

IMM-364-15
2017 FC 710

IMM-364-15
2017 CF 710

Alvin John Brown (*Applicant*)

Alvin John Brown (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration and the 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 (*défendeurs*)

and

et

End Immigration Detention Network (*Third Party*)

End Immigration Detention Network (*mis en cause*)

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

RÉPERTORIÉ : BROWN c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Fothergill J.—Toronto, May 15; Ottawa, July 25, 2017.

Cour fédérale, juge Fothergill—Toronto, 15 mai; Ottawa, 25 juillet 2017.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Detention and Release — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) decision finding that applicant danger to public, unlikely to appear for removal to Jamaica — ID therefore ordering applicant's continued detention under Immigration and Refugee Protection Act — Applicant seeking declaration that statutory regime under which held unconstitutional — Applicant, permanent resident; found to be inadmissible to Canada due to criminal conviction — Arrested, detained, released several times for other convictions — Eventually removed from Canada to Jamaica — Main issues: whether Act, ss. 57, 58, Immigration and Refugee Protections Regulations, ss. 244-248 contravening Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9 or 12; what are minimum legal requirements of detention for immigration purposes — Federal Court of Appeal decision in Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham regarding detention discussed — Articulation therein of law clear, cogent, binding on ID, Court — If ID not respecting standards in practice, this is problem of maladministration, not indication that statutory scheme itself unconstitutional — Act, s. 4(2) specifically assigning responsibility for detention of immigration detainees to Minister of Public Safety and Emergency Preparedness — Regulations, s. 248(e) imposing positive obligation on ID to consider alternatives to detention — Minimum requirements of lawful detention for immigration purposes under Act, Regulations, specified, discussed herein — Question pertaining to whether Charter imposing requirement that

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Détention et mise en liberté — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a conclu que le demandeur était un danger pour le public et qu'il était peu probable qu'il se présente pour son renvoi en Jamaïque — La SI a donc ordonné que sa détention soit maintenue au titre de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le demandeur a demandé un jugement déclarant que le régime législatif au titre duquel il était détenu est inconstitutionnel — Le demandeur, un résident permanent, a été déclaré interdit de territoire par suite d'une déclaration de culpabilité au criminel — Il a été arrêté, détenu et mis en liberté à plusieurs reprises relativement à d'autres déclarations de culpabilité — Il a finalement été renvoyé du Canada vers la Jamaïque — Il s'agissait principalement de savoir si les art. 57 et 58 de la Loi et les art. 244 à 248 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés contreviennent aux art. 7, 9 ou 12 de la Charte canadienne des droits et libertés et quelles sont les exigences légales minimales relatives à la détention dans le contexte de l'immigration — La décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Thanabalasingham concernant la détention a été analysée — L'analyse du droit effectuée dans cet arrêt était claire et convaincante et liait la SI et la Cour — Si la SI ne respecte pas ces normes en vigueur, il s'agit d'un problème imputable à une mauvaise administration, non une indication selon laquelle le régime législatif en soi est inconstitutionnel — L'art. 4(2)

immigration-related detention not exceeding prescribed period of time certified — Application dismissed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Immigration detention — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) decision finding, in particular, that applicant's continued detention not contravening Charter — Legal framework applied by Supreme Court of Canada in Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) applicable to constitutional analysis Court having to undertake in present case — ID's lack of jurisdiction over location, conditions of detention not contravening either Charter, ss. 7 or 9 — ID member constitutionally required to consider availability, effectiveness, appropriateness of alternatives to detention before deciding whether individual should be released — Absence of time period in Act, Regulations beyond which detention presumed to be unconstitutional, or absence of maximum limit on detention, not violating Charter, ss. 7, 9 — Question of when detention for immigration purposes no longer reasonable depending on facts, circumstances of case.

Constitutional Law — Charter of Rights — Legal rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) decision finding, in particular, that applicant's continued detention not contravening Charter — Supreme Court of Canada decision in Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) examining whether detention for immigration purposes constituting cruel, unusual punishment or treatment pursuant to Charter, s. 12 — Nothing in evidence in present case to justify departure from Supreme Court's analysis in Charkaoui, which supports conclusion that Act, Regulations not imposing cruel, unusual treatment within meaning of Charter, s. 12.

This was an application for judicial review of a decision of the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee

de la Loi attribue précisément la responsabilité de la détention des personnes détenues dans le contexte de l'immigration au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile — L'art. 248e) du Règlement impose une obligation positive à la SI de prendre en compte des solutions de rechange à la détention — Les exigences légales minimales relatives à la détention légale dans le contexte de l'immigration aux termes de la Loi et du Règlement ont été précisées et analysées dans la présente affaire — 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 a été certifiée — Demande rejetée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention dans le contexte de l'immigration — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a conclu notamment que le maintien en détention du demandeur ne contrevenait pas à la Charte — Le cadre juridique que la Cour suprême du Canada a appliqué dans l'arrêt Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration) était applicable à l'analyse constitutionnelle que la Cour devait entreprendre en l'espèce — L'absence de compétence de la SI par rapport au lieu et aux conditions de la détention ne contrevient pas aux art. 7 ou 9 de la Charte — Un commissaire de la SI est tenu sur le plan constitutionnel de prendre en compte la disponibilité, l'efficacité et l'opportunité d'autres solutions que la détention avant de décider si une personne devrait être mise en liberté — L'absence d'une période prescrite dans la Loi et le Règlement après laquelle la détention est présumée inconstitutionnelle ou l'absence d'une période maximale relative à la détention ne contreviennent pas aux art. 7 ou 9 de Charte — La réponse à la question de savoir à quel moment une détention dans le contexte de l'immigration dépasse la mesure dépend des faits et des circonstances de l'affaire.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Garanties juridiques — Traitements ou peines cruels et inusités — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a conclu notamment que le maintien en détention du demandeur ne contrevenait pas à la Charte — La question de savoir si la détention dans le contexte de l'immigration constitue une peine ou un traitement cruel ou inusité au sens de l'art. 12 de la Charte a été examinée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration) — Rien dans les éléments de preuve présentés en l'espèce ne justifiait une dérogation à l'analyse de la Cour suprême dans l'arrêt Charkaoui, qui étaye la conclusion selon laquelle la Loi et le Règlement n'imposent pas un traitement cruel ou inusité au sens de l'art. 12 de la Charte.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration (SI) de la Commission

Board. The ID found that the applicant was a danger to the public and unlikely to appear for removal to Jamaica. The ID therefore ordered that he continue to be detained under the *Immigration and Refugee Protection Act*. The ID also found that the applicant's continued detention did not contravene the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The applicant was seeking a declaration that the statutory regime under which he was held is unconstitutional.

The applicant arrived in Canada in 1983 when he was a child and obtained permanent residence a year later. In 2000, he was found to be inadmissible to Canada due to a criminal conviction. He appealed his deportation order but it was dismissed. He was arrested, detained and released on other occasions for other convictions and violations of release. The applicant was eventually removed from Canada to Jamaica in 2016.

The applicant's position was that his continued detention contravened the Charter. He argued that pre-removal detention exceeding three years was contrary to section 12 of the Charter and that the lack of a presumptive period within which removal must occur was contrary to sections 7, 12 and 15 of the Charter. At the same time he filed the application for judicial review, the applicant filed an application for *habeas corpus* in the Ontario Superior Court of Justice seeking his release pending deportation and requesting a remedy under subsection 24(1) of the Charter. However, both the application and the remedy request were dismissed.

The main issues were whether sections 57 and 58 of the Act and sections 244 to 248 of the *Immigration and Refugee Protections Regulations* contravene sections 7, 9 or 12 of the Charter and what are the minimum legal requirements of detention for immigration purposes.

Held, the application should be dismissed.

The legal framework applied by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)* was applicable to the constitutional analysis to be undertaken in this case. As well, the Federal Court of Appeal decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham* regarding detention was discussed. Its articulation of the law was clear, cogent and binding herein. If the ID does not respect these standards in practice, this is a problem of maladministration, not an indication that the statutory scheme is itself unconstitutional. With respect to

de l'immigration et du statut de réfugié. La SI a conclu que le demandeur était un danger pour le public et qu'il était peu probable qu'il se présente pour son renvoi en Jamaïque. La SI a donc ordonné que sa détention soit maintenue au titre de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. La SI a aussi conclu que le maintien en détention du demandeur ne contrevenait pas à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le demandeur a demandé un jugement déclarant que le régime législatif au titre duquel il était détenu est inconstitutionnel.

Le demandeur est arrivé au Canada en 1983. Il était alors un enfant. Il a obtenu le statut de résident permanent l'année suivante. En 2000, il a été déclaré interdit de territoire par suite d'une déclaration de culpabilité au criminel. Il a interjeté appel de la mesure d'expulsion qui le visait, mais cet appel a été rejeté. Il a été arrêté, détenu et mis en liberté à d'autres occasions relativement à d'autres déclarations de culpabilité et contraventions aux conditions de sa libération. Le demandeur a finalement été renvoyé du Canada vers la Jamaïque en 2016.

