 (*Slaight*); *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at page 1010, (1991), 125 N.R. 1; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at page 660, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, (1998), 157 D.L.R. (4th) 423, at paragraph 66).

[47] The presumption of compliance is that “the legislature *intends* to make legislation that complies with the constitution, and to the extent possible legislation is therefore interpreted to achieve that result” (emphasis in original) (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. (Markham, Ont.: Lexis Nexis, 2014) 523, at § 16.3 (*Sullivan on the Construction of Statutes*)). This principle is engrained in Supreme Court of Canada jurisprudence dating back over half a century (see *McKay et al. v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, at pages 803–804, (1965), 53 D.L.R. (2d) 532). In *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at paragraph 33, McLachlin C.J.C. confirmed the presumption’s application in situations where Charter rights are implicated. More recently, the Supreme Court has said that the detention provisions of the IRPA, the very legislation in question here, ought to be interpreted “harmoniously with the *Charter* values that shape the contours of its application” (*Chhina*, at paragraph 128, Abella J., dissenting but not on this point).

contribue plus au mécanisme de contrôle de l’immigration, et le pouvoir de détention ne saurait être exercé. La détention doit toujours être reliée, au vu de la preuve, à un objet énoncé dans la loi. Pour conclure, la LIPR n’est pas inconstitutionnelle parce qu’elle n’indique pas explicitement ce que le droit exige déjà.

[45] La Charte ne change rien à cette conclusion.

[46] Outre l’approche moderne en matière d’interprétation des lois, il faut tenir compte de la présomption suivant laquelle le législateur entend édicter des lois conformes à la Charte. Lorsqu’une disposition légale peut être jugée inconstitutionnelle selon une interprétation et constitutionnelle selon une autre, c’est cette dernière qui doit être retenue (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la page 1078, 1989 CanLII 92 (*Slaight*); *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la page 1010, 1991 CanLII 104; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la page 660, 1992 CanLII 72; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, 1998 CanLII 815, au paragraphe 66).

[47] Selon la présomption de conformité, [TRADUCTION] « le législateur entend adopter des lois qui sont conformes à la Constitution et, dans la mesure du possible, on donne aux lois une interprétation qui permet d’atteindre ce résultat » (souligné dans l’original) (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6<sup>e</sup> éd., Markham, Ont. : Lexis Nexis, 2014, 523, au paragraphe 16.3 (*Sullivan on the Construction of Statutes*)). Ce principe est ancré dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada remontant à plus d’un demi-siècle (voir *McKay et al. v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, aux pages 803 et 804). Dans l’arrêt *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, au paragraphe 33, la juge en chef McLachlin confirme l’application de cette présomption dans les situations où les droits consentis par la Charte sont en jeu. Plus récemment, la Cour suprême affirme que les dispositions de la LIPR relatives à la détention, soit les dispositions dont il est ici question, doivent être interprétées « en harmonie avec les valeurs consacrées par la *Charte* qui définissent les paramètres de son application » (*Chhina*, au paragraphe 128, la juge Abella est dissidente, mais pas sur ce point).

(a) *Jordan distinguished*

[48] Nevertheless, the appellants and interveners contend that the Supreme Court has changed the law in the relatively recent, post-*Charkaoui* decision of *Jordan*. They say that the Supreme Court has now recognized that in some situations maximum time limits must be imposed to ensure Charter compliance. Mr. Brown argues the appropriate maximum limit in detention is six months, while the End Immigration Detention Network argues that it is three months; after expiry of those limits, they say the detention is arbitrary and violates sections 7 and 9.

[49] *Jordan* does not alter the constitutional holdings in *Charkaoui*. It is not authority for the proposition that sections 7 and 9 of the Charter require fixed limits on detention.

[50] In *Jordan*, the Supreme Court established ceilings beyond which pre-trial delay becomes presumptively unreasonable under paragraph 11(b) of the Charter. Beyond the ceiling, the burden shifts to the Crown to rebut the presumption of unreasonable delay based on exceptional circumstances. The ceiling was set at 18 months for offences tried in provincial court, and 30 months for those tried in the superior court or those tried in provincial court after a preliminary inquiry (*Jordan*, at paragraph 105).

[51] The objective of the guidelines established in *Jordan* was to protect the constitutional right to trial within a reasonable time under paragraph 11(b) of the Charter. But the considerations which prompted the Court to establish those guidelines contrast markedly with those surrounding immigration detention. As I will explain, the differences between the criminal justice system and that of immigration detention could not be greater.

[52] Together, the federal and provincial governments have complete control over almost every aspect of the criminal justice system and the variables that affect delay.

a) *Distinction d'avec l'arrêt Jordan*

[48] Quoi qu'il en soit, les appelants et les intervenants soutiennent que la Cour suprême modifie le droit dans le relativement récent arrêt *Jordan*, postérieur à l'arrêt *Charkaoui*. Ils affirment que la Cour suprême reconnaît maintenant que, dans certaines situations, des délais doivent être imposés pour garantir le respect de la Charte. M. Brown soutient que le délai maximal de détention est de six mois, alors que, selon le End Immigration Detention Network, il est de trois mois, après quoi, la détention est selon eux arbitraire et contrevient aux articles 7 et 9.

[49] L'arrêt *Jordan* ne modifie en rien les conclusions de nature constitutionnelle énoncées dans l'arrêt *Charkaoui*. Il n'établit pas que les articles 7 et 9 de la Charte commandent l'imposition de délais fixes en matière de détention.

[50] Dans l'arrêt *Jordan*, la Cour suprême établit des plafonds au-delà desquels le délai entre le dépôt des accusations et le procès est présumé déraisonnable au vu de l'alinéa 11b) de la Charte. Dès lors que le délai dépasse le plafond, il incombe au ministère public de réfuter la présomption quant au délai déraisonnable en établissant l'existence de circonstances exceptionnelles. Ce plafond a été fixé à 18 mois pour les affaires instruites par une cour provinciale et à 30 mois pour celles portées devant une cour supérieure (ou celles instruites par une cour provinciale à l'issue d'une enquête préliminaire) (*Jordan*, au paragraphe 105).

[51] Les lignes directrices établies dans l'arrêt *Jordan* ont pour objet de protéger le droit à un procès dans un délai raisonnable garanti par l'alinéa 11b) de la Charte. Or, les considérations qui ont poussé la Cour à établir ces lignes directrices se distinguent nettement de celles entourant la détention aux fins de l'immigration. Comme je l'explique ci-après, les différences entre le système de justice pénale et le régime de détention aux fins de l'immigration ne pourraient être plus grandes.

[52] Les administrations fédérale et provinciales encadrent de concert presque chacun des aspects du système de justice pénale et des conditions susceptibles d'emporter

The federal government has responsibility for substantive criminal law and criminal procedure via the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The construction of courtrooms, appointment of judges, staffing of provincial courts and prosecutors, and the resources available to police to organize disclosure are all within the legislative competence of either the federal or provincial governments.

[53] In contrast, while removal is one of the objectives of detention, Canada does not have complete control over its realization. Removal may be frustrated by political turmoil in the receiving state. Removal may be delayed by a dearth of evidence as to identity (see, e.g., *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Rooney*, 2016 FC 1097, [2017] 2 F.C.R. 375). Travel documents must be obtained from a great number and diversity of countries, some of which may not be in a hurry to have a particular national returned. Each will have a different view of what constitutes a timely administrative response to requests for travel documents. Removal is dependent on the cooperation of the receiving state, which, for a myriad of reasons, may be reluctant to or incapable of issuing a travel document. Mr. Brown's situation is a good example. In spite of various, often unanswered, entreaties on the part of the CBSA, it took the Jamaican government nearly five years to confirm Mr. Brown's nationality and issue a travel document. With the document finally in hand, the CBSA deported Mr. Brown the next day.

(b) *Other jurisdictions and international law*

[54] The appellants rely on international law and the law of foreign jurisdictions to argue that a textual reading of the IRPA pertaining to immigration detention is inconsistent with basic international norms.

[55] There is a well-established presumption that, where possible, Canada's domestic legislation should be interpreted to conform to international law (*R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292 (*Hape*), at paragraph 53). "Where possible" is a key qualifier (*Entertainment Software Assoc.*,

des lenteurs. Le fédéral a compétence pour légiférer en matière de droit pénal et de procédure criminelle, en modifiant le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. La construction des cours de justice, la nomination des juges, la dotation en personnel des cours provinciales et des bureaux des procureurs de la poursuite ainsi que les ressources dont dispose la police pour la communication de la preuve relèvent toutes de la compétence législative soit fédérale, soit provinciale.

[53] Par contre, même si le renvoi est l'un des objectifs de la détention, le Canada n'est pas maître de son exécution. Il peut être empêché par une instabilité politique dans le pays d'accueil. Il peut être retardé par une preuve lacunaire de l'identité de la personne (voir, par exemple, *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Rooney*, 2016 CF 1097, [2017] 2 R.C.F. 375). Il faut obtenir des titres de voyage d'un grand nombre de pays très différents, dont certains peuvent être réticents au retour d'un de leur ressortissant. Chacun aura sa propre conception de ce qui constitue un délai raisonnable de réponse de l'administration à une demande de titres de voyage. Le renvoi est subordonné à la collaboration du pays d'accueil, lequel, pour toutes sortes de raisons, peut hésiter à délivrer un titre de voyage, ou être incapable de le faire. La situation de M. Brown en est un bon exemple. Malgré les diverses demandes présentées par l'ASFC, lesquelles sont souvent restées sans réponse, il a fallu au gouvernement jamaïcain près de cinq ans pour confirmer la nationalité de M. Brown et lui délivrer un titre de voyage. Ayant finalement obtenu le document, l'ASFC a procédé au renvoi de M. Brown le lendemain.

b) *Autres compétences et droit international*

[54] Les appelants invoquent le droit international et le droit de pays étrangers pour affirmer qu'une interprétation textuelle des dispositions de la LIPR relatives à la détention aux fins de l'immigration va à l'encontre des normes internationales de base.

[55] Il existe une présomption bien établie selon laquelle, dans la mesure du possible, les lois internes du Canada doivent être interprétées d'une manière conforme au droit international (*R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292 (*Hape*), au paragraphe 53). Il faut souligner l'importance

at paragraphs 76–92). Absent contrary indication, legislative provisions are also presumed to observe “the values and principles of customary and conventional international law” (*Hape*, at paragraph 53; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704, at paragraph 47; *Sullivan on the Construction of Statutes*, at §18.6; see also *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, at paragraphs 82–87 and *Entertainment Software Assoc.*, at paragraphs 89–90).

[56] Therefore, both Canada’s international treaty obligations and the principles underlying international law can play a role in the interpretation of Canadian laws. This is reinforced by paragraph 3(3)(f) of the IRPA, which directs that the Act “is to be construed and applied in a manner that ... complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.”

[57] There is, however, an important counterweight to these principles—the doctrine of Parliamentary supremacy. An unambiguous provision must be given effect even if it is contrary to Canada’s international obligations or international law (*Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, at paragraph 35; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269, at paragraph 50; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at page 1371, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2015 FCA 73, at paragraph 16; *Hape*, at paragraph 54; and see generally the comprehensive discussion in *Entertainment Software Assoc.*, at paragraphs 76–92).

[58] There is no doubt as to the design, operation or effect of the detention provisions. The appellants have not identified ambiguities or duelling interpretations that would open the door to an interpretation most consistent with international law. Reduced to its essence, the appellants’ argument is simply that in some jurisdictions immigration detention is dealt with somewhat differently. Leaving section 1 of the Charter aside, in light of

des termes « dans la mesure du possible » (*Entertainment Software Assoc.*, aux paragraphes 76 à 92). Faute d’indication contraire, il est également présumé que les dispositions législatives respectent « les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel » (*Hape*, au paragraphe 53; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704, au paragraphe 47; *Sullivan on the Construction of Statutes*, au paragraphe 18.6; voir également *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655, aux paragraphes 82 à 87 et *Entertainment Software Assoc.*, aux paragraphes 89 et 90).

[56] Par conséquent, les obligations auxquelles le Canada a consenti en signant les traités internationaux et les principes qui sous-tendent le droit international peuvent jouer dans l’interprétation des lois canadiennes. Ce fait est confirmé par l’alinéa 3(3)f de la LIPR, qui indique que « [l]’interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet [...] de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire ».

[57] Toutefois, un autre élément fait contrepoids à ces principes : la doctrine de la suprématie parlementaire. Il convient de donner effet à une disposition qui n’est pas ambiguë, même si elle est contraire aux obligations internationales du Canada ou au droit international (*Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, au paragraphe 35; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, au paragraphe 50; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, à la page 1371, 1990 CanLII 49; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2015 CAF 73, au paragraphe 16; *Hape*, au paragraphe 54 et voir en général l’analyse exhaustive dans l’arrêt *Entertainment Software Assoc.*, aux paragraphes 76 à 92).

[58] L’économie, l’application ou l’effet des dispositions sur la détention ne font aucun doute. Les appelants n’ont pas soulevé d’ambiguïté ou d’interprétations divergentes qui justifieraient le choix d’une interprétation plus conforme au droit international. Essentiellement, les appelants soutiennent simplement que, dans certains pays, la détention aux fins de l’immigration est conçue autrement. Si on fait fi de l’article premier de la Charte,

Parliament's clear legislative choice as to the design of the immigration detention scheme, the practices or legislative frameworks of other jurisdictions are irrelevant.

[59] In any event, as the Federal Court concluded, the Canadian immigration detention scheme is consistent with that of the United Kingdom. The U.K. legislation does not mandate fixed periods of maximum detention but, as in section 248 of the Regulations, articulates a number of discretionary considerations relevant to whether a detention order should issue. Turning to the European Union, while the EU Return Directive does set a maximum period of detention of 18 months, member states are not required to comply with this limit where third country nationals are denied entry at a country's border or where, like Mr. Brown, they are being returned following inadmissibility rulings arising from criminal convictions. The Ontario Court of Appeal, in hearing Mr. Brown's *habeas corpus* application, did not find his arguments grounded in international law to be persuasive (*Brown v. Canada (Public Safety)*, 2018 ONCA 14, 420 D.L.R. (4th) 124, at paragraphs 37–38).

(c) *Conclusion on sections 7 and 9*

[60] The immigration detention regime is constitutionally sound and does not infringe section 7 or 9 of the Charter. No principle of statutory interpretation requires that, to ensure constitutionality, the legislature must state that which the law already requires. To require an express statement that the power of detention can only be exercised where there is a real possibility of removal would be to read-in a redundancy. The statute books of our land would read very differently if, to ensure constitutionality, they had to codify all the applicable common law and constitutional law principles that frame the interpretation and understanding of legislation.

IV. Discretion and constitutionality

[61] The appellants advance an alternate argument. They contend that the question to be answered is not

vu le choix législatif clair du législateur quant à l'économie du régime de détention aux fins de l'immigration, les pratiques ou les cadres légaux d'autres pays ne sont pas pertinents.

[59] Quoiqu'il en soit, comme l'affirme la Cour fédérale, le régime canadien de détention aux fins de l'immigration est semblable à celui du Royaume-Uni. La législation du Royaume-Uni ne prescrit aucun délai maximal de détention, mais, à l'instar de l'article 248 du Règlement, elle précise les considérations dont il faut tenir compte lorsqu'il s'agit de rendre une ordonnance de détention. En ce qui concerne l'Union européenne, même si sa directive sur le retour prévoit effectivement une période maximale de détention de 18 mois, les États membres ne sont pas tenus de s'y conformer lorsque des ressortissants de pays tiers se voient refuser l'entrée à la frontière ou lorsque, comme c'est le cas de M. Brown, ils sont renvoyés à la suite d'une interdiction de territoire prononcée pour criminalité. La Cour d'appel de l'Ontario, quand elle a entendu la demande d'*habeas corpus* de M. Brown, a conclu que ses arguments fondés sur le droit international n'étaient pas convaincants (*Brown v. Canada (Public Safety)*, 2018 ONCA 14, 420 D.L.R. (4th) 124, aux paragraphes 37 et 38).

c) *Conclusion concernant les articles 7 et 9*

[60] Le régime de détention aux fins de l'immigration est constitutionnel et ne contrevient pas aux articles 7 et 9 de la Charte. Aucun principe d'interprétation des lois n'exige que le législateur, pour garantir la constitutionnalité de sa loi, exprime ce que la loi prévoit déjà. Exiger une déclaration expresse voulant que le pouvoir de détention ne puisse être exercé que lorsqu'il existe une réelle possibilité de renvoi équivaldrait à ajouter, par interprétation, une disposition redondante. Les recueils de lois de notre pays seraient très différents si, pour garantir la constitutionnalité des lois, ils devaient énoncer tous les principes de common law et du droit constitutionnel applicables qui en encadrent l'interprétation.