Le demandeur a adopté la position selon laquelle le maintien de sa détention contrevenait à la Charte. Il a prétendu qu'une période de détention excédant trois ans avant le renvoi contrevenait à l'article 12 de la Charte, et que l'absence de période à l'intérieur de laquelle le renvoi doit se produire contrevenait aux articles 7, 12 et 15 de la Charte. Au moment où il a déposé une demande de contrôle judiciaire, le demandeur a également déposé une demande d'*habeas corpus* à la Cour supérieure de justice de l'Ontario, dans laquelle il demandait d'être mis en liberté en attendant son expulsion et demandait qu'on lui accorde une réparation fondée sur le paragraphe 24(1) de la Charte. Toutefois, les deux demandes ont été rejetées.

Il s'agissait principalement de savoir si les articles 57 et 58 de la Loi et les articles 244 à 248 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* contreviennent aux articles 7, 9 ou 12 de la Charte et quelles sont les exigences légales minimales relatives à la détention dans le contexte de l'immigration.

Arrêt, la demande doit être rejetée.

Le cadre juridique que la Cour suprême du Canada a appliqué dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* était applicable à l'analyse constitutionnelle qui devait être entreprise en l'espèce. En outre, la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Thanabalasingham* en ce qui concerne la détention a été analysée. L'analyse du droit effectuée dans cet arrêt était claire et convaincante et liait la Cour. Si la SI ne respecte pas ces normes en vigueur, il s'agit d'un problème imputable à une mauvaise administration, non

the opportunity to know the case to be met, [heading p. 40], it was argued that detainees have no opportunity to challenge the evidence of a hearings officer at detention reviews, which is generally hearsay. However, the role of a hearings officer was mischaracterized. A hearings officer is the representative of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister), not a witness. Proceedings before the ID are informal, and the normal rules of evidence do not apply. Hearsay evidence is admissible.

The ID's jurisdiction over the location or conditions of detention was discussed. Subsection 4(2) of the Act specifically assigns responsibility for the detention of immigration detainees to the Minister. Also, subsection 248(e) of the Regulations imposes a positive obligation on the ID to consider alternatives to detention. The ID's lack of jurisdiction over the location and conditions of detention therefore does not contravene either section 7 or section 9 of the Charter. An ID member is constitutionally required to consider the availability, effectiveness and appropriateness of alternatives to detention, as well as less restrictive forms of detention, before deciding whether an individual should be released. Thereafter, responsibility for the location and conditions of detention rests with the Canada Border Services Agency or provincial correctional authorities. Detainees may challenge the location and conditions of their detention in a variety of ways, consistent with the requirements of the Charter.

As for unreasonable detention, the reasonableness of an individual's detention will vary with the circumstances. The absence of a time period in the Act and the Regulations beyond which detention is presumed to be unconstitutional, or the absence of a maximum limit on detention, do not violate section 7 or section 9 of the Charter. The question of when detention for immigration purposes is no longer reasonable depends on the facts and circumstances of the case. The matter falls to be determined by the ID or by a superior court on an application for *habeas corpus* or on judicial review by the Federal Court. The availability and effectiveness of these review mechanisms are sufficient to render the statutory scheme constitutional.

Whether detention for immigration purposes constitutes cruel and unusual punishment or treatment pursuant to section 12 of the Charter was examined by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui*. There was nothing in the evidence or

une indication selon laquelle le régime législatif en soi est inconstitutionnel. En ce qui concerne la possibilité de connaître la preuve qu'il faut réfuter, l'on a fait valoir que les détenus n'ont aucune possibilité de contester la preuve d'un agent d'audience lors d'un contrôle de la détention, qui est généralement une preuve par ouï-dire. Toutefois, le rôle d'un agent d'audience a été mal interprété. Celui-ci est un représentant du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (ministre), non un témoin. La procédure devant la SI est informelle, et les règles habituelles de présentation de la preuve ne s'appliquent pas. La preuve par ouï-dire est admissible.

La question de la compétence de la SI quant au lieu et aux conditions de détention a été analysée. Le paragraphe 4(2) de la Loi attribue précisément la responsabilité de la détention des personnes détenues dans le contexte de l'immigration au ministre. En outre, l'alinéa 248e) du Règlement impose une obligation positive à la SI de prendre en compte des solutions de rechange à la détention. L'absence de compétence de la SI par rapport au lieu et aux conditions de la détention ne contrevient donc pas aux articles 7 ou 9 de la Charte. Un commissaire de la SI est tenu sur le plan constitutionnel de prendre en compte la disponibilité, l'efficacité et l'opportunité d'autres solutions que la détention et des formes de détention moins restrictives avant de décider si une personne devrait être mise en liberté. Par la suite, la responsabilité relative au lieu et aux conditions de la détention relève de l'Agence canadienne des services frontaliers ou des autorités correctionnelles provinciales. Les personnes détenues peuvent contester le lieu et les conditions de leur détention par l'entremise de plusieurs moyens, conformément aux exigences de la Charte.

En ce qui concerne la détention déraisonnable, le caractère raisonnable de la détention d'une personne dans le contexte de l'immigration varie en fonction des circonstances. L'absence d'une période prescrite dans la Loi et le Règlement après laquelle la détention est présumée inconstitutionnelle ou l'absence d'une période maximale relative à la détention ne contreviennent pas aux articles 7 ou 9 de la Charte. La question de savoir à quel moment une détention dans le contexte de l'immigration dépasse la mesure dépend des faits et des circonstances de l'affaire. La question doit être tranchée par la SI, par une cour supérieure dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus* ou par la Cour fédérale dans le cadre d'un contrôle judiciaire. La disponibilité et l'efficacité de ces mécanismes de contrôle suffisent pour rendre le régime législatif constitutionnel.

La question de savoir si la détention dans le contexte de l'immigration constitue une peine ou un traitement cruel ou inusité au sens de l'article 12 de la Charte a été examinée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui*. Rien dans

arguments presented in this case to justify a departure from the Supreme Court's analysis, which supports the conclusion that the Act and the Regulations do not impose cruel and unusual treatment within the meaning of section 12 of the Charter. Moreover, the limited evidence adduced herein was not sufficient to support broad declarations that detention for immigration purposes constitutes cruel and unusual punishment or treatment.

The minimum requirements of lawful detention for immigration purposes under the Act and the Regulations were specified and discussed. Some of them included that the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness must act with reasonable diligence and expedition to effect removal of a detainee from Canada and that at each detention review, the ID must decide afresh whether continued detention is warranted.

Finally, a question pertaining to whether the Charter imposes a requirement that immigration-related detention not exceed a prescribed period of time was certified.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
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, 7, 9, 10, 12, 15, 24(1).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 11.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 81.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 4(2), 55, 57, 58, 173.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 244 to 248.
Immigration Division Rules, SOR/2002-229, s. 26.
Mental Health Act, R.S.O. 1990, c. M.7.
Ministry of Correctional Services Act, R.S.O. 1990, c. M.22, s. 17.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221.

les éléments de preuve ou dans les arguments présentés en l'espèce ne justifiait une dérogation à l'analyse de la Cour suprême, qui étaye la conclusion selon laquelle la Loi et le Règlement n'imposent pas un traitement cruel ou inusité au sens de l'article 12 de la Charte. En outre, la preuve limitée présentée dans cette affaire n'était pas suffisante pour étayer les déclarations imprécises selon lesquelles la détention dans le contexte de l'immigration constitue une peine ou un traitement cruel ou inusité.

Les exigences minimales juridiques relatives à la détention légale dans le contexte de l'immigration aux termes de la Loi et du Règlement ont été précisées et analysées. Entre autres choses, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile doit agir de manière diligente et prompte en vue de procéder à l'expulsion de la personne détenue du Canada et, à chaque contrôle de détention, la SI doit décider de nouveau si le maintien de la détention est justifié.

Enfin, 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 a été certifiée.

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, 7, 9, 10, 12, 15, 24(1).
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 santé mentale, L.R.O. 1990, ch. M.7.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
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.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 4(2), 55, 57, 58, 173.
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, règle 81.

Traités et autres instruments cités

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221.

Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, [2008] O.J. L 348/98.

Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, J.O. L 348/98.

CASES CITED

FOLLOWED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham, 2004 FCA 4, [2004] 3 F.C.R. 572.

APPLIED:

Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration), 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214, 85 F.T.R. 99 (T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Li*, 2009 FCA 85, [2010] 2 F.C.R. 433.

CONSIDERED:

Brown v. Canada (Ministry of Public Safety and Emergency Preparedness), 2016 ONSC 7760, 371 C.R.R. (2d) 57; *Brown v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 660, 81 Imm. L.R. (3d) 90; *Brown v. Canada (Citizenship and Immigration)*, IMM-364-15, Gleeson J., order dated October 7, 2016; *S. (P.) v. Ontario*, 2014 ONCA 900, 123 O.R. (3d) 651; *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *Demore v. Kim*, 538 U.S. 510 (2003); *Chaudhary v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Lai*, 2001 FCT 118, [2001] 3 F.C. 326; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Jama*, [2007] I.D.D. No. 6 (QL), 2007 CarswellNat 394 (I.R.B.); *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *Lumba v. Secretary of State for the Home Department*, 2010 EWCA Civ 111, [2011] UKSC 12; *Ali v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 2660, 382 C.R.R. (2d) 137; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Lunyamila*, 2016 FC 1199, [2017] 3 F.C.R. 428; *R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Hardial Singh*, [1984] 1 All E.R. 983, [1984] 1 W.L.R. 704 (Q.B.); *J.N. v. United Kingdom*, Application No. 37289/12, judgment dated May 19, 2016 (E.Ct.H.R.).