IV. Pouvoir discrétionnaire et constitutionnalité

[61] Les appelants font valoir un autre argument. Ils soutiennent que la question à trancher n'est pas de

whether the legislation can be applied in a constitutionally sound manner, but rather whether the ID is empowered by the legislation to violate the detainees' Charter rights. Put otherwise, because the discretion in section 248 is not expressly subordinated to the obligation to release in the face of an unreasonably lengthy detention or a removal that is not reasonably foreseeable, the scheme is constitutionally defective. The appellants focus on the scope of the word "consider" and the fact that the duration of detention is but one factor to be considered in section 248 of the Regulations. They say that a constitutionally compliant statute is one under which unconstitutional over-holding is impossible.

[62] This argument is inconsistent with established methodology of Charter analysis. As I will explain, the appellants' argument invites this Court to do precisely what the Supreme Court has instructed us not to do since the inception of the Charter.

[63] The first question a court must ask in any Charter challenge is whether the infringement arises from the provisions of the legislation or whether it arises from a discretion granted by the legislation.

[64] A statutory provision cannot be interpreted in a manner that grants discretion to infringe the Charter unless such infringement is mandated by Parliament. The comments of Lamer J. (as he then was) in *Slaight* are apposite (at page 1078):

.... As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the Charter, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. Such an interpretation would require us to declare the legislation to be of no force or effect, unless it could be justified under s. 1. Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as

savoir si la loi peut être appliquée de manière constitutionnelle, mais plutôt de savoir si la SI est habilitée, par la loi, à violer les droits consentis par la Charte aux détenus. Autrement dit, parce que le pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 248 n'est pas expressément subordonné à l'obligation de libérer les détenus dans l'éventualité d'une détention d'une durée déraisonnable ou d'un renvoi qui n'est pas prévisible dans un délai raisonnable, le régime est inconstitutionnel. Les appelants invoquent la portée des termes « pris en compte » et le fait que la durée de la détention n'est qu'un des critères énumérés à l'article 248 du Règlement. Ils affirment qu'une loi qui est conforme à la Constitution en est une en vertu de laquelle la détention indûment prolongée et inconstitutionnelle d'un détenu est impossible.

[62] Cet argument va à l'encontre de la démarche établie d'analyse fondée sur la Charte. Comme je l'explique ci-après, avec leur argument, les appelants invitent notre Cour à faire précisément ce que la Cour suprême nous a demandé de ne pas faire depuis l'adoption de la Charte.

[63] La première question que doit se poser un tribunal saisi d'une contestation fondée sur la Charte, c'est si l'atteinte découle des dispositions de la loi ou d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi.

[64] Une disposition légale ne saurait donner lieu à une interprétation qui accorde un pouvoir discrétionnaire permettant de porter atteinte à un droit garanti par la Charte, à moins qu'une telle atteinte ne soit exigée par le législateur. Les commentaires du juge Lamer (plus tard juge en chef) dans l'arrêt *Slaight* sont pertinents (pages 1077 et 1078) :

[...] La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la Charte à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation nous obligerait en effet, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative aux termes de l'article premier, à la déclarer inopérante. Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative,

to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect. Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed. [Emphasis added.]

[65] When a party attacks the validity of a legislative provision, the relevant inquiry is whether *the law* being attacked produces an unconstitutional effect. Where unconstitutional acts are committed under constitutional laws, the Supreme Court has noted that “[t]he acts of government agents acting under such regimes are not the necessary result or ‘effect’ of the law, but of the government agent’s applying a discretion conferred by the law in an unconstitutional manner. Thus, section 52(1) is thus not applicable. The appropriate remedy lies under s. 24(1)” (*R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96 (*Ferguson*), at paragraphs 59–60; see also *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pages 719–720, (1992), 93 D.L.R. (4th) 1, Lamer C.J.C.).

[66] *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120 (*Little Sisters*) is also instructive. In that case, the appellants argued that the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1 and *Customs Tariff*, R.S.C. 1985 (3rd Supp.), c. 41 infringed their section 2(b) and section 15 Charter rights. The argument focused in part on the unconstitutionality of the prohibition against obscenity, set out in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 when *applied* by customs officers, with *Little Sisters* arguing that a regulatory structure open to maladministration was unconstitutionally under-protective of their constitutional rights (at paragraph 71).

[67] The Supreme Court held that there is no constitutional rule that requires Parliament to address, affirmatively, the customs treatment of constitutionally protected expressive material by legislation rather than by way of regulation, ministerial directive or even departmental practice. Parliament is entitled to proceed on

susceptible de plus d’une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*. [Non souligné dans l’original.]

[65] Lorsqu’une partie conteste la validité d’une disposition, la question à se poser est de savoir si la mesure qui est contestée produit un effet inconstitutionnel. La Cour suprême souligne que, lorsque des actes inconstitutionnels sont commis en vertu de lois conformes à la Constitution, « [l]es actes des mandataires du gouvernement qui agissent en vertu de ces régimes ne sont pas le résultat ou l’“effet” obligatoire de la loi, mais plutôt du fait que les mandataires du gouvernement ont exercé d’une manière inconstitutionnelle le pouvoir discrétionnaire que leur conférait la loi. Le paragraphe 52(1) ne s’applique donc pas. Le recours approprié est prévu au par. 24(1) » (*R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96 (*Ferguson*), aux paragraphes 59 et 60; voir également *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, aux pages 719 et 720, 1992 CanLII 74, sous la plume du juge en chef Lamer).

[66] L’arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120 (*Little Sisters*), est également instructif. Dans cette affaire, les appelants alléguaient que la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, et le *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 41, portaient atteinte à leurs droits protégés par l’alinéa 2b) et l’article 15 de la Charte. Leur argument portait en partie sur l’inconstitutionnalité de la prohibition contre l’obscénité, énoncée dans le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, lorsqu’elle est *appliquée* par les agents des douanes. Selon *Little Sisters*, un régime administratif donnant lieu à une mauvaise administration est inconstitutionnel, car il ne protège pas suffisamment les droits qui leur sont garantis par la Constitution (au paragraphe 71).

[67] La Cour suprême conclut qu’aucune règle constitutionnelle n’oblige le législateur à prescrire au moyen d’une loi plutôt que d’un règlement, ou même d’une directive ministérielle ou d’une pratique institutionnelle, la façon dont les Douanes doivent traiter le matériel expressif protégé par la Constitution. Le législateur a le

the basis that its enactments “will be applied constitutionally” by the public service (at paragraph 71).

[68] The Supreme Court found that the source of the problem lay with customs officials who had been acting outside of the constitutionally sound statutory framework by specifically targeting homosexual erotica in violation of subsection 15(1) of the Charter. Binnie J., writing for the majority of the Court, stated “there is nothing on the face of the Customs legislation, or in its necessary effects, which contemplates or encourages differential treatment based on sexual orientation” (at paragraph 125).

[69] As in the case before us, the appellants’ complaint in *Little Sisters* was about what Parliament did not enact, rather than what it did enact. For this reason, Binnie J. distinguished cases like *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, (1988), 44 D.L.R. (4th) 385 where the legislative scheme itself was held to be unworkable (*Little Sisters*, at paragraphs 72, 128).

[70] The appellants rely on *Appulonappa* for the proposition that the legislation at issue is defective because it does not preclude the possibility of unconstitutional over-holding.

[71] In *Appulonappa* the Supreme Court found that section 117 of the IRPA, which criminalized the smuggling of aliens into Canada, was unconstitutionally overbroad and contrary to section 7 [of the Charter] insofar as it captured humanitarian efforts, mutual aid amongst asylum-seekers or individuals who assisted close family members. The Court found that subsection 117(4), which required that the Attorney General must consent for a prosecution to proceed under section 117, could not save the provision because it was *not impossible* that the Attorney General could consent to prosecution in a case that was overbroad of the legislative purpose (at paragraphs 74–77).

droit d’agir en tenant pour acquis que les textes de loi qu’il adopte « s[eront] appliqué[s] [...] d’une manière conforme à la Constitution » par les fonctionnaires (au paragraphe 71).

[68] La Cour suprême estime que le problème était attribuable aux fonctionnaires des douanes qui avaient agi en dehors du cadre législatif conforme à la Constitution en ciblant en particulier le matériel érotique homosexuel, en violation du paragraphe 15(1) de la Charte. Le juge Binnie, s’exprimant au nom de la majorité, affirme qu’« il n’y a rien dans le texte même de la législation douanière ou dans ses effets nécessaires qui prévoit ou encourage une différence de traitement fondée sur l’orientation sexuelle » (au paragraphe 125).

[69] Comme dans l’affaire qui nous occupe, la plainte des appelants dans l’arrêt *Little Sisters* porte sur les mesures que le législateur n’a pas adoptées plutôt que sur celles qu’il a effectivement adoptées. C’est pourquoi le juge Binnie a établi une distinction avec d’autres arrêts comme l’arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 1988 CanLII 90, où le régime légal lui-même est jugé impossible à appliquer (*Little Sisters*, aux paragraphes 72 et 128).

[70] Les appelants invoquent l’arrêt *Appulonappa* à l’appui de leur thèse selon laquelle la loi qui est en cause est viciée parce qu’elle n’interdit pas la possibilité d’une détention indûment prolongée et partant inconstitutionnelle.

[71] Dans l’arrêt *Appulonappa*, la Cour suprême conclut que l’article 117 de la LIPR, qui criminalise l’organisation de l’entrée non autorisée d’étrangers au Canada, a une portée excessive et est inconstitutionnel et contraire à l’article 7 [de la Charte] dans la mesure où il criminalise également les actes d’aide humanitaire, l’assistance mutuelle entre demandeurs d’asile ou l’aide fournie par une personne à des membres de sa famille. Cette Cour est d’avis que le paragraphe 117(4), qui subordonne à l’autorisation du procureur général l’instruction de toute poursuite sous le régime de l’article 117, ne permet pas de préserver la disposition, parce qu’il n’est pas impossible que le procureur général consente à tenter des poursuites dans un cas excédant la portée de la loi (aux paragraphes 74 à 77).

[72] *Appulonappa* does not stand for the proposition that constitutional compliance depends on the “impossibility” of an unconstitutional exercise of discretion.

[73] In that case, the residual prosecutorial discretion of the Attorney General was advanced as an alternate argument to cure the admittedly overbroad and constitutionally infringing provision of the *Criminal Code*. Put otherwise, it was argued that the overbreadth of section 117 was remedied by the Attorney General’s discretion to choose not to prosecute. The Supreme Court rejected that argument. The standard of “impossibility” was premised on a finding that the charging provisions were, in and of themselves, infringing.

[74] Here, in contrast, the scheme is constitutional. Where there are regular detention reviews that give full and fair consideration to the non-exhaustive considerations in section 248, prolonged detention is constitutional. Rather than being a source of unconstitutionality, the existence of discretion ensures that the Charter rights of detainees receive full consideration in light of their particular circumstances.

[75] In *Canadian Civil Liberties Association v. Canada (Attorney General)*, 2019 ONCA 243, 433 D.L.R. (4th) 157 (*Civil Liberties*) the Ontario Court of Appeal considered a constitutional challenge to sections 31–37 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20. The Court held that the provisions, which confer discretion on the administrative head of a federal penitentiary to order administrative segregation of inmates based on a number of factors, infringed section 12 of the Charter. The Court, in analyzing the scheme, considered whether the scheme itself was unconstitutional or whether it simply permitted unconstitutional maladministration.

[76] Before the [Ontario] Court of Appeal, the Attorney General argued that the Act, properly interpreted, had safeguards that rendered it capable of constitutional compliance (*Civil Liberties*, at paragraph 102). The applications

[72] L’arrêt *Appulonappa* n’étaye pas la thèse voulant que le respect de la Constitution dépende de « l’impossibilité » de l’exercice inconstitutionnel d’un pouvoir discrétionnaire.

[73] Dans cette affaire, on faisait valoir le pouvoir discrétionnaire résiduel du procureur général en matière de poursuite pour remédier à la portée excessive et à l’inconstitutionnalité de la disposition du *Code criminel*. En d’autres termes, on affirmait que la portée excessive de l’article 117 était corrigée par le pouvoir discrétionnaire du procureur général suivant lequel il pouvait décider de ne pas engager de poursuite. La Cour suprême a rejeté cet argument. La norme de « l’impossibilité » est fondée sur la conclusion selon laquelle les dispositions prévoyant le pouvoir de déposer des accusations sont, en soi, inconstitutionnelles.

[74] Or, en l’espèce le régime est constitutionnel. Dès lors que le contrôle régulier des motifs de détention permet un véritable examen des critères non exhaustifs énumérés à l’article 248, la détention prolongée est constitutionnelle. L’existence d’un pouvoir discrétionnaire, plutôt que d’emporter l’inconstitutionnalité, permet de veiller au respect des droits que la Charte garantit aux détenus compte tenu des circonstances propres à chacun.

[75] Dans l’arrêt *Canadian Civil Liberties Association v. Canada (Attorney General)*, 2019 ONCA 243, 433 D.L.R. (4th) 157 (*Civil Liberties*), la Cour d’appel de l’Ontario était saisie d’une contestation constitutionnelle des articles 31 à 37 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20. La Cour conclut que les dispositions, qui confèrent au directeur d’un pénitencier fédéral le pouvoir d’ordonner l’isolement préventif de détenus suivant certains critères, enfreignent l’article 12 de la Charte. Cette Cour, dans son analyse du régime, se demande si le régime lui-même est inconstitutionnel ou s’il permet simplement une mauvaise administration inconstitutionnelle.

[76] Devant la Cour d’appel [de l’Ontario], le procureur général a soutenu que la Loi, si elle est bien interprétée, comporte des mesures de protection qui la rendent conforme à la Constitution (*Civil Liberties*, au paragraphe 102). Le

judge [at paragraph 70] had accepted this argument, and concluded that the legislative scheme, even though it permits prolonged segregation, would not “inevitably result in the treatment of an inmate which is grossly disproportionate to the safety risk the inmate presents” (emphasis added) (*Corporation of the Canadian Civil Liberties Association v. Her Majesty the Queen*, 2017 ONSC 7491 (CanLII), 140 O.R. (3d) 342, at paragraph 269).

[77] The Ontario Court of Appeal disagreed. It held, in part because the discretion granted under the Act only required the institutional head to “consider” the inmates’ health prior to making segregation decisions, that it was “not impossible” the legislation’s application could result in grossly disproportionate treatment (at paragraphs 105, 110, 113). Based on this and other factors, the Court found the legislation to infringe section 12.

[78] For the reasons I have given, I do not agree that the litmus test for constitutionality is that it must be impossible to exercise discretion in an unconstitutional manner. The word “consider”, if one follows the reasoning of the Ontario Court of Appeal, is not to be read in a manner that is consistent with the Charter. However, this is the opposite of what the Supreme Court, from *Slaight*, through to *Ferguson* and *Little Sisters* and beyond, has instructed. A statutory grant of discretionary power should be read to require that it be exercised in a constitutional way, unless the statutory power itself impliedly or expressly authorizes infringement of the Charter, in which case the statutory grant itself may be subject to Charter challenge (*Slaight*, at page 1078). In this case, the statutory grant of discretionary power uses the word “consider”, an open-ended grant of discretion. Far from precluding the decision maker from having regard to Charter standards when assessing the appropriateness of detention, it requires it.

[79] The guidance arising from *Slaight*, *Ferguson* and *Little Sisters* directly applies to and disposes of the appellants’ argument that the legislation is defective

juge de première instance [au paragraphe 70] accepte cet argument et conclut que le régime légal, même s’il autorise l’isolement prolongé, [TRADUCTION] « n’entraîne pas inévitavelmente pour le détenu un traitement exagérément disproportionné par rapport au risque à la sécurité qu’il représente » (non souligné dans l’original) (*Corporation of the Canadian Civil Liberties Association v. Her Majesty the Queen*, 2017 ONSC 7491 (CanLII), 140 O.R. (3d) 342, au paragraphe 269).