REFERRED TO:

Brown v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), IMM-5339-08, Heneghan J., order dated

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Thanabalasingham, 2004 CAF 4, [2004] 3 R.C.F. 572.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1^{re} inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Li*, 2009 CAF 85, [2010] 2 R.C.F. 433.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Brown v. Canada (Ministry of Public Safety and Emergency Preparedness), 2016 ONSC 7760, 371 C.R.R. (2d) 57; *Brown c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CF 660; *Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, IMM-364-15, le juge Gleeson, ordonnance en date du 7 octobre 2016; *S. (P.) v. Ontario*, 2014 ONCA 900, 123 O.R. (3d) 651; *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *Demore v. Kim*, 538 U.S. 510 (2003); *Chaudhary v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Lai*, 2001 CFPI 118, [2001] 3 C.F. 326; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Jama*, [2007] D.S.I. n° 6 (QL), 2007 CarswellNat 394 (C.I.S.R.); *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *Lumba v. Secretary of State for the Home Department*, 2010 EWCA Civ 111, [2011] UKSC 12; *Ali v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 2660, 382 C.R.R. (2d) 137; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Lunyamila*, 2016 CF 1199, [2017] 3 R.C.F. 428; *R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Hardial Singh*, [1984] 1 All E.R. 983, [1984] 1 W.L.R. 704 (Q.B.); *J.N. c. Royaume-Uni*, requête n° 37289/12, arrêt en date du 19 mai 2016 (C.E.D.H.).

DÉCISIONS CITÉES :

Brown c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), IMM-5339-08, la juge Heneghan,

April 22, 2009; *Bago v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1299; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, 73 D.L.R. (4th) 686; *Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 43, 412 D.L.R. (4th) 336; *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Ahmed v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 876; *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 113, [2015] 1 F.C.R. 335, rev'd on other grounds 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Trang v. Alberta (Edmonton Remand Centre)*, 2007 ABCA 263, 412 A.R. 215.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Enforcement Operational Manual*, Chapter ENF 3 “Admissibility Hearing and Detention Review Proceedings”.

International Human Rights Program. “‘We Have No Rights’: Arbitrary Imprisonment and Cruel Treatment of Migrants with Mental Health Issued in Canada”, Toronto: University of Toronto Faculty of Law, May 2015.

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.

APPLICATION for judicial review of an Immigration and Refugee Board, Immigration Division decision finding, *inter alia*, that the applicant was a danger to the public and unlikely to appear for removal; therefore, his continued detention was ordered under the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

APPEARANCES

Jared Will and *Jean Marie Vecina* for applicant.
Bernard Assan, *Charles Julian Jubenville* and *Mélissa Mathieu* for respondents.
Swathi Visalakshi Sekhar and *Karin Baqi* for third party.

ordonnance en date du 22 avril 2009; *Bago c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1299; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 43; *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Ahmed c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 876; *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 113, [2015] 1 R.C.F. 335, infirmé pour d'autres motifs 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Trang v. Alberta (Edmonton Remand Centre)*, 2007 ABCA 263, 412 A.R. 215.

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide opérationnel : Exécution de la loi*, chapitre ENF 3 « Enquêtes et contrôle de la détention ».

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.

Programme des droits internationaux de la personne. “‘We Have No Rights’ : Arbitrary Imprisonment and Cruel Treatment of Migrants with Mental Health Issued in Canada”, Toronto : University of Toronto Faculty of Law, mai 2015.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et de la protection des réfugiés qui a conclu notamment que le demandeur était un danger pour le public et qu'il était peu probable qu'il se présente pour son renvoi. Le maintien de sa détention a donc été ordonné au titre de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Jared Will et *Jean Marie Vecina* pour le demandeur.
Bernard Assan, *Charles Julian Jubenville* et *Mélissa Mathieu* pour les défendeurs.
Swathi Visalakshi Sekhar et *Karin Baqi* pour le mis en cause.

SOLICITORS OF RECORD

Vecina & Sekhar, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.
South Asian Legal Clinic of Ontario, Toronto, for third party.

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

FOTHERGILL J.:

I. Overview

[1] Alvin John Brown seeks judicial review of a decision of the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board (I.R.B.). The ID found that Mr. Brown was a danger to the public and unlikely to appear for removal to Jamaica, the country of his birth. The ID therefore ordered that he continue to be detained under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). The ID also found that Mr. Brown's continued detention did not contravene 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).

[2] Mr. Brown was removed to Jamaica on September 7, 2016, the same day that Justice Alfred O'Marra of the Ontario Superior Court of Justice heard his application for *habeas corpus*. In a decision released on September 12, 2016, Justice O'Marra held that Mr. Brown's detention was lawful and did not violate his Charter rights (*Brown v. Canada (Ministry of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 ONSC 7760, 371 C.R.R. (2d) 57 (*Brown* (ONSC))). Mr. Brown nevertheless asks this Court to declare that the statutory regime under which he was held is unconstitutional.

[3] Before the state can detain people for significant periods of time, it must accord them a fair process. This basic principle has a number of facets. It comprises the

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Vecina & Sekhar, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.
South Asian Legal Clinic of Ontario, Toronto, pour le mis en cause.

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

LE JUGE FOTHERGILL :

I. Aperçu

[1] M. Alvin John Brown demande le contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la C.I.S.R.). Dans cette décision, la SI a conclu que M. Brown était un danger pour le public et qu'il est peu probable qu'il se présente pour son renvoi en Jamaïque, son pays de naissance. La SI a donc ordonné que sa détention soit maintenue au titre de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). La SI a aussi conclu que le maintien en détention de M. Brown ne contrevenait pas à la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte).

[2] M. Brown a été renvoyé en Jamaïque le 7 septembre 2016, le jour même où le juge Alfred O'Marra de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a entendu sa demande d'*habeas corpus*. Dans une décision publiée le 12 septembre 2016, le juge O'Marra a statué que la détention de M. Brown était licite et qu'elle ne violait pas ses droits garantis par la Charte (*Brown v. Canada (Ministry of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 ONSC 7760, 371 C.R.R. (2d) 57 (*Brown* (ONSC))). M. Brown demande néanmoins à la Cour de déclarer que le régime législatif au titre duquel il était détenu est inconstitutionnel.

[3] L'État doit d'abord accorder un processus équitable à une personne avant de la détenir pendant une longue période. Ce principe de base comporte de multiples

right to a hearing. It requires that the hearing be before an independent and impartial decision maker. It demands a decision based on the facts and the law. It entails the right to know the case put against one, and the right to answer that case. Precisely how these requirements are met will vary with the context, but each of them must be met in substance (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui*)).

[4] In addition, there may be circumstances where immigration detention violates the Charter because it has continued for an excessive period of time, there is no reasonable prospect of removal to the detainee's country of citizenship, or the conditions of detention have become intolerable.

[5] The evidence and arguments presented in this application by Mr. Brown and the End Immigration Detention Network (EIDN), a third party granted public interest standing, suggest that there may be shortcomings in the manner in which detention reviews are conducted by the ID. But none of these shortcomings are the inevitable consequence of sections 57 and 58 of the IRPA and sections 244 to 248 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations). Properly interpreted and applied, these provisions of the IRPA and the Regulations comply with the Charter.

[6] The application for judicial review is therefore dismissed. However, in light of concerns raised by some of the evidence adduced in this proceeding, these reasons include a restatement of the minimum legal requirements for detention reviews before the ID.

II. Appropriate Respondent

[7] The Minister of Citizenship and Immigration asks that the respondent be identified as the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (PSEP), because the removal of persons from Canada and their detention

facettes. Il comprend le droit à une audience. Il exige que l'audience soit tenue devant un décideur indépendant et impartial. Il exige que la décision soit fondée sur les faits et sur le droit. Il nécessite que l'intéressé connaisse la preuve produite contre lui et qu'il ait le droit de présenter une réponse. La manière dont ces exigences sont satisfaites varie en fonction du contexte, mais essentiellement, chacun de ses éléments doit être satisfait (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui*)).

[4] En outre, il peut y avoir des situations dans lesquelles la détention dans le contexte de l'immigration contrevient à la Charte, parce qu'elle s'est poursuivie pendant une période excessive, qu'il n'y a pas de perspective raisonnable de renvoyer le détenu dans son pays de citoyenneté ou que les conditions de détention sont intolérables.