[77] La Cour d’appel de l’Ontario n’est pas de cet avis. Elle conclut, en partie parce que le pouvoir discrétionnaire conféré au directeur par la Loi l’oblige uniquement à [TRADUCTION] « prendre en compte » l’état de santé du détenu avant de prendre la décision de le placer en isolement, qu’il n’est [TRADUCTION] « pas impossible » que l’application de la loi entraîne un traitement exagérément disproportionné (aux paragraphes 105, 110 et 113). Pour cette raison et sur la foi d’autres critères, cette Cour conclut que la Loi contrevient à l’article 12.

[78] Pour les motifs énoncés plus haut, je ne suis pas d’accord pour dire que le critère déterminant de la constitutionnalité d’une disposition soit l’impossibilité d’exercer un pouvoir discrétionnaire de manière inconstitutionnelle. La locution [TRADUCTION] « prendre en compte », si l’on suit le raisonnement de la Cour d’appel de l’Ontario, ne se prête pas à une interprétation conforme à la Charte. Toutefois, c’est le contraire de ce qu’enseigne la Cour suprême dans les arrêts *Slaight*, *Ferguson*, *Little Sisters* et d’autres arrêts ultérieurs. La disposition qui confère un pouvoir discrétionnaire doit être interprétée de telle sorte que l’exercice de ce pouvoir soit conforme à la Constitution, à moins qu’elle autorise, de manière implicite ou explicite, une violation de la Charte, auquel cas elle pourrait être susceptible d’une contestation fondée sur la Charte (*Slaight*, à la page 1078). En l’espèce, la disposition attribuant un pouvoir discrétionnaire emploie la locution « pris en compte », ce qui dénote un pouvoir discrétionnaire non limité. La disposition n’empêche pas le décideur de tenir compte des normes fondées sur la Charte lorsqu’il évalue le bien-fondé de la détention, elle l’exige.

[79] L’enseignement tiré des arrêts *Slaight*, *Ferguson* et *Little Sisters* permet de trancher l’argument des appelants selon lequel la disposition est viciée parce qu’elle

because it does not expressly prohibit detention when removal is not reasonably foreseeable. There is no proposition of law that legislation, to pass constitutional muster, must exclude all possibility of unconstitutional exercises of discretion. If that were the case, the Supreme Court would have been mistaken in *Charkaoui* when it determined that the remedy for an immigration detention beyond a permissible length lay in subsection 24(1) [of the Charter] (at paragraph 123).

[80] The Charter does not require that the possibility of maladministration pursuant to a statutory grant of discretion be eradicated from statutes. Rather, the Charter requires that discretion be guided by objective criteria that are capable of identification, articulation and judicial supervision. This is readily demonstrated by three analogous situations: subsection 24(2) of the Charter, pre-trial detention or bail provisions, and the provisions of the *Criminal Code* dealing with release pending appeal of a conviction. A comparative review of the broad discretion granted under these provisions demonstrates that the discretion to detain under section 58 of the IRPA and section 248 of the Regulations is constitutionally compliant.

[81] In *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, (1986), 29 D.L.R. (4th) 161 (*Mills*), McIntyre J. commented on subsection 24(2) of the Charter and the authority of a court to grant any remedy which it considers “appropriate and just in the circumstances”, and concluded that it was “difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion” (at page 965). Nonetheless, subsection 24(2) was “an acceptable statutory standard to overcome vagueness” (*R. v. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97, 86 C.C.C. (3d) 32 (Ont. C.A.) (*Farinacci*), at page 115).

[82] The circumstance of bail pending appeal also illustrates the point that broad statutory language will not offend constitutional standards where it is capable of judicial definition. In *Farinacci*, the Ontario Court

n’interdit pas expressément la détention lorsque le renvoi n’est pas prévisible dans un délai raisonnable. Aucune règle de droit ne veut qu’une disposition, pour être constitutionnelle, doive exclure toute possibilité d’exercice inconstitutionnel du pouvoir discrétionnaire. Si tel était le cas, la Cour suprême aurait commis une erreur dans l’arrêt *Charkaoui* en jugeant que la réparation en cas de détention aux fins de l’immigration dépassant une durée autorisée est celle prévue au paragraphe 24(1) [de la Charte] (au paragraphe 123).

[80] La Charte n’exige pas que toute possibilité de mauvais exercice d’un pouvoir discrétionnaire conféré par un texte de loi soit écartée. Elle exige plutôt que l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire soit fondé sur des critères objectifs susceptibles d’être énoncés, expliqués et contrôlés par les tribunaux. C’est ce que démontrent les trois situations semblables suivantes : celle prévue au paragraphe 24(2) de la Charte, celle qui découle des dispositions sur la détention préalable au procès ou la mise en liberté sous caution et celle qu’emportent les dispositions du *Code criminel* portant sur la mise en liberté préalable à l’instruction de l’appel d’une déclaration de culpabilité. La comparaison du vaste pouvoir conféré par ces dispositions avec le pouvoir discrétionnaire de détention prévu à l’article 58 de la LIPR et à l’article 248 du Règlement montre que le second est conforme à la Constitution.

[81] Dans l’arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, 1986 CanLII 17 (*Mills*), le juge McIntyre fait un commentaire concernant le paragraphe 24(2) de la Charte et le pouvoir d’un tribunal d’accorder toute réparation qu’il estime « convenable et juste eu égard aux circonstances » et conclut qu’il est « difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu » (à la page 965). Néanmoins, le paragraphe 24(2) constitue [TRADUCTION] « une norme légale acceptable pour surmonter l’imprécision » (*R. v. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97, 86 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.) (*Farinacci*), à la page 115).

[82] L’exemple de la mise en liberté avant l’appel illustre également la notion voulant qu’une disposition rédigée en termes généraux ne viole pas les normes constitutionnelles si elle est susceptible de définition

of Appeal considered the constitutionality of subsection 679(3) of the *Criminal Code*, which leaves to appellate courts to determine whether detention pending appeal is “necessary in the public interest.” Citing *Mills*, Arbour J.A. concluded that the discretion to balance the public interest and public safety was not vague or unfettered (at paragraphs 114–115).

[83] The discretion conferred by the *Criminal Code* provisions in respect of initial show-cause hearings and bail review hearings also serves as a useful comparator against which the discretion granted under section 248 of the Regulations can be tested. These provisions confer a broader and vaguer discretion on the judge or justice of the peace at the initial show cause hearing than the detention provisions of the IRPA. They too have survived constitutional challenge.

[84] As under the IRPA, under subsection 515(1) of the *Criminal Code* release is the default outcome at the initial bail hearing (*R. v. Myers*, 2019 SCC 18, [2019] 2 S.C.R. 105, at paragraph 1). Mirroring the language and structure of section 58 of the IRPA and section 248 of the Regulations, subsection 515(1) states that the accused shall be released unless the prosecutor can show cause why the accused should be detained or released under conditions. Some of the grounds under which a justice may deny bail mirror the grounds for detention under the IRPA scheme. In order for a justice of the peace or a judge to order pre-trial detention, the Crown must establish that there is a flight risk or that detention is necessary for the protection or safety of the public (*Criminal Code*, paragraphs 515(10)(a) and (b)).

[85] Other grounds bear no resemblance. In contrast to the immigration detention regime, paragraph 515(10)(c) of the *Criminal Code* grants a right to detain if the judge is of the view that “detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice, having regard to all the circumstances” surrounding the offence. The exercise of that discretion is informed by a number of statutory criteria, but no instruction is given as to how

par les tribunaux. Dans l’arrêt *Farinacci*, la Cour d’appel de l’Ontario examine la constitutionnalité du paragraphe 679(3) du *Code criminel*, qui laisse aux cours d’appel le soin de décider si la détention avant l’issue d’un appel est [TRADUCTION] « nécessaire dans l’intérêt public ». Renvoyant à l’arrêt *Mills*, la juge Arbour conclut que le pouvoir habilitant le juge à tenir compte de l’intérêt public et de la sécurité publique n’est pas imprécis ni absolu (aux paragraphes 114 et 115).

[83] Le pouvoir discrétionnaire conféré par les dispositions du *Code criminel* sur les audiences initiales de justification et les audiences de mise en liberté sous caution peut servir de point de comparaison avec le pouvoir prévu à l’article 248 du Règlement. Ces dispositions confèrent au juge ou au juge de paix président l’audience de justification initiale un pouvoir discrétionnaire plus vaste et plus imprécis que les dispositions relatives à la détention de la LIPR. Elles ont aussi survécu à une contestation constitutionnelle.

[84] À l’instar de la LIPR, le paragraphe 515(1) du *Code criminel* prévoit par défaut la mise en liberté à l’issue de l’audience initiale sur le cautionnement (*R. c. Myers*, 2019 CSC 18, [2019] 2 R.C.S. 105, au paragraphe 1). Cette disposition, dont le libellé et la structure sont semblables à l’article 58 de la LIPR et à l’article 248 du Règlement, énonce que le prévenu doit être remis en liberté, à moins que le poursuivant démontre la nécessité de la détention ou de l’imposition de conditions. Certains des motifs de refus de la mise en liberté sous caution sont les mêmes que ceux qui étayaient la détention sous le régime de la LIPR. Pour qu’un juge ou un juge de paix ordonne la détention avant le procès, la Couronne doit établir qu’il existe un risque de fuite ou que la détention est nécessaire pour la protection ou la sécurité du public (*Code criminel*, alinéa 515(10)a) et b)).

[85] D’autres motifs ne comportent pas de ressemblance. Contrairement au régime de détention aux fins de l’immigration, l’alinéa 515(10)c) du *Code criminel* habilite le juge à ordonner la détention s’il est d’avis qu’elle « est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances » entourant l’infraction. L’exercice de ce pouvoir discrétionnaire est encadré

these criteria are to be weighed or how they relate to the grounds of detention (see, e.g., *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328 (*St-Cloud*)). These are the same criticisms that the appellants make of the immigration detention regime.

[86] In respect of certain offences, there is a reverse onus at the initial show cause hearing on the accused to demonstrate that they should be released. The reversal of onus is constitutional (*R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, (1992), 144 N.R. 176). In contrast, there are no reverse onus provisions under the IRPA and the onus is always on the Minister to justify detention at each and every detention review.

[87] Bail reviews under sections 520 and 521 of the *Criminal Code* are distinguishable from the current case. They are not *de novo* hearings and a detention or release order is only set aside where admissible new evidence shows a material or relevant change in circumstances, where there has been an error of law or where the decision is clearly inappropriate (*St-Cloud*, at paragraphs 6, 94, 110, 120–121, 139). In the last of these situations, “a reviewing judge cannot simply substitute his or her assessment of the evidence for that of the justice who rendered the impugned decision” (*St-Cloud*, at paragraph 6). In sharp contrast to bail review, and as will be discussed, each and every immigration detention review is a fresh, *de novo* determination of whether detention is warranted.

[88] Whether to order the pre-trial release of an accused involves a delicate balancing of all of the relevant circumstances (*St-Cloud*, at paragraph 6). The same is true for whether to order detention pending deportation. As McLachlin C.J.C. noted in *Charkaoui*, the section 248 criteria—rather than being a source of some deficiency—are the guarantors of constitutional compliance (at paragraphs 110–117). The section 248 factors are “prescribed” factors which “must” be taken into

par des critères prescrits par la loi, mais aucune directive n’est donnée quant à la façon d’apprécier ces critères, ou quant à leur lien avec les motifs de détention (voir, par exemple, *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328 (*St-Cloud*)). Les appelants soulèvent les mêmes critiques à propos du régime de détention aux fins de l’immigration.

[86] Pour certaines infractions, il y a inversion du fardeau de la preuve à l’enquête pour cautionnement, et il incombe alors au prévenu de prouver qu’il doit être mis en liberté. L’inversion du fardeau de la preuve est conforme à la Constitution (*R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, 1992 CanLII 53). Par contre, aucune disposition de la LIPR n’emporte une inversion du fardeau de la preuve, et il incombe au ministre, à chaque contrôle des motifs de détention, de justifier la détention.

[87] Il convient d’établir une distinction entre la présente affaire et la procédure de mise en liberté sous caution prévue aux articles 520 et 521 du *Code criminel*. Dans la deuxième situation, le tribunal ne tient pas une audience *de novo*, et une ordonnance de détention ou de mise en liberté ne peut être annulée que si un nouvel élément de preuve admissible montre un changement important ou pertinent dans les circonstances, en cas d’erreur de droit ou si la décision est manifestement inappropriée (*St-Cloud*, aux paragraphes 6, 94, 110, 120, 121 et 139). Dans ce dernier cas, « il n’est pas question pour le juge réviseur de simplement substituer son appréciation des faits à celle du juge ayant rendu la décision contestée » (*St-Cloud*, au paragraphe 6). Contrairement à la procédure de mise en liberté sous caution, chaque contrôle des motifs de détention aux fins de l’immigration constitue un nouvel examen visant à déterminer si la détention est justifiée. Nous y revenons ci-après.

[88] La décision de remettre en liberté ou non un accusé avant son procès constitue un exercice délicat de pondération de l’ensemble des circonstances pertinentes (*St-Cloud*, au paragraphe 6). Il en va de même de la décision d’ordonner ou non la détention avant le renvoi. Comme le fait remarquer la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *Charkaoui*, les critères prévus à l’article 248, loin d’être une source d’imprécision, garantissent le respect de la Constitution (aux paragraphes 110 à 117).

account and ensure that extended periods of detention do not violate the Charter (paragraphs 109–123). The discretion the factors confer is precisely what ensures sensitivity to the context and circumstances of the individual case—a requirement under *Charkaoui* for constitutional prolonged detention (at paragraph 107).

V. A detention review hearing that complies with the Charter and administrative law

[89] What are the defining characteristics of a detention review that complies with the Charter and administrative law? This engages substantive legal questions concerning the need for a nexus to an immigration purpose, compliance with sections 7, 9 and 12 of the Charter, the burden of proof, the relevance of previous detention decisions, and the content of procedural fairness.

(a) *The nexus to an immigration purpose*

[90] The factors in section 248 of the Regulations, as law, must be followed. But on top of that, in order for continued detention to be legal under IRPA, there must be a nexus between detention and an immigration purpose. If that is missing, detention under IRPA is no longer possible.

[91] Once again, the Supreme Court has already gone some way towards giving us guidance on this. Detention in this context is available only where it is reasonably necessary for immigration purposes: *Charkaoui*, at paragraph 124, citing *R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Hardial Singh*, [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.) [cited above] and *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001). Absent a “possibility of deportation”, detention in this context is no longer possible: *Charkaoui*, at paragraph 125–127, citing *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, [2005] 3 All E.R. 169.

Les critères prévus à l’article 248 sont des « “critères réglementaires” » qui « doi[vent] » être pris en compte, et qui permettent de veiller à ce que les périodes prolongées de détention ne contreviennent pas à la Charte (aux paragraphes 109 à 123). Le pouvoir discrétionnaire que confèrent ces critères est précisément ce qui garantit que le contexte et les circonstances propres à chaque cas sont pris en compte; une exigence énoncée dans l’arrêt *Charkaoui* pour qu’une détention prolongée puisse être conforme à la Constitution (au paragraphe 107).

V. Audience de contrôle des motifs de détention conforme à la Charte et au droit administratif

[89] Quelles sont les caractéristiques d’un contrôle des motifs de détention qui est conforme à la Charte et au droit administratif? La question fait jouer des questions juridiques fondamentales concernant la nécessité d’un lien avec un objectif d’immigration, le respect des articles 7, 9 et 12 de la Charte, le fardeau de la preuve, la pertinence des décisions antérieures de détention et la teneur de l’équité procédurale.

a) *Lien avec un objectif d’immigration*

[90] Les critères prévus à l’article 248 du Règlement, qui ont force de loi, doivent être respectés. En outre, pour que le maintien en détention demeure légal sous le régime de la LIPR, il doit exister un lien entre la détention et un objectif d’immigration, à défaut de quoi, la détention sous le régime de la LIPR n’est plus possible.

[91] Une fois de plus, la Cour suprême nous fournit une orientation concernant cette question. La détention dans ce contexte est possible seulement si elle est raisonnablement nécessaire à des fins d’immigration (*Charkaoui*, au paragraphe 124, citant *R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Singh*, [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.) [précité] et *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001)). Si « [l]’expulsion [est] impossible », la détention dans ce contexte n’est plus possible (*Charkaoui*, aux paragraphes 125 à 127, renvoyant à l’arrêt *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, [2005] 3 All E.R. 169).

[92] In assessing the presence of an immigration nexus, *Charkaoui* tells us that detention may be lengthy and it may be indeterminate. *Charkaoui* instructs that length itself is not the only relevant metric, nor is the fact that the date of removal is unknown; indeed, if the date of removal were known, it is doubtful that the parties would be before the court. When examining the constitutionality of indeterminate detention the question is whether removal, and not the precise date on which removal will occur, remains a possibility: *Charkaoui*, at paragraphs 125–127, citing *A. v. Secretary of State for the Home Department* [cited above].

[93] The appellants contend that the test for a nexus to an immigration purpose is whether removal is reasonably foreseeable. I do not agree that this is the test. There are problems in this, not the least of which is that it is not the test established by the Supreme Court of Canada, which is that removal be a possibility (*Charkaoui*, at 125–127). As noted, if *Charkaoui* is read properly, detention is warranted where it is “reasonably necessary” and removal “a possibility.” The Court makes no mention of a test of foreseeability.

[94] Reasonable foreseeability, on its own, offers no clear guidance to the factors, considerations or evidentiary thresholds relevant to its application. It raises the questions “foreseeable by whom?” and “reasonable according to whom?” and, perhaps for these reasons, as the *habeas* cases which have adopted the test demonstrate, it leads to inconsistent results. The rule of law mandates, and the jurisprudence on bail demonstrates, that in matters where liberty interests are engaged, discretion should, to the extent possible, be exercised on clear and discernable criteria, as consistently as possible. “Reasonable foreseeability” does not do this. It also invites the unhelpful exercise of assessing what is “reasonable” in the context of countries with legal, political and structures of public administration vastly different than ours and with which judges have no experience.

[92] À l’égard de la présence d’un lien avec l’immigration, l’arrêt *Charkaoui* nous enseigne que la détention peut être prolongée et peut être d’une durée indéterminée. Selon cette jurisprudence, la durée en soi n’est pas la seule donnée pertinente, pas plus que l’absence de date de renvoi; en fait, si la date du renvoi était connue, il est peu probable que les parties esteraient en justice. Pour déterminer la constitutionnalité d’une détention pour une durée indéterminée, il faut se demander si le renvoi, et non la date précise prévue pour le renvoi, demeure une possibilité (*Charkaoui*, aux paragraphes 125 à 127, renvoyant à l’arrêt *A. c. Secretary of State for the Home Department* [précité]).

[93] Les appelants affirment que, pour vérifier s’il existe un lien avec un objectif d’immigration, il faut demander si le renvoi est raisonnablement prévisible. Je ne suis pas de cet avis, notamment parce que ce n’est pas le critère établi par la Cour suprême du Canada. Selon cette dernière, le critère veut que le renvoi soit possible (*Charkaoui*, aux paragraphes 125 à 127). Comme je le souligne plus haut, si on interprète correctement l’arrêt *Charkaoui*, la détention est justifiée si elle est « raisonnablement nécessaire » et si le renvoi demeure « possible ». La Cour ne fait aucunement mention d’un critère de prévisibilité.

[94] Le critère de la prévisibilité raisonnable n’offre en soi aucune orientation claire quant aux facteurs, considérations et normes de preuve utiles à son application. Il soulève les questions « prévisible par qui? » et « raisonnable selon qui? » et, pour ces raisons peut-être, mène à des résultats contradictoires, comme le montre la jurisprudence portant sur les demandes d’*habeas corpus* ayant adopté ce critère. Le principe de la primauté du droit exige — et la jurisprudence portant sur la mise en liberté sous caution démontre — que, dans les affaires faisant intervenir le droit à la liberté, tout pouvoir discrétionnaire doive, dans la mesure du possible, être exercé selon des critères clairs et observables, le plus uniformément possible. Le critère de la « prévisibilité raisonnable » ne permet pas un tel résultat. Il emporte également l’évaluation oiseuse de ce qui est « raisonnable » dans d’autres pays dotés de lois, de politiques et de structures administratives qui diffèrent grandement des nôtres et étrangères à nos juges.

[95] The focus of the “possibility” test is, to the contrary, on the existence of objective, credible facts. The decision maker must be satisfied, on the evidence, that removal is a possibility. The possibility must be realistic, not fanciful, and not based on speculation, assumption or conjecture. It must be grounded in the evidence, not supposition, and the evidence must be detailed and case-specific enough to be credible. In my view, as far as a nexus to an immigration purpose is concerned, despite the different wording, there is a general congruence between the detention review and *habeas* tests.

[96] The foregoing concerns only the starting requirement that there be a nexus to an immigration purpose, in other words whether continued detention *can* be ordered. But just because it can be ordered does not mean it *should*. It is at a second stage, namely whether detention should be ordered, that proximity or remoteness of a removal date is engaged. The length of the detention to date and the conditions of the detention are also relevant to that question, i.e., the judge’s discretion, informed by the Charter, as to whether continued detention should be ordered. There may be circumstances where a detention, by virtue of its duration or the conditions of detention affects the liberty interest of the detainee so significantly that the Charter rights of the detainee are offended and release is warranted. We leave definitive consideration of this for a future day on the specific facts of a live case.

[97] I offer a few further comments to guide that consideration.

[98] While duration of the detention matters, duration alone is instructive of nothing, and, as several *habeas corpus* cases that follow *Chaudhary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401 (*Chaudhary*) demonstrate, a narrow focus on duration leads to a range of subjective and inconsistent decisions (see, e.g., *Ogiamien v. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220; *Canada v. Dadzie*, 2016 ONSC 6045 (CanLII), [2016] O.J. No. 5185 (QL); *Scotland v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 4850 (CanLII), 52 Imm.

[95] Quant au critère de la « possibilité », il met plutôt l’accent sur l’existence de faits objectifs crédibles. Le décideur doit être convaincu, au vu de la preuve, que le renvoi est possible. Cette possibilité doit être réaliste, et non fantaisiste, et ne saurait être fondée sur des hypothèses ou des conjectures. Elle doit être étayée par la preuve, et non par des suppositions, et la preuve doit être détaillée et suffisamment spécifique pour être crédible. À mon avis, en ce qui concerne le lien avec un objectif d’immigration, il existe une connexité générale entre les critères applicables au contrôle des motifs de la détention et ceux servant à trancher une demande d’*habeas corpus*, même si les termes employés diffèrent.

[96] Ce qui précède ne concerne que l’exigence initiale voulant qu’il existe un lien avec un objectif d’immigration. Autrement dit, la question est de savoir si la détention prolongée peut être ordonnée. Or, si c’est le cas, cela ne signifie pas qu’elle devrait l’être. Ce n’est qu’à la seconde étape, lorsqu’il faut se demander si la détention devrait être ordonnée, que la date du renvoi entre en jeu. La durée de la détention à ce jour et les conditions de la détention sont également pertinentes lorsqu’il s’agit pour le juge de décider, à la lumière de la Charte, si la détention doit être prolongée. Il peut exister des circonstances où une détention, en raison de sa durée ou de ses conditions, compromet tellement le droit à la liberté du détenu qu’elle contrevient aux droits qui lui sont garantis par la Charte et que la mise en liberté est justifiée. Nous remettons à une autre occasion l’analyse de cette question, lorsque les faits s’y prêteront.

[97] J’offre quelques remarques supplémentaires pour encadrer cette analyse.

[98] Si la durée de la détention est importante, cet élément seul ne nous apprend rien. Comme le démontrent plusieurs affaires portant sur des demandes d’*habeas corpus* et postérieures à l’arrêt *Chaudhary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401 (*Chaudhary*), accorder un poids indu à cet élément mène à des décisions subjectives et contradictoires (voir, par exemple, *Ogiamien v. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220; *Canada v. Dadzie*, 2016 ONSC 6045 (CanLII), [2016] O.J. n° 5185 (QL);

L.R. (4th) 188; *Ali v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 2660 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 78).

[99] Detention cannot be ordered on the basis of non-cooperation alone—to do so would be contrary to sections 7 and 9. But where the impasse in effecting removal is disputed identity and the detainee has refused to cooperate in confirming their identity, delays in removal cannot count against the Minister. Release in these circumstances would encourage detainees to be less than forthcoming. Where a detainee is uncooperative, detention cannot be classified as indefinite because it is within the detainee’s control to change their destiny. That said, there will be cases where the receiving country alone disputes identity. Care must be taken not to attribute this to the detainee, who should not bear the burden of the country’s recalcitrance to confirm identity.

[100] The presence of good faith is necessary. In assessing the Ministers’ efforts to effect removal, attention should be paid to all steps taken or that could reasonably be taken to procure the necessary travel documents, and whether the CBSA has actively used the time between periods of detention and release to advance the detainee’s removal.

[101] As the facts of this case amply demonstrate, Canada’s efforts at removal may be frustrated by the receiving country. Even if a detainee consents to removal, removal depends on the receiving country issuing the necessary travel documents.

[102] The conduct of the receiving country may explain the delay. Canada has the tools necessary to obtain cooperation, whether through escalating levels of diplomatic and political pressure, negotiated bilateral return agreements or placing visa or other entry requirements on nationals from the delinquent country. The question in these circumstances, where there is an impasse, is whether there is a proposed démarche or next step that is likely to advance the process. In other words, does the

*Scotland v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 4850 (CanLII), 52 Imm. L.R. (4th) 188; *Ali v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 2660 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 78).

[99] La détention ne saurait être ordonnée en raison uniquement de l’absence de collaboration. Une telle issue serait contraire aux articles 7 et 9. Or, lorsqu’un doute quant à l’identité fait obstacle au renvoi et que le détenu refuse d’aider à confirmer son identité, les longueurs dans la procédure de renvoi ne peuvent être imputées au ministre. La mise en liberté dans de telles circonstances encouragerait les personnes détenues à ne pas faire preuve de franchise. La détention d’un détenu qui ne collabore pas ne saurait être qualifiée de détention à durée indéterminée, parce que le détenu a le pouvoir de modifier son destin. Cela dit, il y aura des cas où c’est le pays d’accueil qui conteste l’identité de la personne. Il faut prendre soin de ne pas attribuer le problème au détenu, qui ne doit pas écoper en raison des réticences de ce pays à confirmer son identité.

[100] Il faut faire preuve de bonne foi. Lorsque l’on évalue les efforts consentis par les ministres pour exécuter les mesures de renvoi, il convient de tenir compte de toutes les mesures prises, ou qui pourraient raisonnablement l’être, pour obtenir les titres de voyage nécessaires, et de se demander si l’ASFC a utilisé judicieusement le temps entre les périodes de détention et la mise en liberté pour concrétiser le renvoi du détenu.

[101] Comme le montrent amplement les faits de l’espèce, les efforts du Canada à l’égard du renvoi peuvent être contrariés par le pays d’accueil. Même si un détenu consent à son renvoi, ce renvoi dépend de la volonté du pays d’accueil de fournir les titres de voyage nécessaires.

[102] La conduite du pays d’accueil peut expliquer le retard. Le Canada dispose des outils nécessaires pour obtenir la collaboration, que ce soit en augmentant les pressions diplomatiques et politiques, en négociant des ententes de renvoi bilatérales, ou en exigeant un visa ou d’autres formalités d’entrée des ressortissants du pays en défaut. La question, lorsqu’il y a un impasse, est de savoir s’il existe une démarche ou une étape susceptible d’accélérer la filière. Autrement dit, le ministre a-t-il un plan

Minister have a plan to circumvent the impasse and is there a real possibility that it will lead to removal?

(b) *Section 12*

[103] The variable conditions of detention (in a maximum security facility instead of an IHC) are not pertinent to whether detention is necessary to achieve removal. The conditions of detention are relevant to the legality of detention and the consideration of proportionality, whether under section 12 of the Charter or under judicial review.

[104] The appellants maintain that because the ID lacks jurisdiction to control the conditions of detention when the detainees are in provincial institutions, the ID cannot ensure proportionality between detention and the reasons for detention. Detention is therefore arbitrary and results in cruel and unusual punishment. In the same vein, the appellants contend that the absence of an explicit power of the ID to consider “harsh or illegal” conditions of detention undermines the regime’s constitutionality.

[105] This argument fails, both on the law and the evidence.

[106] There is a duty on ID members to exercise their discretion in a manner consistent with the Charter (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham*, 2004 FCA 4, [2004] 3 F.C.R. 572 (*Thanabalasingham*), at paragraph 14; *Sahin*, at pages 228–229). As Abella J. observed in *Chhina*, “[t]he Charter both guides the exercise of discretionary administrative decision making under [the] IRPA and informs our interpretation of the scheme itself” (at paragraph 128).

[107] An express power for the ID to consider the nature or conditions of detention is not required (*R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, at paragraph 78). The

pour contourner l’impasse et existe-t-il une réelle possibilité que ce plan mène au renvoi?

b) *Article 12*

[103] Les conditions de détention, qui sont susceptibles de varier (selon qu’elle est effectuée dans un établissement à sécurité maximale ou un centre de détention pour immigrants) ne jouent pas lorsqu’il s’agit de déterminer si la détention est nécessaire pour l’exécution de la mesure de renvoi. Les conditions de détention sont pertinentes lorsque la légalité de la détention et la proportionnalité sont en cause, dans une contestation fondée sur l’article 12 de la Charte ou dans le cadre d’un contrôle judiciaire.

[104] Les appelants affirment que, parce que la SI n’a pas compétence pour contrôler les conditions de détention lorsque les détenus sont placés dans des établissements provinciaux, elle ne peut assurer la proportionnalité de la détention et des motifs de détention. La détention est par conséquent arbitraire et constitue une peine cruelle et inusitée. Dans la même veine, les appelants soutiennent que la SI n’est investie d’aucun pouvoir exprès lui permettant de contrôler les conditions de détention [TRADUCTION] « difficiles ou illégales », ce qui mine la constitutionnalité du régime.

[105] Cet argument ne peut être retenu, compte tenu à la fois du droit et de la preuve.

[106] Les commissaires de la SI ont l’obligation d’exercer le pouvoir discrétionnaire qui leur est conféré conformément à la Charte (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Thanabalasingham*, 2004 CAF 4, [2004] 3 R.C.F. 572 (*Thanabalasingham*), au paragraphe 14; *Sahin*, aux pages 228 et 229). Comme le souligne la juge Abella dans l’arrêt *Chhina*, « [l]a Charte à la fois encadre la façon dont sont rendues les décisions administratives discrétionnaires sous le régime de la LIPR et propose des balises sur l’interprétation du régime lui-même » (au paragraphe 128).

[107] Il n’est pas nécessaire que la SI soit investie du pouvoir exprès d’examiner la nature ou les conditions de la détention (*R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S.

ability, indeed obligation, to consider sections 7, 9 and 12 is inherent in the exercise of the discretion concerning whether or not detention is warranted. As a tribunal of competent jurisdiction capable of providing Charter remedies, the ID can order release of a detainee on the grounds that the conditions of detention, on their own or in conjunction with other factors, are disproportionate (*Stables v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1319, [2013] 3 F.C.R. 240, at paragraph 29; *Chaudhary*, at paragraph 77).

[108] As the Supreme Court has explained, a section 12 issue of “cruel and unusual” treatment is intertwined with section 7 considerations, since the indefiniteness of detention, as well as the psychological stress it may cause, is related to the mechanisms available to the detainee to regain liberty (*Charkaoui*, at paragraph 96). But, as the Court in *Charkaoui* noted, it is not the detention itself, or its length, that is objectionable; detention is only cruel and unusual in the legal sense if it violates “accepted norms of treatment” (at paragraph 96). As such, denying the means required by the principles of fundamental justice to challenge a detention may render the detention arbitrary and support the argument that it is cruel or unusual, but a system that permits the detainee to challenge the detention and obtain a release if one is justified may lead to the conclusion that the detention is not cruel and unusual (*Charkaoui*, at paragraph 96).