[5] La preuve et les arguments présentés dans le contexte de la présente demande par M. Brown et par le End Immigration Detention Network (EIDN), un tiers à qui la Cour a accordé qualité pour agir dans l'intérêt public, donnent à penser qu'il peut y avoir des lacunes dans la manière avec laquelle les contrôles de motifs de détention sont effectués par la SI. Toutefois, aucune de ces lacunes n'est une conséquence inévitable 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). Lorsqu'interprétées adéquatement et appliquées comme il se doit, ces dispositions de la LIPR et du Règlement sont conformes à la Charte.

[6] La demande de contrôle judiciaire est donc rejetée. Cependant, compte tenu des préoccupations soulevées par certains des éléments de preuve produits dans la présente instance, les présents motifs comprennent une reformulation des exigences juridiques minimales en ce qui a trait au contrôle des motifs de la détention par la SI.

II. Le défendeur approprié

[7] Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration demande que le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (SPPC) soit désigné à titre de défendeur, parce que le renvoi de personnes du Canada et leur

pending removal is the latter's responsibility. Mr. Brown says that the Minister of Citizenship and Immigration is the proper respondent, because the relief sought includes declarations that sections 57 and 58 of the IRPA and sections 244 to 248 of the Regulations contravene sections 7, 9 or 12 of the Charter in a manner that cannot be justified under section 1. The Minister of Citizenship and Immigration is responsible for the administration of the IRPA and the Regulations.

[8] I agree with Mr. Brown that the Minister of Citizenship and Immigration is properly named as a respondent, given the breadth of the constitutional challenge. However, because the Minister of PSEP is responsible under subsection 4(2) of the IRPA for removal and detention for immigration purposes, I will grant the request of the Minister of Citizenship and Immigration to add the Minister of PSEP as an additional respondent. The style of cause is amended accordingly.

III. Applicant's Background

[9] Mr. Brown arrived in Canada in March 1983 when he was eight years old. He obtained permanent residence in June 1984. On January 17, 2000, he was found to be inadmissible to Canada due to a criminal conviction for trafficking in a controlled substance.

[10] Mr. Brown appealed his deportation order to the Immigration Appeal Division (IAD) of the I.R.B. The IAD found that it lacked jurisdiction and dismissed the appeal. Mr. Brown filed an application for leave and judicial review of the IAD's decision in this Court.

[11] In October 2008, an officer with Citizenship and Immigration Canada (CIC) conducted a pre-removal risk assessment (PRRA) and concluded that Mr. Brown could be safely returned to Jamaica. Mr. Brown filed an application for leave and judicial review of the PRRA in this Court. Leave was refused in April 2009 (Court File No. IMM-5339-08).

détention avant le renvoi relèvent de sa responsabilité. M. Brown affirme que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration est le défendeur approprié, parce qu'il demande notamment à titre de réparation un jugement déclarant que les articles 57 et 58 de la LIPR ainsi que les articles 244 à 248 du Règlement contreviennent aux articles 7, 9 ou 12 de la Charte d'une manière qui ne peut se justifier au regard de l'article premier. Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration est responsable de l'administration de la LIPR et du Règlement.

[8] Je conviens avec M. Brown que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration est désigné à juste titre comme partie défenderesse, compte tenu de la portée de la contestation constitutionnelle. Cependant, puisque le ministre de la SPPC a la responsabilité, au titre du paragraphe 4(2) de la LIPR, du renvoi et de la détention dans le contexte de l'immigration, je ferai droit à la demande du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration d'ajouter le ministre de la SPPC à titre de défendeur supplémentaire. L'intitulé est modifié en conséquence.

III. Les antécédents du demandeur

[9] M. Brown est arrivé au Canada en mars 1983 à l'âge de huit ans. Il a obtenu le statut de résident permanent en juin 1984. Le 17 janvier 2000, il a été déclaré interdit de territoire, car il avait été déclaré coupable de trafic d'une substance réglementée.

[10] M. Brown a interjeté appel auprès de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la C.I.S.R. de la mesure d'expulsion qui le visait. La SAI a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour instruire l'appel et elle l'a rejeté. M. Brown a déposé à la Cour une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision de la SAI.

[11] En octobre 2008, un agent de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) a procédé à une évaluation des risques avant renvoi [ERAR] et il a conclu que M. Brown pourrait être renvoyé en Jamaïque en toute sécurité. M. Brown a présenté devant la Cour une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire relativement à la décision relative à l'ERAR. L'autorisation lui a été refusée en avril 2009 (dossier de la Cour n° IMM-5339-08).

[12] On June 23, 2009, Justice Michael Phelan found that the IAD had jurisdiction over the appeal of Mr. Brown's deportation order, and returned the matter to the IAD (*Brown v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 660, 81 Imm. L.R. (3d) 90).

[13] In May 2010, Mr. Brown was convicted of robbery and uttering death threats. He was again found to be inadmissible to Canada on May 14, 2010.

[14] Mr. Brown was released from custody on January 27, 2011, and was then detained by the Canada Border Services Agency (CBSA). He was released under the Toronto Bail Program in March 2011, but re-arrested in September 2011 for violating the conditions of his release by being uncooperative, using cocaine and living in a shelter.

[15] The IAD dismissed Mr. Brown's appeal of his deportation order on October 27, 2011.

[16] In February 2012, the CBSA asked the Jamaican consulate to issue a travel document for Mr. Brown. Further information in support of the request was submitted in May 2012. Following an exchange of correspondence, a CBSA officer met with Jamaican consular officials in November 2012 to resolve outstanding issues. The CBSA made further enquiries of the Jamaican consulate in May, July, August and September of 2013, but received no response.

[17] In October 2013, Jamaican consular officials advised that they were still awaiting confirmation of Mr. Brown's nationality. The matter was discussed by Canadian and Jamaican officials in November 2013. From January to October 2014, there was still no confirmation of Mr. Brown's nationality.

[12] Le 23 juin 2009, le juge Michael Phelan a conclu que la SAI avait compétence relativement à l'appel interjeté par M. Brown quant à la mesure d'expulsion, et il a renvoyé l'affaire à la SAI (*Brown c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CF 660).

[13] En mai 2010, M. Brown a été déclaré coupable de vol qualifié et de profération de menaces de mort. Il a été une fois de plus déclaré interdit de territoire au Canada le 14 mai 2010.

[14] M. Brown a été mis en liberté le 27 janvier 2011 et il a ensuite été détenu par l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC). Il a été mis en liberté sous le régime du Programme de cautionnement de Toronto en mars 2011, mais il a été arrêté de nouveau en septembre 2011 pour avoir contrevenu aux conditions de sa libération, du fait qu'il ne coopérait pas, qu'il consommait de la cocaïne et qu'il vivait dans un abri pour itinérants.

[15] Le 27 octobre 2011, la SAI a rejeté l'appel que M. Brown avait interjeté à l'égard de la mesure d'expulsion le visant.

[16] En février 2012, l'ASFC a demandé au consulat de la Jamaïque de délivrer un document de voyage pour M. Brown. Elle a fourni des renseignements supplémentaires à l'appui de la demande en mai 2012. Après correspondance, un agent de l'ASFC a rencontré des fonctionnaires du consulat de la Jamaïque en novembre 2012 pour régler des questions pendantes. L'ASFC a présenté des demandes de renseignements supplémentaires au consulat de la Jamaïque en mai, juillet, août et septembre 2013, mais n'a reçu aucune réponse.

[17] En octobre 2013, les fonctionnaires du consulat de la Jamaïque ont mentionné qu'ils étaient toujours en attente de la confirmation de la nationalité de M. Brown. Des fonctionnaires jamaïcains et canadiens ont discuté de l'affaire en novembre 2013. De janvier 2014 à octobre 2014, il n'y avait toujours pas de confirmation de la nationalité de M. Brown.

[18] Mr. Brown finally received a Jamaican travel document on September 6, 2016, and was removed from Canada the following day.

IV. Decision under Review

[19] During a review of his detention by the ID on October 13, 2014, Mr. Brown took the position that his continued detention contravened the Charter. He argued that pre-removal detention exceeding three years was contrary to section 12 of the Charter, and the lack of a presumptive period within which removal must occur was contrary to sections 7, 12 and 15 of the Charter. Sections 7 and 12 of the Charter guarantee the right to life, liberty and security of the person, and the right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment. Section 15 of the Charter enshrines the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination.

[20] The ID noted that Mr. Brown had accumulated 17 criminal convictions between 1999 and 2010. These included drug trafficking, weapons offences, robbery, uttering threats and assault with a weapon. He had repeatedly broken probation orders, and provided no evidence of rehabilitation. The ID therefore concluded that Mr. Brown was a danger to the public.

[21] The ID then considered whether Mr. Brown was likely to appear for his removal to Jamaica. The ID noted that Mr. Brown had been in Canada since 1984, and that he had family in this country, including six children. The ID also noted that Mr. Brown had four convictions for failing to comply with conditions, probation orders and recognizances. He had a history of addiction and non-compliance with the law. The ID concluded that Mr. Brown was fearful of returning to Jamaica, had strong ties to Canada and had demonstrated “a complete disregard for the law”. The ID therefore concluded that Mr. Brown could not be trusted to voluntarily comply with his conditions of release, which included appearing for removal.