[109] Contrary to the appellants’ argument, *Charkaoui* does not stand for the proposition that the body reviewing detention must have control over the location and conditions of detention. To be clear, the Supreme Court said that, for an immigration detention scheme to be compliant with sections 7 and 12 of the Charter, it must provide a mechanism for review of detention that permits the reviewing body to set conditions that would neutralize the risk upon release, and that conditions of release must be subject to ongoing, regular review (*Charkaoui*, at paragraphs 107, 117, 121). The Supreme Court’s focus in *Charkaoui* is on jurisdiction to impose conditions of release and on the detainee’s opportunity

765, au paragraphe 78). La faculté, en fait l’obligation, de tenir compte des articles 7, 9 et 12 est inhérente à l’exercice du pouvoir discrétionnaire visant à déterminer si la détention est justifiée ou non. À titre de tribunal administratif compétent habilité à accorder des réparations fondées sur la Charte, la SI peut ordonner la mise en liberté d’un détenu au motif que les conditions de détention, à elles seules ou combinées à d’autres facteurs, sont disproportionnées (*Stables c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1319, [2013] 3 R.C.F. 240, au paragraphe 29; *Chaudhary*, au paragraphe 77).

[108] Comme l’explique la Cour suprême, la question de la peine « cruelle et inusitée » pour l’application de l’article 12 est étroitement liée aux considérations relatives à l’article 7, puisque la durée indéterminée de la détention ainsi que le stress psychologique qui en découle sont liés aux mécanismes offerts au détenu pour recouvrer sa liberté (*Charkaoui*, au paragraphe 96). Or, comme le souligne la Cour suprême dans l’arrêt *Charkaoui*, ce n’est pas la détention en soi, ni même sa durée, qui est condamnable; la détention n’est cruelle et inusitée au sens juridique que si elle déroge aux « normes de traitement reconnues » (au paragraphe 96). Ainsi, priver l’intéressé des moyens requis par les principes de justice fondamentale pour contester une détention peut rendre cette dernière arbitraire et servir à étayer l’argument selon lequel elle est cruelle ou inusitée. Cependant, l’existence d’un régime permettant à un détenu de contester sa détention et d’être libéré s’il y a lieu peut amener le décideur à conclure que la détention n’est ni cruelle ni inusitée (*Charkaoui*, au paragraphe 96).

[109] Contrairement à ce qu’affirment les appelants, l’arrêt *Charkaoui* ne valide pas l’hypothèse voulant que l’organisme procédant au contrôle des motifs de détention doive aussi avoir droit de regard sur le lieu et les conditions de la détention. Ce que dit la Cour suprême, c’est que, pour être conforme aux articles 7 et 12 de la Charte, un régime de détention aux fins de l’immigration doit prévoir un processus de contrôle des motifs de détention qui permette à l’organisme procédant au contrôle de fixer des conditions pour neutraliser le risque associé à la mise en liberté, et les conditions de mise en liberté doivent être révisées régulièrement (*Charkaoui*, aux paragraphes 107, 117 et 121). Dans l’arrêt *Charkaoui*, la

to challenge those conditions, not on the place and conditions of detention.

[110] In *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599 (*Boudreault*), the Supreme Court reiterated that demonstrating a breach of section 12 is a high bar: the treatment or punishment must be more than merely disproportionate or excessive—it must be so excessive as to “outrage standards of decency” and be ““abhorrent or intolerable”” to society (at paragraph 45; see also *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at paragraph 24). It is only in very rare and unique occasions that a treatment or punishment will infringe section 12, as the test is ““very properly stringent and demanding”” (*Boudreault*, at paragraph 45; see also *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, at paragraph 26; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, at page 1417, (1990), 121 N.R. 198).

[111] Against this jurisprudential backdrop, including *Charkaoui*, many of the appellants’ arguments regarding the conditions of detention were dismissed by the Federal Court. No reviewable error in that finding has been demonstrated. The evidence of conditions of detention falls far short of the threshold of cruel and unusual punishment set by the Supreme Court, and does not support the broad declaration sought by the appellants.

[112] The appellants rely on the Ontario Court of Appeal decision *P.S. v. Ontario*, 2014 ONCA 900, 379 D.L.R. (4th) 191 (*P.S.*). In *P.S.*, the Court found that non-punitive detention under the *Mental Health Act*, R.S.O. 1990, c. M-7 did not comply with section 7 of the Charter because the Consent and Capacity Board’s powers were inadequate. The review board lacked the jurisdiction to supervise the security level and treatment of long-term detainees and to craft orders that would ensure an appropriate balance between public protection and the protection of detainees’ liberty interests (*P.S.*, at paragraph 115). The objective of reintegrating patients into the community

Cour suprême met l’accent sur la compétence pour imposer des conditions de mise en liberté et sur la possibilité pour le détenu de contester ces conditions, et non sur le lieu ou les conditions de la détention.

[110] Dans l’arrêt *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599 (*Boudreault*), la Cour suprême répète que la barre est haute lorsqu’il s’agit de démontrer l’existence d’une violation de l’article 12 de la Charte : le traitement ou la peine contestée ne peut être simplement disproportionné ou excessive — elle doit l’être au point de « ne pas être compatible avec la dignité humaine » en plus d’être « “odieuse ou intolérable” » pour la société (au paragraphe 45; voir également *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, au paragraphe 24). Il ne sera décidé que très rarement, et dans des circonstances particulières, qu’une peine contrevient à l’article 12, puisque le critère permettant d’en juger « “est à bon droit strict et exigeant” » (*Boudreault*, au paragraphe 45; voir également *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, au paragraphe 26; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, à la page 1417, 1990 CanLII 50).

[111] C’est en tenant compte de ce contexte jurisprudentiel, y compris l’arrêt *Charkaoui*, que la Cour fédérale a rejeté bon nombre des arguments des appelants concernant les conditions de détention. Aucune erreur susceptible de révision dans cette conclusion n’a été démontrée. Les éléments de preuve portant sur les conditions de détention sont loin de satisfaire au critère fixé par la Cour suprême pour qu’une peine soit jugée cruelle et inusitée et n’appuient pas la déclaration générale que sollicitent les appelants.

[112] Les appelants invoquent l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’affaire *P.S. v. Ontario*, 2014 ONCA 900, 379 D.L.R. (4th) 191 (*P.S.*). Cette Cour conclut que l’incarcération non punitive prévue à la *Loi sur la santé mentale* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. M.7, contrevient à l’article 7 de la Charte, parce que les pouvoirs consentis à la Commission du consentement et de la capacité ne sont pas adéquats. Elle n’a pas compétence pour contrôler le niveau de sécurité et le traitement des personnes détenues à long terme et concevoir des ordonnances qui permettraient de concilier la protection du public et la protection du droit à la liberté des détenus (*P.S.*, au paragraphe 115).

was frustrated by the fact that the Board could not direct that certain types of treatment or therapies be made available to the detainees. The purpose of detention was to facilitate re-integration and, without those tools, detention was not linked to the legislative objective.

[113] Under the IRPA, inadmissible foreign nationals are detained in order to ensure that they do not flee or harm the public before they are deported from the country. The purpose of detention is to facilitate public safety and removal. Unlike the Consent and Capacity Board, the ID has all the tools necessary to effect these objectives and, importantly, the jurisdiction to impose conditions on release, which reflects an appropriate balance between the objectives of the Act and the detainees' liberty interest. The problem in *P.S.* was that the legislative tools granted to the Board were insufficient in relation to its objectives. Here, in contrast, it is argued that the powers of the ID are overbroad in relation to the objective. The case is of no assistance.

[114] More relevant is the Ontario Court of Appeal decision in *Toure v. Canada (Public Safety & Emergency Preparedness)*, 2018 ONCA 681, 40 Admin. L.R. (6th) 261 (*Toure*).

[115] In *Toure*, the Ontario Court of Appeal took no issue with the CBSA criteria that govern the location of detention, and held that the location of detention was a proper issue for immigration detainees to raise with the CBSA (at paragraph 72). If the location of detention is not consistent with how a detainee fits within the CBSA's own criteria, the decision is the proper subject of judicial review in the Federal Court (at paragraph. 72). I agree with these observations.

[116] The CBSA's decision to stream a detainee into a provincial institution as opposed to an IHC is a reviewable decision or order under section 2 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. Similarly, a detention order that does not take into account the proportionality of the risk and the conditions of detention, can be tested in the Federal Court, on both Charter and administrative

L'impossibilité pour la Commission d'ordonner que soient offerts aux patients certains types de traitement ou de thérapie nuisait à l'objectif de réintégration dans la collectivité. L'objectif de la détention était de faciliter la réintégration et, sans ces outils, la détention n'avait plus de lien avec l'objectif de la loi.

[113] Aux termes de la LIPR, les étrangers interdits de territoire sont placés en détention afin d'empêcher qu'ils s'enfuient ou nuisent au public avant leur renvoi. L'objectif de la détention est d'assurer la sécurité publique et de faciliter le renvoi. Contrairement à la Commission du consentement et de la capacité, la SI dispose de tous les outils nécessaires pour réaliser cet objectif et, plus important encore, de la compétence lui permettant d'imposer des conditions de mise en liberté représentant un juste équilibre entre les objectifs de la Loi et le droit à la liberté des détenus. Le problème soulevé dans l'affaire *P.S.*, c'est que les outils légaux conférés à la Commission ne suffisaient pas pour lui permettre d'atteindre ses objectifs. En revanche, on prétend en l'espèce que les pouvoirs de la SI excèdent ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif. Cet arrêt n'est d'aucune utilité.

[114] L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Toure v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 ONCA 681, 40 Admin. L.R. (6th) 261 (*Toure*) est plus pertinent.

[115] Dans l'arrêt *Toure*, la Cour d'appel de l'Ontario ne contredit pas les critères de l'ASFC régissant le lieu de détention et conclut qu'il était possible pour les personnes détenues aux fins de l'immigration de soulever la question du lieu de détention auprès de l'ASFC (au paragraphe 72). Si le lieu de la détention ne respecte pas les critères établis par l'ASFC elle-même, la décision est susceptible de contrôle judiciaire par la Cour fédérale (au paragraphe 72). Je souscris à ces observations.

[116] La décision de l'ASFC de placer un détenu dans un établissement provincial plutôt que dans un centre de détention pour immigrants est une décision ou une ordonnance susceptible de contrôle pour l'application de l'article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7. De même, une ordonnance de détention qui ne tient pas compte de la proportionnalité du risque

law principles. A decision that fails to consider the proportionality between the risk and the measures to mitigate that risk will be set aside, as will a decision that reached an unreasonable conclusion in that regard.

[117] In any event, as the Federal Court noted, both the federal and Ontario statutes governing the detention of persons in correctional facilities state that any designation of a particular penitentiary in a warrant of committal is of no force or effect (*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, section 11; *Ministry of Correctional Services Act*, R.S.O. 1990, c. M.22, section 17; see Federal Court reasons, at paragraph 136). Neither the appellants nor the interveners point to authorities which deem those provisions to be unconstitutional.

(c) *The legal burden*

[118] The detention review scheme established by Parliament imposes a continuing and overarching legal burden on the Minister to establish that detention is lawfully justified according to section 58 of the IRPA, section 248 of the Regulations, and the Charter. The Minister bears the legal burden of establishing, on a balance of probabilities, that there are grounds for detention. If the Minister succeeds in that, the legal burden remains on the Minister to establish, in light of the section 248 criteria, that detention is warranted. This burden rests on the Minister throughout the detention review and re-surfaces every 30 days.

[119] There are only two burdens in Canadian law: the legal or persuasive burden, sometimes called the onus of proof, and the evidentiary burden.

[120] While the terms legal and persuasive burden are interchangeable, “legal burden” is arguably more apt a term than “persuasive burden” because it emphasises the obligation on the asserting party, the plaintiff or the Crown, to establish the requisite substantive factual elements of a cause of action or offence (*R. v. Fontaine*,

et des conditions de détention peut être contrôlée par la Cour fédérale, sur le fondement de la Charte et des principes du droit administratif. La décision qui néglige la proportionnalité entre le risque et les mesures pour atténuer ce risque sera annulée, tout comme celle qui présente une conclusion déraisonnable à cet égard.

[117] Quoi qu’il en soit, comme le souligne la Cour fédérale, les lois fédérales et celles de l’Ontario qui encadrent la détention dans les établissements correctionnels prévoient que toute désignation d’un établissement particulier dans un mandat de dépôt est sans effet (*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, article 11; *Loi sur le ministère des Services correctionnels*, L.R.O. 1990, ch. M.22, article 17; voir les motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 136). Ni les appelants ni les intervenants ne font état d’une jurisprudence voulant que ces dispositions soient inconstitutionnelles.

c) *Fardeau juridique*

[118] Selon le régime de contrôle des motifs de détention établi par le législateur, le fardeau juridique global d’établir que la détention est justifiée au titre de l’article 58 de la LIPR, de l’article 248 du Règlement et de la Charte, incombe au ministre. En droit, le ministre a le fardeau d’établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’il existe des motifs de détention. Si le ministre y parvient, il lui incombe encore d’établir, compte tenu des critères énoncés à l’article 248, que la détention est justifiée. C’est au ministre qu’incombe ce fardeau dès le premier contrôle des motifs de détention et à chacun des contrôles subséquents, effectués tous les 30 jours.

[119] Le droit canadien ne reconnaît que deux fardeaux : le fardeau juridique, ou fardeau de persuasion, aussi parfois appelé le fardeau de la preuve, et la charge de présentation.

[120] Même si les termes « fardeau juridique » et « fardeau de persuasion » sont interchangeables, « fardeau juridique » convient mieux, parce qu’il met l’accent sur l’obligation pour la partie qui formule l’assertion, à savoir le demandeur ou la Couronne, d’établir en droit les éléments factuels d’une cause d’action ou d’une infraction

2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702, at paragraphs 10–12). Those facts must be established on a balance of probabilities in a civil matter and beyond a reasonable doubt in a criminal proceeding (*F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at paragraphs 40–41; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23, at paragraph 94). Importantly, barring a statutory or common law rule, the legal burdens associated with a party never shift (Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst, *Sopinka, Lederman, & Bryant's: The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. (Toronto: Lexis Nexis, 2018), at § 3.46 (*The Law of Evidence in Canada*)).

[121] If the evidence establishes a ground for detention under the Act and suggests that detention is justified under section 248 of the Regulations, it may be in a detainee's interest to introduce evidence in favour of release. This is not a shifting of the legal burden. It is, rather, descriptive of the tactical decision whether to lead evidence to prevent a potentially unfavourable outcome (*Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, (1999), 175 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 53; *The Law of Evidence in Canada*, at page 116, § 3.56; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, at pages 329–330, (1990), 72 D.L.R. (4th) 289; see also *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, at paragraph 50). The appellants are right to point to some passages in Federal Court detention reviews that do not respect the difference. The distinction is important, as is the language used. The two ought not be confused.

[122] The legal burden does not shift or change should the Minister establish a *prima facie* case of grounds for detention. The detainee is not required in law to do anything. Establishing grounds for detention does not mean that a detention order should issue. It simply means that there is a basis to consider making a detention order. Even when no evidence is offered by the detainee in response, the legal burden is on the Minister to make the case for detention on a balance of probabilities in respect

(*R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702, aux paragraphes 10 à 12). Ces faits doivent être établis selon la prépondérance des probabilités dans une affaire au civil, et hors de tout doute raisonnable dans une affaire pénale (*F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, aux paragraphes 40 et 41; *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23, au paragraphe 94). Fait important, à moins d'indication contraire d'une loi ou d'une règle de common law, le fardeau juridique imposé à une partie n'est jamais inversé (Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant et Michelle K. Fuerst, *Sopinka, Lederman, & Bryant's : The Law of Evidence in Canada*, 5<sup>e</sup> éd., Toronto : Lexis Nexis, 2018, au paragraphe 3.46 (*The Law of Evidence in Canada*)).

[121] Si la preuve établit un motif de détention sous le régime de la Loi et semble indiquer que la détention est justifiée pour l'application de l'article 248 du Règlement, il peut être dans l'intérêt d'un détenu de présenter des éléments de preuve en faveur de sa mise en liberté. Il ne s'agit pas ici d'une inversion du fardeau juridique. Il s'agit plutôt d'une stratégie consistant à produire une preuve afin d'empêcher une issue potentiellement défavorable (*Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, 1999 CanLII 694, au paragraphe 53; *The Law of Evidence in Canada*, à la page 116, paragraphe 3.56; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, aux pages 329 et 330, 1990 CanLII 70; voir également *R c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, au paragraphe 50). Les appelants soulignent à bon droit certains passages des contrôles des motifs de détention effectués par la Cour fédérale qui ne respectent pas la différence. La distinction est importante, tout comme les termes utilisés. Il ne faut pas les confondre.

[122] Le fardeau juridique n'est ni inversé ni modifié lorsque le ministre établit *prima facie* l'existence de motifs de détention. Le détenu n'est pas tenu en droit de faire quoi que ce soit. L'établissement de motifs de détention n'emporte pas le prononcé d'une ordonnance de détention; il signifie simplement qu'il existe des raisons d'envisager une ordonnance de détention. Même si le détenu n'oppose aucun élément de preuve, il revient au ministre d'établir le bien-fondé de la détention, selon la

of each of the section 248 factors. A detainee's decision to introduce evidence in response is entirely tactical.

[123] Nor does the legal burden on the Minister change with successive detention reviews. Whether it is the first or the tenth detention review, the Minister must establish on a balance of probabilities that a ground for detention exists, the existence of a nexus to an immigration purpose and the appropriateness of the detention. What may often change with the passage of time is the quantity and quality of evidence required to justify detention. The longer the period of detention, the more time and opportunity the government has had to make the necessary arrangements with the receiving country and to execute removal. With the passage of time, the assertion that removal remains possible requires a more probing inquiry. Reflecting this reality, in *Charkaoui*, the Supreme Court stated that the burden on the Minister becomes heavier over time (at paragraph 113); I take the Supreme Court to have been speaking of an evidentiary or tactical burden here, not a persuasive burden.

[124] The Supreme Court observed in *Mission Institute v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502 (*Khela*), at paragraph 40 that the shift in onus from the prisoner to the detaining authority is unique to the writ of *habeas corpus*. But there is no reason why a statutory detention regime cannot achieve the same effect as *habeas corpus*. Parliament has crafted such a regime here.

[125] Indeed, the scheme in the IRPA offers procedural and substantive advantages over a *habeas corpus* application. Properly interpreted, the IRPA requires the Minister to establish afresh the justification for detention every 30 days. The detention review occurs without any action on the part of the detainee, and for the entirety of the inquiry the burden is on the Minister to justify detention. The detainee is not required to do anything, procedurally or substantively. This can be contrasted to an application for *habeas corpus* where the applicant must

prépondérance des probabilités, sur le fondement de chacun des critères énoncés à l'article 248. Le choix d'un détenu de présenter des éléments de preuve ou non est une décision purement stratégique.

[123] De plus, le fardeau juridique qui incombe au ministre ne change pas au fil des contrôles successifs des motifs de détention. Qu'il s'agisse du premier ou du dixième contrôle, le ministre doit établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a un motif de détention, qu'il existe un lien avec un objectif d'immigration et que la détention est fondée. Ce qui est susceptible de changer au fil du temps, c'est la quantité ou la qualité des éléments de preuve nécessaires pour justifier la détention. Plus la période de détention est longue, plus l'administration a eu le temps et l'occasion de prendre les arrangements nécessaires avec le pays d'accueil afin de pouvoir exécuter la mesure de renvoi. Plus le temps passe, plus l'assertion selon laquelle le renvoi demeure possible sera scrutée de près. À cet égard, la Cour suprême affirme, dans l'arrêt *Charkaoui*, que le fardeau qui incombe au ministre peut devenir plus lourd avec le temps (au paragraphe 113). Je suppose que la Cour suprême traite dans ce cas de la charge de présentation ou d'un fardeau stratégique, et non d'un fardeau de persuasion.

[124] La Cour suprême souligne dans l'arrêt *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502 (*Khela*), au paragraphe 40, que le déplacement du fardeau du prisonnier aux autorités carcérales est propre au bref d'*habeas corpus*. Or, rien n'empêche un régime de détention prévu par la loi d'emporter le même effet qu'une demande d'*habeas corpus*. Le législateur a conçu un tel régime en l'espèce.

[125] En fait, le régime prévu par la LIPR offre des avantages procéduraux et de fond étrangers à la demande d'*habeas corpus*. Interprétée correctement, la LIPR exige que le ministre établisse de nouveau l'existence des motifs justifiant la détention tous les 30 jours. Le contrôle des motifs de détention est effectué sans aucun acte de la part du détenu, et il incombe au ministre à chaque fois de justifier la détention. Le détenu n'a pas à faire quoi que ce soit, sur le plan de la procédure ou du fond. En revanche, s'il présente une demande d'*habeas corpus*, le

initiate the application, establish that they have been deprived of liberty and that there is a legitimate ground to question their detention before the onus shifts to the responding authorities to show that the deprivation was lawful (*Khela*, at paragraph 30).

[126] There remain the observations of the Supreme Court in *Chhina* that the burden on the Minister decreases with time and that the requirement not to depart from prior decisions without clear and compelling reasons leads to self-referential reasoning and, in effect, shifts the onus to the detainee.

[127] *Chhina* must be understood in light of the principles articulated by the Supreme Court in *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609 (*Henry*). *Henry* instructs that reasons move along a spectrum—from the ratio, which is binding, to guidance that, although not strictly binding, is expected to be followed, to commentary (at paragraph 57). The Court’s comments in *Chhina* on *Thanabalasingham* fall within the last-mentioned category.

[128] *Thanabalasingham* does not stand for the proposition that the burden shifts to the detainee. To the contrary, in *Thanabalasingham*, this Court held precisely the opposite: that “[t]he onus is always on the Minister to demonstrate there are reasons which warrant detention or continued detention” (at paragraph 16). Similarly, contrary to what the Court said in *Chhina*, in *Charkaoui* the Supreme Court held that the burden and evidentiary challenges on the Minister increase with the passage of time.

[129] The Court in *Chhina* did not conduct a statutory interpretation exercise of the detention provisions in the IRPA, examine *Thanabalasingham* in depth or reconsider *Charkaoui*. For these reasons, the observations in *Chhina*, above, should not be regarded as binding upon us.

demandeur doit déposer la demande, établir qu’il a été privé de liberté et qu’il est légitime de remettre en question sa détention avant que le fardeau ne se déplace vers les autorités défenderesses, à qui il incombe de démontrer la légalité de cette privation de la liberté (*Khela*, au paragraphe 30).

[126] Il reste les remarques de la Cour suprême dans l’arrêt *Chhina*, selon lesquelles le fardeau qui incombe au ministre décroît avec le temps et l’obligation de ne pas s’écarter des décisions antérieures sans des motifs clairs et convaincants mène à un raisonnement autoréférentiel. Dans les faits, de l’avis de la Cour, le fardeau est ainsi déplacé vers le détenu.

[127] L’arrêt *Chhina* doit être interprété à la lumière des principes énoncés par la Cour suprême dans l’arrêt *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609 (*Henry*). L’arrêt *Henry* nous enseigne que les motifs d’une décision peuvent varier, de la *ratio decidendi*, qui a force contraignante, à la formulation de balises qui, même si elles ne sont pas strictement contraignantes, devraient être acceptées comme faisant autorité, en passant par les simples commentaires (au paragraphe 57). Les commentaires de la Cour dans l’arrêt *Chhina* portant sur l’arrêt *Thanabalasingham* appartiennent à cette dernière catégorie.

[128] L’arrêt *Thanabalasingham* n’appuie pas la thèse voulant que le fardeau soit transféré au détenu. Notre Cour y affirme le contraire : « [i]l incombe toujours au ministre de démontrer qu’il existe des motifs qui justifient la détention ou le maintien de la détention » (au paragraphe 16). De même, contrairement à ce qu’elle affirme dans l’arrêt *Chhina*, la Cour suprême soutient, dans l’arrêt *Charkaoui*, que le fardeau qui incombe au ministre et les difficultés liées à la preuve augmentent avec le temps.

[129] Dans l’arrêt *Chhina*, la Cour suprême ne procède pas à l’interprétation des dispositions de la LIPR relatives à la détention, ni à une analyse de l’arrêt *Thanabalasingham* en profondeur et ne remet pas en question l’arrêt *Charkaoui*. Compte tenu de ce qui précède, ces remarques de la Cour suprême dans l’arrêt *Chhina* ne sauraient lier notre Cour.

(d) *The relevance of previous detention decisions*

[130] The appellants argue that the scheme is unconstitutional because the collective weight of past decisions to detain creates a strong incentive to defer to those decisions and maintain detention. Once detained, always detained. The appellants say that this flows from the jurisprudence, which requires an ID member to provide “clear and compelling reasons” if they wish to depart from a prior detention decision (*Thanabalasingham*, at paragraph 10) and the recent observations of the majority of the Supreme Court in *Chhina* that the ID’s periodic reviews are susceptible to “self-referential” reasoning (see also *Chaudhary*, at paragraphs 85–88).

[131] If this were a consequence of either the statutory scheme or the effect of *Thanabalasingham*, these arguments would have substance. But they have no foundation, either in the statutory scheme or in the jurisprudence. I have already explained how nothing in the IRPA or the Regulations places an obligation on a detainee to lead fresh evidence between detention reviews in order for the ID to reach a different result. Nothing in the IRPA requires the detainee to demonstrate a change in circumstances, and neither does the jurisprudence.

[132] In *Thanabalasingham*, Rothstein J. expressly and unequivocally rejected the argument that the findings of previous members “should not be interfered with in the absence of new evidence” and held that “at each hearing, the member must decide afresh whether continued detention is warranted” (at paragraphs 7–8). Guidelines issued on April 1, 2019, by the Chair of the Immigration and Refugee Board pursuant to paragraph 159(1)(h) of the IRPA reinforce this point and align with the instructions of the Federal Court to the ID in *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Hamdan*, 2019 FC 1129 (*Hamdan*) (see Immigration and Refugee Board of Canada, *Chairperson Guideline 2: Detention* (Ottawa: Immigration and Refugee Board of Canada, April 1, 2019)).

d) *Pertinence des décisions antérieures portant sur la détention*

[130] Les appelants soutiennent que le régime est inconstitutionnel parce que le poids collectif accordé aux décisions antérieures ordonnant la détention fait pencher la balance en faveur du maintien en détention. Détenu un jour, détenu toujours. Les appelants affirment que cette situation découle de la jurisprudence, suivant laquelle le commissaire de la SI doit fournir « des motifs clairs et convaincants » s’il décide d’aller à l’encontre des décisions antérieures ordonnant la détention (*Thanabalasingham*, au paragraphe 10), ainsi que de récentes observations des juges majoritaires de la Cour suprême dans l’arrêt *Chhina*, selon lesquelles les contrôles périodiques de la SI sont susceptibles de mener à un raisonnement « autoréférentiel » (voir aussi l’arrêt *Chaudhary*, aux paragraphes 85 à 88).

[131] Si c’était là une conséquence du régime légal ou de l’arrêt *Thanabalasingham*, ces arguments seraient fondés. Mais ils n’ont aucun fondement, ni dans le régime légal, ni dans la jurisprudence. J’explique plus haut que rien dans la LIPR ou le Règlement n’oblige la personne détenue à produire des nouveaux éléments de preuve à chaque nouveau contrôle des motifs de détention pour obtenir de la SI une issue différente. Rien dans la LIPR, ni dans la jurisprudence, n’oblige la personne détenue à prouver que les circonstances ont changé.

[132] Dans l’arrêt *Thanabalasingham*, le juge Rothstein rejette explicitement et sans équivoque l’argument selon lequel les conclusions des commissaires précédents « devaient être maintenues en l’absence de nouvelle preuve » et conclut que, « lors de chaque audience, le commissaire doit décider à nouveau si le maintien de la détention est justifié » (aux paragraphes 7 et 8). Les directives données le 1<sup>er</sup> avril 2019 par le président de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, en application de l’alinéa 159(1)h de la LIPR, étaient cette notion et sont conformes aux lignes directrices de la Cour fédérale à l’intention de la SI, données dans la décision *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Hamdan*, 2019 CF 1129 (*Hamdan*) (voir Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada, *Directives numéro 2 du président : Détention* (Ottawa :

[133] Members of the ID are obligated, under their oath and by law, to consider the circumstances of the particular individual whose detention or liberty is in issue in a fair and open-minded way. Each member is required to undertake their own independent assessment of the case for and the case against detention. Abella J. returns to this point in *Chhina*, noting that “[t]he integrity of the IRPA process is dependent on a fulsome review of the lawfulness of detention, including its *Charter* compliance, at every review hearing” (at paragraph 127). Abella J.’s dissenting reasons, which were not contradicted by the majority on the point mentioned here, were foreshadowed in Federal Court jurisprudence (see, e.g., *Sahin*, at pages 228–230; *Thanabalasingham*, at paragraph 14).

[134] *Thanabalasingham* creates no special rule for ID reviews. The requirement to give reasons when departing from a prior decision is directed to the well-understood requirement, essential to the integrity of administrative and judicial decision making, that if there is a material change in circumstances or a re-evaluation of credibility, the ID is required to explain what has changed and why the previous decision is no longer pertinent. This reinforces the values of transparency, accountability and consistency. As was explained by the Supreme Court of Canada in *Vavilov*, the primary purpose of reasons is to demonstrate justification, transparency and intelligibility (at paragraph 81). To promote “general consistency”, any administrative body that departs from its own past decisions typically “bears the justificatory burden of explaining that departure in its reasons” (at paragraphs 129–131). Moreover, reasons are the primary mechanism by which affected parties and reviewing courts are able to understand the basis for a decision (at paragraph 81; see also *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Berisha*, 2012 FC 1100, [2014] 1 F.C.R. 574, at paragraph 52).

Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada, 1<sup>er</sup> avril 2019)).

[133] Les commissaires de la SI sont contraints par la Loi et leur serment de tenir compte des circonstances propres à chaque personne dont la détention ou la liberté est en jeu, de façon impartiale et avec ouverture d’esprit. Chaque commissaire est tenu d’entreprendre sa propre évaluation indépendante des éléments qui militent pour et contre la détention. La juge Abella revient sur ce point dans l’arrêt *Chhina*, soulignant que « [l]’intégrité du processus prévu par la *LIPR* dépend de la tenue d’un examen complet de la légalité de la détention, y compris de sa conformité avec la *Charte*, lors de chaque contrôle des motifs de la détention » (au paragraphe 127). La jurisprudence de la Cour fédérale a auguré les motifs de la juge Abella, dissidente, que les juges majoritaires n’ont pas contredits à cet égard (voir, par exemple, *Sahin*, aux pages 228 à 230; *Thanabalasingham*, au paragraphe 14).

[134] L’arrêt *Thanabalasingham* ne crée aucune règle spéciale concernant les contrôles menés par la SI. L’obligation de fournir des motifs lorsqu’un commissaire va à l’encontre d’une décision antérieure est motivée par l’exigence bien comprise, essentielle à l’intégrité du processus décisionnel administratif et judiciaire, selon laquelle la SI est tenue d’expliquer, en cas de changement important des circonstances ou d’une réévaluation de la crédibilité, ce qui a changé et pour quelle raison la décision antérieure n’est plus pertinente. Cette obligation favorise les valeurs que sont la transparence, la justification et l’uniformité. Comme la Cour suprême l’explique dans l’arrêt *Vavilov*, le but premier des motifs est d’établir la justification de la décision et la transparence et l’intelligibilité du processus décisionnel (au paragraphe 81). Afin d’encourager « l’uniformité générale » des décisions, lorsqu’un décideur s’écarte de ses propres décisions antérieures, « c’est sur ses épaules que repose le fardeau d’expliquer cet écart dans ses motifs » (aux paragraphes 129 à 131). Qui plus est, les motifs constituent le principal mécanisme permettant aux parties touchées et aux cours de révision de comprendre le fondement d’une décision (au paragraphe 81; voir également *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Berisha*, 2012 CF 1100, [2014] 1 R.C.F. 574, au paragraphe 52).

[135] I note, parenthetically, that the role of reasons when making a decision to depart from a previous decision is no different if *habeas corpus* is sought. The requirement for clear and compelling reasons does not change with the forum. As Professor Paul Daly observed in his commentary on *Chhina*, where a *habeas corpus* application is unsuccessful, a detainee may re-apply, and apply again after that. The provincial superior court hearing the *habeas corpus* application will be faced with the same challenges as the ID in justifying its decision; the same danger of self-referential reasoning remains, one way or another. In part for this reason, the Supreme Court's solution to the problem in *Chhina* has been criticized (see, e.g., Paul Daly, "To Have the Point: *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Chhina*, 2019 SCC 29" (5 June 2019) online (blog): *Administrative Law Matters* <[www.administrativelawmatters.com/blog/2019/06/05/to-have-the-point-canada-public-safety-and-emergency-preparedness-v-chhina-2019-scc-29/](http://www.administrativelawmatters.com/blog/2019/06/05/to-have-the-point-canada-public-safety-and-emergency-preparedness-v-chhina-2019-scc-29/)>). As Professor Daly notes, the solution to the self-referential reasoning lies not in offering detainees a different procedure for the assessment of the legality of detention, but rather, as Abella J. stressed in her dissent in *Chhina*, ensuring that at each detention review detainees' Charter rights remain front and centre.