[18] M. Brown a finalement reçu un document de voyage de la Jamaïque le 6 septembre 2016 et il a été renvoyé du Canada le jour suivant.

IV. La décision visée par le contrôle judiciaire

[19] Lors du contrôle de sa détention par la SI le 13 octobre 2014, M. Brown a adopté la position selon laquelle le maintien de sa détention contrevenait à la Charte. Il a prétendu qu’une période de détention excédant trois ans avant le renvoi contrevient à l’article 12 de la Charte, et que l’absence de période à l’intérieur de laquelle le renvoi doit se produire contrevient aux articles 7, 12 et 15 de la Charte. Les articles 7 et 12 de la Charte garantissent le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, ainsi que le droit de ne pas être assujéti à des traitements ou peines cruels ou inusités. L’article 15 de la Charte consacre le droit à la protection égale et au bénéfice égal de la loi, sans discrimination.

[20] La SI a fait remarquer que M. Brown avait été déclaré coupable d’infractions criminelles à 17 reprises entre 1999 et 2010. Cela comprenait le trafic de stupéfiants, les infractions liées aux armes, le vol qualifié, la profération de menaces et les voies de fait armées. Il a contrevenu à maintes reprises à des ordonnances de probation, et il n’a produit aucune preuve quant à sa réhabilitation. La SI a donc conclu que M. Brown constituait un danger pour le public.

[21] La SI a ensuite examiné la question de savoir s’il était vraisemblable que M. Brown se présente à son renvoi pour la Jamaïque. La SI a fait remarquer que M. Brown était au Canada depuis 1984, et qu’il y avait de la famille, notamment six enfants. La SI a aussi fait remarquer que M. Brown avait été déclaré coupable à quatre reprises de ne pas s’être conformé à des conditions, à des ordonnances de probation et à des engagements. Il avait des antécédents en matière de dépendances et de non-respect de la loi. La SI a conclu que M. Brown craignait d’être renvoyé en Jamaïque, qu’il avait des liens solides avec le Canada et qu’il avait démontré un [TRADUCTION] « mépris total de la loi ». Par conséquent, la SI a conclu que l’on ne pouvait pas faire confiance à M. Brown pour qu’il se conforme volontairement aux

[22] The ID considered the factors prescribed by section 248 of the Regulations, and found that they weighed in favour of Mr. Brown's continued detention. The ID made the following observation: "[a]lthough I am not in the position to predict how long it will take the consulate to issue documents for Mr. Brown, I have no evidence that leads me to believe that his detention will be indefinite, or that his removal is not going to be effected". The ID noted that Mr. Brown had proposed no alternative to his continued detention.

[23] The ID rejected Mr. Brown's Charter arguments, citing the Supreme Court of Canada's decision in *Charkaoui*. The ID held that, consistent with the requirements identified in *Charkaoui*, there were regular reviews of Mr. Brown's detention and the legislation was therefore constitutional. The ID observed that when Mr. Brown was released under the Toronto Bail Program in 2011, he failed to comply with the conditions of his release and his detention therefore resulted from actions within his control.

[24] The ID issued its decision on January 8, 2015. The ID held that Mr. Brown was a danger to the public and was unlikely to appear for his removal, and his continued detention was therefore warranted. The ID also held that there was no Charter violation.

[25] Mr. Brown filed an application for leave and judicial review of the ID's decision in this Court on January 26, 2015.

V. Habeas Corpus Application

[26] At the same time he filed the application for judicial review in this Court, Mr. Brown filed an application for *habeas corpus* in the Ontario Superior Court of Justice seeking his release pending deportation. He also requested a remedy under subsection 24(1) of the Charter on the ground that his rights under sections 7, 9, 10 and 12 of the Charter had been violated.

conditions de sa mise en liberté, lesquelles comprenaient de se présenter à son renvoi.

[22] La SI a examiné les facteurs prescrits par l'article 248 du Règlement et elle a conclu que ceux-ci favorisaient le maintien de M. Brown en détention. Elle a formulé l'observation suivante : [TRADUCTION] « Même si je ne suis pas en position de prédire le temps dont le consulat aura besoin pour délivrer les documents à M. Brown, rien ne me porte à croire que sa détention sera indéfinie ou que son renvoi ne sera pas affecté ». La SI a remarqué que M. Brown n'avait proposé aucune solution de rechange à son maintien en détention.

[23] La SI a rejeté les arguments fondés sur la Charte présentés par M. Brown, et ce, en invoquant l'arrêt *Charkaoui* de la Cour suprême du Canada. La SI a statué que, conformément aux exigences énoncées dans l'arrêt *Charkaoui*, les contrôles des motifs de la détention de M. Brown ont été faits régulièrement et la loi était donc constitutionnelle. La SI a remarqué que, lorsque M. Brown a été libéré sous le régime du Programme de cautionnement de Toronto en 2011, il ne s'était pas conformé aux conditions de sa mise en liberté et sa détention était donc attribuable à ses propres actions.

[24] La SI a rendu sa décision le 8 janvier 2015. Elle a statué que M. Brown constituait un danger pour le public, qu'il était peu probable que M. Brown se présente à son renvoi et que son maintien en détention était justifié. La SI a aussi statué qu'il n'y avait pas de violation de la Charte.

[25] M. Brown a déposé devant la Cour, le 26 janvier 2015, une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire visant la décision de la SI.

V. La demande d'habeas corpus

[26] Au moment où il a déposé une demande de contrôle judiciaire à la Cour, M. Brown a également déposé une demande d'*habeas corpus* à la Cour supérieure de justice de l'Ontario, dans laquelle il demandait d'être mis en liberté en attendant son expulsion. Il a aussi demandé qu'on lui accorde une réparation fondée sur le paragraphe 24(1) de la Charte, au motif que les droits

[27] Justice O'Marra dismissed both the application for *habeas corpus* and the request for a remedy under subsection 24(1) of the Charter, concluding as follows [at paragraph 95]:

I am not satisfied that [Mr. Brown's] detention was unlawful. He was subject to a continuing process of review every thirty days in a quasi-judicial process that has been recognized as being procedurally fair – the subject having a right to be represented by counsel, to call evidence, cross-examine witnesses and to receive disclosure in advance.

[28] Justice O'Marra also rejected the argument that there was a violation of section 9 of the Charter, because Mr. Brown met the criteria for detention in the reviews, and his detention was for the valid purpose of removal, which continued to exist until he was finally removed in September 2016.

[29] In addition, Justice O'Marra found that Mr. Brown received adequate health care, and his detention did not amount to cruel and unusual treatment or punishment contrary to section 12 of the Charter.

VI. Issues

[30] Mr. Brown does not challenge the reasonableness of the ID's decision on administrative law grounds. His sole argument is that the legislative scheme which permitted his detention violates the Charter. He seeks declarations that sections 57 and 58 of the IRPA and sections 244 to 248 of the Regulations contravene sections 7, 9 or 12 of the Charter, and are not justified by section 1.

[31] Mr. Brown asks this Court to read in to the legislative scheme a requirement that pre-removal detention not exceed six months, after which it will be presumptively unconstitutional. He also says that there should be a "hard cap" on pre-removal detention of 18 months.

qui lui étaient garantis par les articles 7, 9, 10 et 12 de la Charte avaient été violés.

[27] Le juge O'Marra a rejeté les deux demandes, soit la demande d'*habeas corpus* et la demande de réparation fondée sur le paragraphe 24(1) de la Charte, en concluant ainsi [au paragraphe 95] :

[TRADUCTION] Je ne suis pas convaincu que la détention de [M. Brown] était illicite. Son dossier a fait l'objet d'un processus continu de contrôle, tous les 30 jours, dans le cadre d'un processus quasi judiciaire qui a été reconnu comme étant équitable d'un point de vue procédural; il avait le droit d'être représenté par un avocat, de convoquer des témoins, de contre-interroger des témoins et de recevoir la communication de la preuve produite contre lui.

[28] Le juge O'Marra a également rejeté l'argument selon lequel il y avait eu violation de l'article 9 de la Charte, puisque M. Brown a satisfait lors des contrôles aux critères justifiant la détention, et que sa détention avait comme objectif valide son renvoi, lequel a subsisté jusqu'à ce qu'il soit finalement renvoyé en septembre 2016.

[29] En outre, le juge O'Marra a conclu que M. Brown avait reçu des soins de santé adéquats, et que sa détention ne constituait pas un traitement ou une peine cruelle et inusitée allant à l'encontre de l'article 12 de la Charte.

VI. Questions en litige

[30] M. Brown ne conteste pas, pour des motifs relevant du droit administratif, le caractère raisonnable de la décision de la SI. Son seul argument est que le régime législatif qui autorise sa détention viole la Charte. Il sollicite des déclarations portant que les articles 57 et 58 de la LIPR et les articles 244 à 248 du Règlement contreviennent aux articles 7, 9 ou 12 de la Charte et qu'ils ne sont pas justifiés au regard de l'article premier.