(e) *Procedural fairness*

[136] Where a decision affects the rights, privileges or interests of an individual, the common law duty of fairness is triggered (see, e.g., *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 653, (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; *Baker*, at paragraph 20). The greater the effect a decision has on the life of an individual, the more robust will be the procedural protections required to fulfill the duty of fairness and the requirements of fundamental justice under section 7 of the Charter (*Charkaoui*, at paragraph 25, quoting *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 118). At a minimum, the duty of fairness requires that the affected person know the case

[135] Signalons, entre parenthèses, que le rôle des motifs lorsqu'un décideur choisit de s'écarter d'une décision antérieure n'est pas différent dans le cas d'une demande d'*habeas corpus*. L'obligation de fournir des motifs clairs et convaincants ne change pas selon la tribune. Comme le fait observer le professeur Paul Daly dans ses commentaires à propos de l'arrêt *Chhina*, si sa demande d'*habeas corpus* est rejetée, un détenu peut présenter une nouvelle demande, puis une autre par la suite. La cour supérieure provinciale qui entend la demande d'*habeas corpus* sera aux prises avec les mêmes difficultés que la SI pour justifier sa décision; le même risque de raisonnement autoréférentiel demeure, dans un cas comme dans l'autre. C'est en partie pour cette raison que la solution au problème avancée dans l'arrêt *Chhina* a été critiquée (voir, par exemple, Paul Daly, « To Have the Point : *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Chhina*, 2019 SCC 29 » (5 juin 2019), en ligne (blogue), *Administrative Law Matters* <<http://www.administrativelawmatters.com/blog/2019/06/05/to-have-the-point-canada-public-safety-and-emergency-preparedness-v-chhina-2019-scc-29/>>). Comme le dit le professeur Daly, la solution au raisonnement autoréférentiel est, non pas d'offrir aux détenus une procédure différente pour le contrôle de la légalité de la détention, mais plutôt, comme le souligne la juge Abella dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *Chhina*, de veiller à ce que, à chaque contrôle des motifs de détention, les droits des détenus demeurent à l'avant-plan.

e) *Équité procédurale*

[136] La décision qui touche les droits, les privilèges ou les intérêts d'une personne suffit pour entraîner l'application de l'obligation d'équité (voir, par exemple, *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la page 653, 1985 CanLII 23; *Baker*, au paragraphe 20). Plus l'incidence de la décision sur la vie de l'intéressé est grande, plus les garanties procédurales doivent être importantes afin que soient respectées l'obligation d'équité en common law et les exigences de la justice fondamentale consacrées par l'article 7 de la Charte (*Charkaoui*, au paragraphe 25, citant *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, au

they have to meet and have an adequate opportunity to respond. The procedural rights afforded under section 7 of the Charter provide the same protection for detainees (*Charkaoui*, at paragraphs 28–29, 53).

[137] Although the content of the duty of fairness varies with the context within which it is applied, proceedings with stakes analogous to those in criminal proceedings “will merit greater vigilance by the courts” (*Charkaoui*, at paragraph 25, quoting *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at page 1077, (1993), 101 D.L.R. (4th) 654). Because the liberty of the subject is involved, such is the case here.

[138] Administrative bodies enjoy the autonomy to control their own procedures, but they must nonetheless observe procedural fairness. Only statutory language or necessary implication can displace the duty of procedural fairness (*Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781, at paragraph 22; *Kane v. Bd. of Governors of U.B.C.*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at page 1113, (1980), 110 D.L.R. (3d) 311). There is no statutory language in the immigration detention scheme of the IRPA that ousts procedural fairness. The rules respecting disclosure in detention reviews are thus supplemented by the requirement for procedural fairness imposed by the common law.

[139] The *Immigration Division Rules*, SOR/2002-229 provide in section 26 that documents the parties intend to rely on must be provided in advance:

**Disclosure of documents by a party**

**26** If a party wants to use a document at a hearing, the party must provide a copy to the other party and the Division. The copies must be received

- (a) as soon as possible, in the case of a forty-eight hour or seven-day review or an admissibility hearing held at the same time; and

paragraphe 118). À tout le moins, l’obligation d’équité exige que l’intéressé connaisse la preuve produite contre lui et puisse avoir l’occasion d’y répondre. Les droits procéduraux conférés au titre de l’article 7 de la Charte offrent aux détenus la même protection (*Charkaoui*, aux paragraphes 28, 29 et 53).

[137] Bien que la teneur de l’obligation d’équité varie selon le contexte dans lequel elle est appliquée, « les tribunaux devront être plus vigilants » en ce qui concerne les instances dont les enjeux sont analogues à ceux des instances criminelles (*Charkaoui*, au paragraphe 25, citant *Dehghani c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, à la page 1077, 1993 CanLII 128). C’est le cas en l’espèce, parce que la liberté de l’intéressé est en jeu.

[138] Les organismes administratifs sont maîtres de leur propre procédure, mais ils doivent néanmoins respecter l’équité procédurale. L’obligation d’équité procédurale ne peut être écartée que par les termes exprès de la loi ou par déduction nécessaire (*Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781, au paragraphe 22; *Kane c. Cons. d’administration de l’U.C.B.*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la page 1113, 1980 CanLII 10). Rien dans le libellé du régime de détention aux fins de l’immigration de la LIPR n’écarte l’obligation d’équité procédurale. L’obligation d’équité procédurale imposée en common law vient suppléer aux règles concernant la communication de la preuve pour le contrôle des motifs de détention.

[139] Les *Règles de la Section de l’immigration*, DORS/2002-229 prévoient à l’article 26 que les documents que les parties entendent invoquer doivent être déposés à l’avance :

**Communication de documents par une partie**

**26** Pour utiliser un document à l’audience, la partie en transmet une copie à l’autre partie et à la Section. Les copies doivent être reçues :

- a) dans le cas du contrôle des quarante-huit heures ou du contrôle des sept jours, ou d’une enquête tenue au moment d’un tel contrôle, le plus tôt possible;

(b) in all other cases, at least five days before the hearing.

[140] The interveners assert that detainees do not receive sufficient and timely disclosure to allow them to know the case they have to meet and to respond. They argue that the *Immigration Division Rules* fall short of what fairness requires because they, and the relevant policy guidelines, require disclosure of only the documents on which the Minister intends to rely. They also point to evidence that says that the disclosure that is made is often late and leaves counsel with no ability to adequately represent the detainee's interests.

[141] The existence of a legislated disclosure requirement does not dispose of the question whether procedural fairness has been met. The Court must still examine whether the duty of fairness has been fulfilled. The Federal Court observed that Mr. Brown raised "legitimate concerns about the timeliness and quality of pre-hearing disclosure" (Federal Court reasons, at paragraph 127). I agree that those concerns are substantiated by the evidence. Mr. Singh, a hearings officer with the CBSA, admits that, although disclosure is to be provided in advance, "there are times where it is not provided in advance" (Federal Court reasons, at paragraph 110).

[142] The need for detainees to know the case against them creates a disclosure obligation. To be meaningful, the disclosure obligation cannot be limited to information on which the Minister intends to rely. All relevant information must be disclosed, including information that is only to the advantage of the detainee. This includes information pertaining to the grounds for the detention, information pertaining to the section 248 criteria, the existence of an immigration nexus, and the factors that bear upon the judge's assessment whether continued detention is warranted and consistent with Charter and administrative law principles. While the disclosure obligation necessarily encompasses information that is helpful to the detainee, it is not unlimited. It is always tempered by the requirement that the information be relevant to the circumstances of the particular detainee.

b) dans les autres cas, au moins cinq jours avant l'audience.

[140] Les intervenants affirment que la communication des documents aux détenus n'est pas suffisante et opportune, de sorte qu'ils ne sont pas en mesure de connaître la preuve produite contre eux et d'y répondre. Ils soutiennent que les *Règles de la Section de l'immigration* ne satisfont pas aux normes d'équité, parce qu'elles exigent uniquement la communication des documents sur lesquels le ministre entend s'appuyer, à l'instar des directives stratégiques pertinentes. Ils mentionnent également des éléments démontrant que la communication est souvent faite tardivement et ne permet pas à l'avocat de bien représenter les intérêts du détenu.

[141] L'existence d'une exigence légale en matière de communication ne permet pas de déterminer si l'équité procédurale a été respectée. La Cour doit vérifier. La Cour fédérale fait remarquer que M. Brown a soulevé « des préoccupations légitimes au sujet de la qualité et des délais relatifs à la communication avant audience » (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 127). Je conviens que ces préoccupations sont étayées par la preuve. M. Singh, un agent d'audience de l'ASFC, reconnaît que, malgré l'obligation à cet égard « [TRADUCTION] [...] il arrive parfois qu[e la communication] ne soit pas faite à l'avance » (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 110).

[142] La nécessité pour les détenus de connaître la preuve produite contre eux crée une obligation de communication. Pour être significative, l'obligation de communication ne peut se limiter aux renseignements sur lesquels le ministre entend s'appuyer. Tous les renseignements pertinents doivent être communiqués, y compris ceux qui ne favorisent que le détenu, dont les renseignements concernant les motifs de détention, les renseignements concernant les critères énoncés à l'article 248, l'existence d'un lien avec un objectif d'immigration ainsi que les critères qui permettent de déterminer si la détention est justifiée et conforme à la Charte et aux principes du droit administratif. Même si l'obligation de communication vise nécessairement les renseignements qui sont utiles au détenu, elle n'est pas illimitée; elle est toujours nuancée par la nécessité que les renseignements aient un lien avec les circonstances propres au détenu.

[143] Section 26 of the *Immigration Division Rules*, even if followed, does not fulfill the minimum requirements of the common law duty of fairness. This is because the requirement to introduce evidence arises only where information provided is contradicted by another party (Canada, Citizenship and Immigration Canada, *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF 3 “Admissibility, Hearings and Detention Review Proceedings”, (Ottawa: April 29, 2015) (ENF 3), at page 34).

[144] ENF 3 states that “[i]f the hearings officer recommends continued detention, the hearings officer should submit all available evidence to the ID in support of continued detention” (at page 38). This falls short of what procedural fairness requires. Procedural fairness requires that the detainee have advance disclosure of all evidence relevant to the section 248 criteria, regardless of whether the Minister relies on it to support continued detention.

[145] The legality of a detention order pending removal is underpinned by a finding, on the evidence, that removal remains a possibility. For this reason, disclosure of evidence concerning the likelihood of removal is also central to the legality of a detention order. This in turn requires the ID to assess the Minister’s efforts respecting removal and the reasons for delay at each and every hearing. Detainees are entitled to know what evidence the Minister relies upon for an argument that removal remains a possibility. Subject to recognized public interest privileges arising under section 38.01 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, relevant evidence of communications with a receiving country ought to be disclosed in advance of the hearing. Given the obligation imposed by section 248 of the Regulations, it would be a rare case where a member could properly exercise their discretion to continue detention in the absence of this evidence.

[146] The common law obligation on the Minister to disclose—subject to public interest privileges—all pertinent

[143] L’article 26 des *Règles de la Section de l’immigration*, même s’il est respecté, ne répond pas entièrement aux exigences minimales de l’obligation d’équité prévue en common law. L’obligation de déposer les éléments de preuve ne s’applique que lorsque les renseignements fournis sont contestés par l’autre partie (Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF 3 « Enquêtes et contrôle de la détention » (ENF 3), Ottawa, 29 avril 2015, à la page 35).

[144] Le guide ENF 3 indique que, « [s]i l’agent d’audience recommande le maintien en détention, il doit produire tous les éléments de preuve à la Section de l’immigration qui pourront être utiles à l’appui de sa recommandation » (à la page 40). L’équité procédurale exige plus que cela; elle exige que tous les éléments de preuve concernant les critères énoncés à l’article 248 soient communiqués à l’avance au détenu, que le ministre entende ou non s’appuyer sur ces éléments pour justifier le maintien en détention.

[145] La légalité d’une ordonnance de détention préalable au renvoi est subordonnée à la conclusion, tirée à la lumière des éléments de preuve, que le renvoi demeure possible. Pour cette raison, la communication des éléments de preuve sur la probabilité du renvoi est également essentielle à la légalité d’une ordonnance de détention. La SI doit donc évaluer les efforts du ministre en vue du renvoi et les raisons du retard à chacune des audiences de contrôle. Les détenus ont le droit de connaître la preuve que le ministre entend invoquer au soutien de son argument selon lequel le renvoi demeure possible. Sous réserve de la preuve visée par des privilèges d’intérêt public reconnus à l’article 38.01 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, les éléments de preuve pertinents concernant les communications avec le pays d’accueil doivent être communiqués avant l’audience. Compte tenu de l’obligation imposée par l’article 248 du Règlement, il serait exceptionnel qu’un commissaire exerce à bon droit le pouvoir discrétionnaire lui permettant d’ordonner le maintien en détention sans ces éléments de preuve.

[146] L’obligation qu’a le ministre, sous le régime de la common law, de communiquer — sous réserve de

documents is also consistent with Canada's international law obligations. The United Nations High Commissioner for Refugees' Detention Guide emphasizes that a "minimum procedural protection" for detainees is that an immigration detainee's lawyer "have access ... to records held on their client" (United Nations High Commissioner for Refugees, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, at paragraph 47(ii)). The *United Nations Basic Principles and Guidelines on the right of anyone deprived of their liberty to bring proceedings before a court*, 4 May 2015, WGAD/CRP.1/2015 (*UN Basic Principles and Guidelines*) requires that disclosure include information that could assist the detainee, and that it be provided to the detainee "without delay so as to provide adequate time to prepare the challenge" (*UN Basic Principles and Guidelines*, Guideline 5, at page 14, and Guideline 13, at pages 17–18). The common law requires the same protections.

[147] The interveners point to the Federal Court's recent decision, *Allen v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FC 486 (*Allen*), as demonstrative of how the regime lacks procedural protections. In *Allen*, the Federal Court found that the duty of fairness did not require disclosure of the CBSA's communications with Jamaica, even though they had been specifically requested by the detainee. The Federal Court's decision turned in part on the fact that the detainee had been uncooperative (*Allen*, at paragraph 62).

[148] The cooperation of a detainee is a relevant consideration for the ID in determining alternatives to detention, the cause of delay in removal and the assessment of the reasonableness of the Minister's efforts to effect removal. Lack of cooperation, however, is irrelevant when it comes to deciding which procedural protections are

privileges d'intérêt public — tous les documents pertinents est également conforme aux obligations du Canada en droit international. Le guide sur la détention du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés souligne que les détenus ont droit à des « garanties procédurales minimales », lesquelles prévoient entre autres que le conseil juridique des personnes détenues à des fins d'immigration doit « avoir accès [...] aux dossiers les concernant » (Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention*, 2012, alinéa 47(ii)). Les principes de base et lignes directrices des Nations Unies sur le droit de quiconque est privé de liberté d'ester en justice (Nations Unies, *Principes de base et lignes directrices des Nations Unies sur les voies et procédures permettant aux personnes privées de liberté d'introduire un recours devant un tribunal*, 4 Mai 2015, WGAD/CRP.1/2015 (*Principes de base et lignes directrices de l'ONU*)), exigent que la personne détenue soit informée des renseignements qui pourraient l'aider, et que ces derniers soient communiqués à cette dernière « sans délai [...] de façon à pouvoir disposer de suffisamment de temps pour préparer le recours » (*Principes de base et lignes directrices de l'ONU*, Ligne directrice 5, page 16, et Ligne directrice 13, page 20). La common law exige les mêmes protections.

[147] Les intervenants soutiennent que la récente décision de la Cour fédérale, *Allen c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CF 486 (*Allen*), démontre la pénurie de protections procédurales. La Cour fédérale arrive à la conclusion que l'obligation d'équité n'exige pas la communication de la correspondance de l'ASFC avec les autorités jamaïcaines, et ce même si le détenu en avait expressément fait la demande. La décision de la Cour fédérale est fondée en partie sur le manque de coopération de la part du détenu (*Allen*, au paragraphe 62).

[148] La coopération d'un détenu constitue un facteur important lorsqu'il s'agit pour la SI de déterminer les solutions de rechange à la détention ainsi que la cause du retard dans l'exécution de la mesure de renvoi et de décider si les efforts du ministre à cet égard sont raisonnables. Toutefois, le manque de coopération ne joue pas

afforded to a detainee by the duty of fairness. To the extent that *Allen* stands for the proposition that lack of cooperation vitiates the Minister's disclosure obligations, it should not be followed.

[149] The lawful exercise of the power to order detention requires an adequate evidentiary foundation. This includes all relevant evidence relating to the factors under section 248. In cases of inadequate disclosure, judicial review can be sought, on an expedited basis, and interim orders can be made compelling disclosure (see section 18.2 of the *Federal Courts Act*). Importantly, a detention decision may be vitiated if it is established that there has not been timely disclosure of material documents which results in a breach of procedural fairness.

#### VI. Judicial oversight

[150] As I have noted, the conclusion of the majority of the Supreme Court in *Chhina* that recourse to *habeas corpus* should be allowed does not flow from any conclusion regarding the constitutionality of the IRPA. The issue before the Supreme Court was whether *habeas corpus* was available as an alternative remedy to detention reviews and judicial review. The focus of this case, in contrast, is the constitutionality of the scheme that governs detention and review before the ID. Nonetheless, given the importance of judicial oversight to ensuring the lawful integrity of ID decisions, and considering the submissions received from the parties subsequent to the release of *Chhina* while this case was under reserve, certain observations are in order.

[151] The first observation is that whether viewed from a procedural or substantive perspective, judicial review provides a remedy that is fully responsive to the seriousness of the issues under consideration. I will deal with the substantive considerations first.

[152] A majority of Supreme Court in *Chhina* finds that the ID “does not conduct a fresh review of each periodic

lorsqu’il faut déterminer la teneur des protections procédurales que l’obligation d’équité accorde au détenu. Dans la mesure où la décision *Allen* veut que le manque de coopération atténue les obligations du ministre en matière de communication, il faudrait s’en écarter.

[149] L’exercice légitime du pouvoir d’ordonner la détention nécessite un fondement de preuve suffisant, y compris tous les éléments de preuve pertinents concernant les critères énoncés à l’article 248. En cas de communication inadéquate, le contrôle judiciaire peut être demandé, par voie d’instruction accélérée, et des mesures provisoires peuvent être prises pour ordonner la communication (voir l’article 18.2 de la *Loi sur les Cours fédérales*). Fait important, une décision de détention peut être invalidée s’il est établi que des documents importants n’ont pas été communiqués en temps opportun, ce qui constitue un manquement à l’équité procédurale.

#### VI. Encadrement judiciaire

[150] Comme je le signale, la conclusion des juges majoritaires de la Cour suprême dans l’arrêt *Chhina*, selon laquelle le recours à l’*habeas corpus* devrait être autorisé, ne découle pas d’une conclusion concernant la validité constitutionnelle de la LIPR. La Cour suprême était appelée à déterminer si l’*habeas corpus* constituait une solution de rechange aux contrôles des motifs de détention et au contrôle judiciaire. Par contre, la présente affaire porte sur la constitutionnalité du régime qui encadre la détention et le contrôle des motifs de détention par la SI. Néanmoins, compte tenu de l’importance de l’encadrement judiciaire dans l’intégrité juridique des décisions de la SI, et compte tenu des observations reçues des parties à la suite de l’arrêt *Chhina* quand la présente décision était en délibéré, certaines observations sont de mise.

[151] Premièrement, sur le plan de la procédure ou du fond, le contrôle judiciaire offre un recours qui tient entièrement compte de la gravité des questions à trancher. Abordons d’abord les considérations de fond.

[152] Dans l’arrêt *Chhina*, les juges majoritaires de la Cour suprême concluent que la SI « ne procède pas

detention” and “as such, the scope of review before the Federal Courts is correspondingly narrower than review on *habeas corpus*” (at paragraph 64).

[153] To the contrary, the ID must look at the detainee’s entire detention history. The Regulations themselves require no less. Three of the five criteria in section 248 require the ID to have regard to the length of time in detention, which mandates a consideration of the entire history. The detainee’s entire detention history necessarily forms part of the evidence before the ID, as it will before the Federal Court.

[154] Neither the ID, nor the Federal Court assesses the legitimacy of detention blinded to the overall history of detention. Each 30-day detention review requires consideration of the detention as a whole. Indeed, a cursory review of ID and Federal Court decisions demonstrates this to be the case (see, e.g., *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Li*, 2009 FCA 85, [2010] 2 F.C.R. 433, at paragraphs 66–67; *Hamdan*, at paragraphs 29–30; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Arook*, 2019 FC 1130; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Taino*, 2020 FC 427; and the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rules 306–309, 317).

[155] Where the legislation prescribes a set of considerations, and mandates the default outcome of release, departure or deviance from either results in an unlawful decision (*Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203). In a detention review, the range of lawful decisions available to the ID member is constrained by section 58 of the IRPA and section 248 of the Regulations. If a detention order has not been made according to law, it will be set aside. For example, an ID member’s failure to consider the likelihood of removal, relevant factors in section 248 or beyond, or alternatives to detention, would result in the decision being set aside. Release would follow unless the Federal Court order is stayed.

à neuf chaque fois qu’elle fait un examen périodique des motifs de la détention » et qu’« ainsi, la portée du contrôle devant les Cours fédérales est comparative-ment plus étroite que celle du contrôle par voie d’*habeas corpus* » (au paragraphe 64).

[153] Au contraire, la SI doit examiner l’ensemble de l’historique de détention du détenu. Le Règlement lui-même n’exige rien de moins. Trois des cinq critères énoncés à l’article 248 exigent que la SI tienne compte de la durée de la détention, ce qui l’oblige à examiner l’ensemble de l’historique. Ce dernier élément fait nécessairement partie des éléments de preuve dont dispose la SI, et dont disposera la Cour fédérale.

[154] La SI et la Cour fédérale ne sauraient examiner la légitimité de la détention sans tenir compte de l’ensemble de l’historique de détention. Chaque contrôle des motifs de détention, effectué tous les 30 jours, exige un examen de la détention dans son ensemble. En fait, un examen sommaire des décisions de la SI et de la Cour fédérale montre que c’est le cas (voir, par exemple, *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Li*, 2009 CAF 85, [2010] 2 R.C.F. 433, aux paragraphes 66 et 67; *Hamdan*, aux paragraphes 29 et 30; *Canada (Sécurité Publique et Protection Civile) c. Arook*, 2019 CF 1130; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Taino*, 2020 CF 427; et les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 306 à 309 et 317).

[155] Lorsque la loi prescrit une série de facteurs à considérer et prévoit la mise en liberté d’office, s’écarter des décisions antérieures équivaut à une décision illégale (*Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203). Le choix des décisions légales que peut prendre le commissaire de la SI qui procède au contrôle des motifs de détention est restreint par l’article 58 de la LIPR et l’article 248 du Règlement. Si une ordonnance de détention ne respecte pas la législation, elle sera annulée. Par exemple, si le commissaire de la SI fait fi de la probabilité du renvoi, des critères pertinents énoncés notamment à l’article 248 ou des solutions de rechange à la détention, la décision sera annulée. La mise en liberté est prononcée, à moins qu’il ne soit sursis à l’ordonnance de la Cour fédérale.

[156] My second observation is that the assertion made to this Court, and to the Supreme Court in *Chhina*, that judicial reviews were invariably moot has no foundation in the evidence.

[157] The evidence paints a different picture. As Abella J. noted in *Chhina*, the Federal Court heard and disposed of Mr. Chhina’s judicial review application in one week less time than the *habeas corpus* application was heard and decided (at paragraph 119). Again, a cursory review of Federal Court jurisprudence with respect to detention review demonstrates that applications for judicial review are often heard and disposed of in the Federal Court on an urgent basis (see, e.g., *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Shen*, 2020 FC 405; *Hamdan*; *Arook*; and *Taino*).

[158] I agree with my colleague, Justice Stratas, who has recently observed that the “factual spin and speculation about the procedural flexibility, innovative capability and remedial effectiveness of the Federal Courts” in *Chhina* and *R. v. Bird*, 2019 SCC 7, [2019] 1 S.C.R. 409, at paragraphs 57-61 is “false and unsupported” (*Teksavvy Solutions Inc. v. Bell Media Inc.*, 2020 FCA 108, 74 C.P.R. (4th) 85, at paragraph 22).

[159] The Federal Court is accessible 24 hours a day, 365 days a year, from coast to coast for urgent applications, in both official languages. Interim stay orders are frequently issued (*Federal Courts Act*, section 18.2). Time frames are routinely abridged (see, e.g., *MPSEP v. Mustafa Abdi Faarah* ((IMM-1347-19) [Boswell J., order dated February 26, 2019 (F.C.)]; *MPSEP v. Martin Sevic* (IMM-1375-20 [Fothergill J., order dated February 26, 2020 (F.C.)]); *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Ahmed*, 2019 FC 1006; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Baniashkar*, 2019 FC 729; *Hamdan* and *Arook*). Hearing dates are routinely expedited. Hearings may be by teleconference, or in person, in Federal Court facilities across Canada. Cases are heard and disposed of as quickly as the parties request or circumstances require (see, e.g., *MPSEP v. Afshin Ighani Maleki*, IMM-2466-20 [Zinn, J., order dated June 2, 2020

[156] Deuxièmement, l’assertion présentée à notre Cour, et à la Cour suprême dans l’affaire *Chhina*, selon laquelle les contrôles judiciaires sont invariablement théoriques, n’est pas étayée par la preuve.

[157] Les éléments de preuve montrent une image différente. Comme le souligne la juge Abella dans l’arrêt *Chhina*, il a fallu une semaine de moins à la Cour fédérale pour instruire et trancher la demande de contrôle judiciaire de M. Chhina que l’instruction de sa demande d’*habeas corpus* (au paragraphe 119). Comme nous le mentionnons plus haut, un examen sommaire de la jurisprudence de la Cour fédérale portant sur les contrôles des motifs de détention révèle que les demandes de contrôle judiciaire sont souvent traitées par la Cour fédérale par voie d’instruction accélérée (voir, par exemple, *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Shen*, 2020 CF 405; *Hamdan*; *Arook* et *Taino*).

[158] Je suis d’accord avec mon collègue, le juge Stratas, qui souligne récemment que les « conjectures sur la souplesse procédurale des Cours fédérales, leur capacité d’innovation et l’efficacité des réparations qu’elles sont habilitées à rendre » constatées dans les arrêts *Chhina* et *R. c. Bird*, 2019 CSC 7, [2019] 1 R.C.S. 409, aux paragraphes 57 à 61, sont « erronées ou non étayées » (*Teksavvy Solutions Inc. c. Bell Média Inc.*, 2020 CAF 108, au paragraphe 22).

[159] Pour les demandes urgentes, la Cour fédérale est accessible 24 heures par jour, 365 jours par année, d’un océan à l’autre, et ce dans les deux langues officielles. Des ordonnances de sursis provisoires sont fréquemment rendues (*Loi sur les Cours fédérales*, article 18.2). Les délais sont régulièrement abrégés (voir, par exemple, *MPSEP v. Mustafa Abdi Faarah* ((IMM-1347-19) [le juge Boswell, ordonnance en date du 26 février 2019 (C.F.)]; *MPSEP v. Martin Sevic* (IMM-1375-20) [le juge Fothergill, ordonnance en date du 26 février 2020 (C.F.)]; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Ahmed*, 2019 CF 1006; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Baniashkar*, 2019 CF 729; *Hamdan* et *Arook*). Les dates d’audience sont régulièrement devancées. Les audiences peuvent être tenues par téléconférence, ou en personne, dans les locaux des Cours fédérales partout au Canada. Les affaires sont entendues

(F.C.); *MPSEP v. Dawei Shen*, IMM-1626-20 [Elliott J., order dated March 19, 2020 (F.C.)]). Federal Court judges assigned to hear judicial review applications of detention decisions understand that liberty interests are at stake. The remedies can be innovative and creative (see, e.g., *Fond du Lac First Nation v. Mercredi*, 2020 FCA 59, at paragraph 5; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. LeBon*, 2013 FCA 55, 444 N.R. 93; *D’Errico v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 95, 459 N.R. 167). Further, and unlike many superior courts, there is a standing liaison committee between the Federal Court and representatives of the specialized immigration bar. This committee, including the sub-committee on immigration detention, serves as a vehicle for addressing any matter of concern relating to the efficient and expeditious disposition of immigration proceedings.

[160] In any event, the possibility that an ID decision may be moot is not pertinent. Technically moot decisions may be reviewed where the failure to do so would render the decision evasive of judicial review (*Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 195, at paragraph 14).

[161] To conclude, judicial review, like *habeas corpus*, tests the legality of a detention decision against the Charter and common law principles. But it also does much more; it tests the reasoning process, its transparency and its integrity. It examines the treatment of the discretionary factors and whether they were properly taken into account. It holds up the reasons to independent scrutiny to determine whether they pass legal muster, from both a Charter and administrative law perspective. As the Supreme Court concluded in *Charkaoui*, the remedy of judicial review is “robust” (at paragraph 123).

et tranchées aussi rapidement que l’exigent les parties ou les circonstances (voir, par exemple, *MPSEP v. Afshin Ighani Maleki*, IMM-2466-20 [le juge Zinn, ordonnance en date du 2 juin 2020 (C.F.)]; *MPSEP v. Dawei Shen*, IMM-1626-20 [la juge Elliott, ordonnance en date du 19 mars 2020 (C.F.)]). Les juges de la Cour fédérale saisis du contrôle judiciaire de décisions ordonnant le maintien en détention comprennent que le droit à la liberté est en jeu. Les mesures de réparation peuvent être novatrices et créatives (voir, par exemple, *Première Nation Denesuline de Fond du Lac c. Mercredi*, 2020 CAF 59, au paragraphe 5; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. LeBon*, 2013 CAF 55; *D’Errico c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 95). En outre, il existe un comité de liaison permanent formé de représentants de la Cour fédérale et des avocats spécialisés en immigration, ce qui n’est pas le cas de nombreuses cours supérieures. Ce comité, tout comme le sous-comité sur la détention aux fins de l’immigration, sert de mécanisme pour traiter toute préoccupation liée au règlement efficace et rapide des instances en immigration.

[160] Quoi qu’il en soit, la possibilité qu’une décision de la SI soit théorique importe peu. Dans les faits, une décision théorique peut être soumise au contrôle lorsqu’elle échapperait autrement au contrôle judiciaire (*Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 195, au paragraphe 14).

[161] En conclusion, le contrôle judiciaire, comme la demande d’*habeas corpus*, permet de vérifier la légalité d’une décision de maintien en détention à la lumière de la Charte et des principes de la common law. Or, il présente beaucoup d’autres utilités. Il permet de vérifier le raisonnement, sa transparence et son intégrité. Il permet d’examiner le traitement des facteurs discrétionnaires et de veiller à ce qu’ils aient bien été pris en compte. Il soumet les motifs de décision à un examen indépendant, afin de déterminer s’ils résistent à l’analyse, autant du point de vue de la Charte que du point de vue du droit administratif. Pour citer la Cour suprême dans l’arrêt *Charkaoui*, le contrôle judiciaire offre un recours « vigoureux » (au paragraphe 123).

VII. Conclusion

[162] The Federal Court certified the following question:

Does the [Charter] impose a requirement that detention for immigration purposes not exceed a prescribed period of time, after which it is presumptively unconstitutional, or a maximum period, after which release is mandatory?

[163] I would answer the question in the negative and would dismiss the appeal. Consistent with the request of the parties, I would make no order as to costs.

GAUTHIER J.A.: I agree.

STRATAS J.A.: I agree.

VII. Conclusion

[162] La Cour fédérale a certifié la question suivante :

La Charte [...] impose-t-elle une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l'immigration ne doit pas dépasser une période de temps prescrite, sans quoi la détention est présumée inconstitutionnelle, ou une période de temps maximale, sans quoi la mise en liberté est obligatoire?

[163] Je répondrais à la question par la négative et je rejetterais l'appel. Conformément aux demandes des parties, je ne rendrais pas d'ordonnance quant aux dépens.

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

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