[31] M. Brown demande à la Cour d'interpréter le régime législatif de façon à ce qu'il exige que la détention avant renvoi ne dépasse pas six mois, après quoi elle sera présumée inconstitutionnelle. M. Brown a également affirmé qu'il devrait y avoir un « plafond rigide » de 18 mois relativement à la détention avant renvoi.

[32] This application for judicial review therefore raises the following issues:

- A. Is the application for judicial review barred by the doctrine of mootness?
- B. Is the application for judicial review barred by the doctrine of issue estoppel?
- C. Do sections 57 and 58 of the IRPA and sections 244 to 248 of the Regulations contravene sections 7, 9 or 12 of the Charter?
- D. If so, are sections 57 and 58 of the IRPA and sections 244 to 248 of the Regulations justified under section 1 of the Charter?
- E. What are the minimum legal requirements of detention for immigration purposes?
- F. Should questions be certified for appeal?

VII. Analysis

A. *Mootness*

[33] Mr. Brown has been removed from Canada to Jamaica, and the question therefore arises whether his application for judicial review is moot.

[34] The doctrine of mootness is an aspect of general policy or practice that allows a court to decline to answer questions that have become hypothetical or abstract, and where the decision of the court would have no practical effect on the parties. The essential question that must be asked is whether some “live controversy” which affects or may affect the rights of the parties continues to exist (*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 (*Borowski*), at page 353).

[32] Par conséquent, la présente demande de contrôle judiciaire soulève les questions en litige suivantes :

- A. La demande de contrôle judiciaire est-elle exclue par l’application de la doctrine du caractère théorique?
- B. La demande de contrôle judiciaire est-elle exclue par l’application de la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée?
- C. Les articles 57 et 58 de la LIPR et les articles 244 à 248 du Règlement contreviennent-ils aux articles 7, 9 ou 12 de la Charte?
- D. Dans l’affirmative, les articles 57 et 58 de la LIPR et les articles 244 à 248 du Règlement sont-ils justifiés au regard de l’article premier de la Charte?
- E. Quelles sont les exigences légales minimales relatives à la détention dans le contexte de l’immigration?
- F. Convient-il de certifier des questions à des fins d’appel?

VII. Analyse

A. *Caractère théorique*

[33] M. Brown a été renvoyé du Canada vers la Jamaïque, et la question de savoir si sa demande de contrôle judiciaire est théorique a donc été soulevée.

[34] La doctrine du caractère théorique est un des aspects du principe ou de la pratique générale voulant qu’un tribunal peut refuser de trancher des questions hypothétiques ou abstraites, et lorsque la décision du tribunal n’aura aucun effet pratique sur les parties. La question essentielle à laquelle il faut répondre est celle de savoir s’il existe toujours un « litige actuel » qui modifie ou puisse modifier les droits des parties (*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 (*Borowski*), à la page 353).

[35] The two-part test for mootness requires the Court to decide: (a) whether the concrete dispute between the parties has disappeared such that the issues have become academic; and (b) if the response to the first question is affirmative, whether the Court should nevertheless exercise its discretion to hear the case (*Borowski*, at paragraph 16 [page 353]; *Bago v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1299, at paragraph 11).

[36] While the concrete dispute between the parties may have disappeared, in light of the decision of Justice Patrick Gleeson to grant third party public interest standing to the EIDN in this application, the respondents fairly concede that the answer to the second question posed by the Supreme Court in *Borowski* is likely yes: the Court should exercise its discretion to hear this case in the broader public interest. I agree.

[37] In his decision dated October 7, 2016, Justice Gleeson identified a number of obstacles to bringing matters such as these before the courts. He granted third party public interest standing to the EIDN to ensure a full presentation of the issues, and to allow the Court to consider the legality of the impugned provisions of the IRPA and the Regulations even if the case was rendered moot by Mr. Brown's departure from Canada:

... the evidence advanced by EIDN indicates that many detainees have little in the way of financial resources and face challenges in accessing legal representation. The challenge in bringing these issues before the court due to limited financial resources is evident in this case. This application for judicial review was adjourned and referred to case management partly in recognition of the fact that Mr. Brown was awaiting a decision on test case funding from Legal Aid Ontario. This funding was required to allow Mr. Brown to advance this application. There is no guarantee that this funding would be made available to potential individual litigants in the future.

The frequent nature of detention review hearings also presents another obstacle to bringing these matters before the courts. Decisions to retain an immigration detainee often become moot once a subsequent hearing is held and

[35] Le critère à deux volets concernant le caractère théorique oblige la Cour à décider : a) si le différend concret entre les parties a disparu et si la question est devenue théorique; et b) dans l'affirmative, si la Cour devrait néanmoins exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire (*Borowski*, au paragraphe 16 [page 353]; *Bago c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1299, au paragraphe 11).

[36] Bien que le différend concret entre les parties puisse avoir disparu, à la lumière de la décision du juge Patrick Gleeson, qui a accordé à un tiers, le EIDN, la qualité pour agir dans l'intérêt public dans la présente demande, les défendeurs reconnaissent à juste titre que la deuxième question posée par la Cour suprême dans l'arrêt *Borowski* devrait obtenir une réponse affirmative : la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre la cause dans le plus grand intérêt du public. Je suis d'accord avec eux.

[37] Dans sa décision datée du 7 octobre 2016, le juge Gleeson a relevé un certain nombre d'obstacles qui empêchent de porter des affaires comme celles-ci devant les tribunaux. Il a accordé à un tiers, le EIDN, la qualité pour agir dans l'intérêt public afin d'assurer une présentation complète des questions et de permettre à la Cour d'examiner la légalité des dispositions contestées de la LIPR et du Règlement, même si l'affaire est devenue théorique en raison du départ de M. Brown du Canada :

[TRADUCTION] [...] la preuve présentée par le EIDN révèle que de nombreux détenus ont peu de ressources financières et ont bien du mal à obtenir l'assistance d'un avocat. La difficulté liée à la présentation de ces questions au tribunal en raison de ressources financières limitées est évidente en l'espèce. Le présent contrôle judiciaire a été ajourné et renvoyé à la gestion de l'instance en partie parce que M. Brown était en attente d'une décision quant au financement pour cause type par l'Aide juridique de l'Ontario. Ce financement était requis pour permettre à M. Brown de déposer la présente demande. Il n'est pas garanti que ce financement serait accordé aux éventuels particuliers plaideurs à l'avenir.

La nature fréquente des contrôles des motifs de détention pose une autre difficulté liée à la présentation de ces questions au tribunal. Les décisions de maintenir une personne en détention dans le contexte de l'immigration

decision rendered. Furthermore, the constitutionality of the IRPA provisions would only come before the court on a judicial review where the detainee, as was done here, expressly challenges the constitutionality of those provisions before the ID.

I am also mindful of the fact that Mr. Brown has been removed from Canada, a situation that may well render the proceeding moot or possibly result in its abandonment should EDIN not be granted standing. Theoretically, there are other potential individual litigants in a position to place these issues before the courts however, as noted above, the practical obstacles these individuals face raise serious questions as to the likelihood of this occurring. I am of the view that granting EIDN standing will ensure a full presentation of the issues and allow the Court to consider the legality of the impugned provisions of the IRPA and their corresponding regulations under the IRPR

[38] For similar reasons, I exercise my discretion to decide the constitutional issues raised by this case, notwithstanding that it has likely become moot due to Mr. Brown's removal to Jamaica.

B. Issue Estoppel

[39] The respondents say that Mr. Brown is estopped from advancing his Charter arguments in this Court because they have been previously and finally determined by the Ontario Superior Court of Justice in *Brown* (ONSC) (citing *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460 (*Danyluk*), at paragraph 25; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77 (*Toronto (City)*), at paragraph 23).

[40] In *Danyluk*, the Supreme Court of Canada explained the doctrine of issue estoppel as follows [at paragraph 24]:

Issue estoppel was more particularly defined by Middleton J.A. of the Ontario Court of Appeal in *McIntosh v. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420, at p. 422:

deviennent souvent théoriques une fois qu'une audience a eu lieu et que la décision a été rendue. En outre, la constitutionnalité des dispositions de la LIPR ne serait soulevée devant le tribunal qu'au moyen d'un contrôle judiciaire lorsque le détenu, comme cela a été le cas en l'espèce, conteste expressément la constitutionnalité de ces dispositions devant la SI.

Je suis conscient du fait que M. Brown a été renvoyé du Canada, une situation qui pourrait bien rendre la procédure théorique ou peut-être entraîner son abandon dans l'éventualité où le EIDN n'obtiendrait pas la qualité pour agir. En théorie, il y a d'autres éventuels particuliers plaideurs qui sont en mesure de présenter ces questions devant le tribunal, cependant, comme il a été dit précédemment, les difficultés au plan pratique auxquelles ces individus font face soulèvent des questions quant à la probabilité que cela se produise. Je suis d'avis que le fait d'accorder au EIDN la qualité pour agir assurera une présentation complète des questions et permettra à la Cour de se pencher sur la légalité des dispositions contestées de la LIPR et de son règlement correspondant [...]

[38] Pour des motifs similaires, j'exerce mon pouvoir discrétionnaire de trancher les questions constitutionnelles soulevées dans la présente affaire, malgré le fait qu'elle soit probablement théorique en raison du renvoi de M. Brown en Jamaïque.

B. Préclusion découlant d'une question déjà tranchée

[39] Les défendeurs affirment que M. Brown ne peut pas présenter ses arguments fondés sur la Charte devant la Cour puisqu'ils ont déjà été tranchés de façon définitive par la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans la décision *Brown* (ONSC) (citant *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460 (*Danyluk*), au paragraphe 25; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77 (*Toronto (Ville)*), au paragraphe 23).

[40] Dans l'arrêt *Danyluk*, la Cour suprême du Canada a expliqué la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée de la façon suivante [au paragraphe 24] :

La préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été définie de façon précise par le juge Middleton de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *McIntosh c. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420, p. 422 :

When a question is litigated, the judgment of the Court is a final determination as between the parties and their privies. Any right, question, or fact distinctly put in issue and directly determined by a Court of competent jurisdiction as a ground of recovery, or as an answer to a claim set up, cannot be re-tried in a subsequent suit between the same parties or their privies, though for a different cause of action. The right, question, or fact, once determined, must, as between them, be taken to be conclusively established so long as the judgment remains. [Emphasis in original.]

[41] Issue estoppel arises when the following preconditions are met (*Danyluk*, at paragraph 25; *Toronto (City)*, at paragraph 23): (a) the issue must be the same as the one decided in the prior decision; (b) the prior judicial decision must have been final; and (c) the parties to both proceedings must be the same, or their privies.

[42] Mr. Brown concedes that the second and third preconditions are met, although he notes that the decision of the Ontario Superior Court of Justice has been appealed. However, he disputes that the issues decided in *Brown* (ONSC) were the same as those raised in this application for judicial review. According to Mr. Brown, the case before the Ontario Superior Court of Justice proceeded on the assumption that the legislative regime was constitutional, and concerned only whether it was applied to Mr. Brown in a manner that violated his Charter rights.

[43] I am not persuaded that Justice O'Marra approached the issues in exactly the manner suggested by Mr. Brown. Indeed, his judgment includes an explicit finding that the legislative regime governing pre-removal immigration detention is constitutional [at paragraph 99]:

Here, there was a statutory basis for Mr. Brown's detention pursuant to a process that afforded due process, and an appellate review. The immigration detention review regime provides the protection that fundamental

[TRADUCTION] Lorsqu'une question est soumise à un tribunal, le jugement de la cour devient une décision définitive entre les parties et leurs ayants droit. Les droits, questions ou faits distinctement mis en cause et directement réglés par un tribunal compétent comme motifs de recouvrement ou comme réponses à une prétention qu'on met de l'avant, ne peuvent être jugés de nouveau dans une poursuite subséquente entre les mêmes parties ou leurs ayants droit, même si la cause d'action est différente. Le droit, la question ou le fait, une fois qu'on a statué à son égard, doit être considéré entre les parties comme établi de façon concluante aussi longtemps que le jugement demeure. [Souligné dans l'original.]

[41] Il y a préclusion découlant d'une question déjà tranchée lorsque les conditions préalables suivantes sont remplies (*Danyluk*, au paragraphe 25; *Toronto (Ville)*, au paragraphe 23) : a) la question doit être la même que celle qui a été tranchée dans la décision antérieure; b) la décision judiciaire antérieure doit avoir été une décision finale; et c) les parties dans les deux instances doivent être les mêmes ou être leurs ayants droit.

[42] M. Brown reconnaît que les deuxième et troisième conditions préalables sont remplies, bien qu'il souligne que la décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a été portée en appel. Cependant, il conteste la prétention que les questions tranchées dans la décision *Brown* (ONSC) sont les mêmes que celles soulevées dans la présente demande de contrôle judiciaire. Selon M. Brown, l'affaire portée devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario reposait sur l'hypothèse selon laquelle le régime législatif était constitutionnel, et elle visait seulement la question de savoir si ce régime avait été appliqué de manière à porter atteinte aux droits que garantit la Charte.

[43] Je ne suis pas persuadé que le juge O'Marra a examiné les questions exactement de la manière suggérée par M. Brown. En effet, son jugement contient une conclusion explicite selon laquelle le régime législatif régissant la détention avant renvoi dans le contexte de l'immigration est constitutionnel [au paragraphe 99] :

[TRADUCTION] En l'espèce, il y avait un fondement législatif à l'appui de la détention de M. Brown dans le cadre d'un processus ayant fait l'objet d'une application régulière de la loi, et d'un examen en appel. Le régime

justice requires in the circumstances. There is a mechanism for periodic ongoing reviews of his detention. In *Charkaoui v. Canada (MCI)*, [2007] 1 S.C.R. 350 at pp. 374 and 408 to 411 and *Sahin v. Canada (MCI)*, [1995] 1 F.C.R. 214 it has been held that the IRPA detention review scheme meets the standards for a constitutionally compliant detention review scheme.

[44] Justice O'Marra's consideration of Mr. Brown's rights under sections 9 and 12 of the Charter was more case-specific, and did not directly address the constitutionality of the legislative regime as a whole.

[45] Mr. Brown points out that he did not seek a remedy under section 52 of the Charter [*Constitution Act, 1982*] in his application for *habeas corpus*, but only a remedy under subsection 24(1). He suggests that the broader remedy contemplated by section 52, namely a declaration that the applicable legislative regime is without force or effect, is not available in an application for *habeas corpus*. He has provided no authority for this proposition. I note that in *S. (P.) v. Ontario*, 2014 ONCA 900, 123 O.R. (3d) 651 (P.S.), a case on which Mr. Brown relies, the Ontario Court of Appeal made a declaration under section 52 of the Charter in an appeal of a *habeas corpus* application.

[46] In any event, I accept that the relief Mr. Brown sought in the Ontario Superior Court of Justice was limited to damages under subsection 24(1) of the Charter. He requested only a declaration that his own Charter rights had been violated, not that the legislative regime was inherently unconstitutional.

[47] The constitutional challenge in this application for judicial review is therefore broader than the one that was before the Ontario Superior Court of Justice in *Brown* (ONSC). The issues have been comprehensively argued before this Court with the contribution of the EIDN, a third party that was granted public interest standing in light of the importance of the matters raised.

relatif au contrôle des motifs de détention par l'immigration offre la protection qu'exige la justice fondamentale dans les circonstances. Il existe un mécanisme de contrôles périodiques et continus des motifs de sa détention. Dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (MCI)*, [2007] 1 R.C.S. 350, pages 374 et 408 à 411, et la décision *Sahin c. Canada (MCI)*, [1995] 1 R.C.F. 214, il a été statué que le régime relatif au contrôle des motifs de détention satisfait aux normes de conformité constitutionnelle applicable à un tel régime.

[44] L'examen du juge O'Marra concernant les droits garantis à M. Brown au titre des articles 9 et 12 de la Charte était plus précis et ne traitait pas directement de la constitutionnalité du régime législatif dans son ensemble.

[45] M. Brown souligne qu'il n'a pas sollicité une réparation en vertu de l'article 52 de la Charte [*Loi constitutionnelle de 1982*] dans sa demande d'*habeas corpus*, mais seulement une réparation fondée sur le paragraphe 24(1). Il allègue que la réparation plus large prévue à l'article 52, en l'occurrence une déclaration selon laquelle le régime législatif applicable est inopérant, ne peut être sollicitée dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*. Il n'a cité aucune jurisprudence à l'appui de cet argument. Je signale que, dans l'arrêt *S. (P.) v. Ontario*, 2014 ONCA 900, 123 O.R. (3d) 651 (P.S.), une décision sur laquelle M. Brown s'est appuyé, la Cour d'appel de l'Ontario a fait une déclaration au titre de l'article 52 de la Charte dans le cadre d'un appel interjeté à l'encontre d'une demande d'*habeas corpus*.

[46] De toute manière, je conviens que la réparation sollicitée par M. Brown auprès de la Cour supérieure de justice de l'Ontario se limitait aux dommages-intérêts au titre du paragraphe 24(1) de la Charte. Il ne demandait qu'une déclaration portant que ses propres droits garantis par la Charte avaient été violés, et non que le régime législatif était intrinsèquement inconstitutionnel.

[47] La contestation constitutionnelle dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire est en conséquence plus large que celle qui a été présentée à la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans la décision *Brown* (ONSC). Les questions ont été débattues de façon exhaustive devant la présente Cour avec l'appui du EIDN, un tiers qui a obtenu la qualité pour

Even if issue estoppel may be said to apply to some aspects of the positions advanced by Mr. Brown and the EIDN, the issues in this proceeding are not identical to those decided by Justice O'Marra.

[48] Furthermore, the Court retains discretion not to apply issue estoppel when this would work an injustice (*Danyluk*, at paragraphs 29–31). In this case, I am not persuaded that Mr. Brown should be prevented from seeking a declaration under section 52 of the Charter [*Constitution Act, 1982*] regarding sections 57 and 58 of the IRPA and sections 244 to 248 of the Regulations only because similar issues were dealt with by the Ontario Superior Court of Justice in an application for *habeas corpus*.

[49] Justice O'Marra's conclusions may nevertheless be persuasive, and may have added force by virtue of the doctrine of comity.

C. Evidence

(1) General Principles

[50] A proper factual foundation must exist before measuring legislation against the provisions of the Charter, particularly where the effects of impugned legislation are the subject of the attack (*Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086 (*Danson*), at paragraph 26 [page 1099]). A distinction must be drawn between two categories of facts in constitutional litigation: “adjudicative facts” and “legislative facts”.

[51] Adjudicative facts are those that concern the immediate parties. They are specific and must be proved by admissible evidence. Legislative facts are those that establish the purpose and background of legislation, including its social, economic and cultural context. Such facts are of a more general nature, and are subject to less stringent admissibility requirements (*Danson*, at paragraphs 27–28 [pages 1099 et 1100]).

agir dans l'intérêt public compte tenu de l'importance des questions soulevées. Même s'il est possible que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique à certains aspects des thèses présentées par M. Brown et le EIDN, les questions soulevées dans la présente instance ne sont pas identiques à celles sur lesquelles le juge O'Marra a statué.

[48] En outre, la Cour conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée lorsque celle-ci entraînerait une injustice (*Danyluk*, aux paragraphes 29 à 31). En l'espèce, je ne suis pas convaincu qu'il y a lieu d'empêcher M. Brown de solliciter une déclaration au titre de l'article 52 de la Charte [*Loi constitutionnelle de 1982*] à l'égard des articles 57 et 58 de la LIPR et des articles 244 à 248 du Règlement uniquement pour le motif que des questions similaires ont été tranchées par la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*.

[49] Les conclusions du juge O'Marra peuvent néanmoins être persuasives, et ont peut-être été renforcées par la doctrine de la courtoisie.

C. Preuve

1) Principes généraux

[50] Un contexte factuel adéquat doit exister avant qu'on puisse examiner une loi au regard des dispositions de la Charte, surtout lorsque le litige porte sur les effets de la loi contestée (*Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086 (*Danson*), au paragraphe 26 [page 1099]). Une distinction doit être établie entre deux catégories de faits dans un litige constitutionnel : « les faits en litige » et « les faits législatifs ».

[51] Les faits en litige sont ceux qui concernent directement les parties au litige. Ils sont précis et doivent être établis par des éléments de preuve recevables. Les faits législatifs sont ceux qui établissent l'objet et l'historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont d'une nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères (*Danson*, aux paragraphes 27 et 28 [pages 1099 et 1100]).

(2) Applicant and Third Party

[52] Mr. Brown relies on the facts of his own case. He has also filed affidavits from experts in psychology and foreign law. The EIDN has submitted the affidavits of a number of former detainees and those close to them, together with the affidavits of some of its members and supporters, including a sociologist. The following summary, which is necessarily incomplete, encompasses the most salient facts and expert opinions.

(a) Aloxen Myers

[53] Aloxen Myers came to Canada in May 2003. She is a single mother with two minor children. Ms. Myers was detained at the Vanier Centre for Women for a total of ten months. Despite having no criminal record, she was held in general population and subject to lockdowns and strip searches. Her children were placed in the care of the Children's Aid Society while she was detained.

[54] Ms. Myers' detention was reviewed by the ID on approximately 12 occasions. She says that each hearing lasted roughly ten minutes. In December 2014, she was released under the supervision of the Toronto Bail Program.

[55] Ms. Myers says that her detention has had a significant impact on her, and also on her children. Both children are undergoing therapy at SickKids Hospital. Ms. Myers has health problems that she attributes to poor diet, anxiety, and the stress of detention.

(b) Jennifer James

[56] Jennifer James came to Canada in April 2009. She failed to report to the CBSA in December 2012, and a warrant was issued for her arrest. She was detained at the Toronto Immigration Holding Centre (TIHC) for approximately eight months on the ground that she was unlikely to appear for removal.

2) Demandeur et mis en cause

[52] M. Brown se fonde sur les faits de sa propre affaire. Il a également produit des affidavits d'experts en psychologie et en droit étranger. Le EIDN a produit des affidavits émanant d'un certain nombre d'anciens détenus et de leurs proches, ainsi que des affidavits émanant de certains de ses membres et de ses partisans, notamment une sociologue. Le résumé suivant, qui est forcément incomplet, comporte les faits et les opinions d'experts les plus importants.

a) Aloxen Myers

[53] Aloxen Myers est arrivée au Canada en mai 2003. Elle est mère monoparentale de deux enfants mineures. M^{me} Myers a été détenue au Centre Vanier pour les femmes pendant une période de dix mois. Même si elle n'avait pas de casier judiciaire, elle a été détenue au sein de la population générale et a fait l'objet d'un isolement cellulaire et de fouilles à nu. Lors de sa détention, ses enfants avaient été confiées à la Société de l'aide à l'enfance.

[54] Les motifs de la détention de M^{me} Myers ont fait l'objet d'une douzaine de contrôles par la SI. M^{me} Myers affirme que dans chacun des cas, l'audience a duré environ dix minutes. En décembre 2014, elle a été mise en liberté sous la supervision du Programme de cautionnement de Toronto.

[55] M^{me} Myers affirme que la détention a eu de graves répercussions sur sa vie personnelle ainsi que sur la vie de ses enfants. Ses enfants suivent une thérapie à l'hôpital SickKids. M^{me} Myers a des problèmes de santé qu'elle attribue à la mauvaise alimentation, à l'anxiété et au stress causé par la détention.

b) Jennifer James

[56] Jennifer James est arrivée au Canada en avril 2009. Elle a omis de se présenter à l'ASFC en décembre 2012 et a fait l'objet d'un mandat d'arrêt. Elle a été détenue au Centre de surveillance de l'immigration de Toronto (CSIT) pendant environ huit mois en raison de la probabilité qu'elle se soustrait à son renvoi.

[57] Ms. James' detention was reviewed by the ID on approximately ten occasions. She says each hearing lasted roughly ten minutes. She formed the impression that her continued detention was pre-determined. She had difficulty finding a suitable bondsperson. She was asked about her children at one hearing, but it did not change the outcome.

[58] Ms. James says that she noticed that detainees were sometimes transferred to provincial prisons for what she considered to be minor infractions, and so she became quiet and acquiescent. She was eventually released under the joint supervision of the Toronto Bail Program and her son's teacher. She says that she experiences flashbacks and suffers from depression.

(c) Kyon Ferril

[59] Kyon Ferril came to Canada in 1994 as a small child. In 2011, he was convicted for a series of offences he committed in 2007 and 2008, specifically four counts of robbery, three counts of use of an imitation firearm, and one count of attempt to commit an indictable offence. He received a sentence of nine years and two months.

[60] Following the completion of his criminal sentence, Mr. Ferril was transferred to immigration detention at the Central East Correctional Centre (CECC). He was detained for approximately three years and two months as a flight risk and a danger to the public.

[61] Mr. Ferril's detention was reviewed by the ID on approximately 40 occasions, often before the same member of the ID. The hearings were conducted by video link. He was represented by counsel approximately eight times. When he was not represented, the hearings concluded within five minutes. His expressions of remorse and evidence of rehabilitation were rejected by the ID. He says that as an immigration detainee, he had little or no access to rehabilitation programs and services.

[57] Les motifs de la détention de M^{me} James ont fait l'objet d'une dizaine de contrôles par la SI. M^{me} James affirme dans chacun des cas, l'audience a duré environ dix minutes. Elle a eu ainsi l'impression que son maintien en détention avait été déterminé à l'avance. Elle a eu de la difficulté à trouver une caution convenable. Lors de l'une des audiences, elle a été invitée à parler de ses enfants, mais cela n'a changé aucunement l'issue dans son cas.

[58] M^{me} James affirme avoir remarqué que les détenus étaient parfois transférés dans des prisons provinciales pour des infractions qu'elle estimait être mineures; c'est pourquoi elle est demeurée discrète et a accepté sa détention. Elle a été finalement mise en liberté sous la supervision conjointe du Programme de cautionnement de Toronto et du professeur de son fils. M^{me} James affirme avoir des flash-backs et souffrir de dépression.

c) Kyon Ferril

[59] Kyon Ferril est arrivé au Canada en 1994, alors qu'il était enfant. En 2011, il a été déclaré coupable quant à une série d'infractions commises en 2007 et en 2008, plus précisément, de quatre chefs d'accusation de vol qualifié, de trois chefs d'usage de fausse arme à feu et d'un chef de tentative de commettre un acte criminel. Il a été condamné à purger une peine d'emprisonnement de neuf ans et deux mois.

[60] Après avoir purgé sa peine criminelle, M. Ferril a été transféré à un centre de détention de l'immigration, à savoir au Centre correctionnel du Centre-Est (CCCE). Il a été détenu pendant environ trois ans et deux mois parce qu'il présentait un risque de fuite et un danger pour le public.

[61] Les motifs de la détention de M. Ferril ont fait l'objet d'une quarantaine de contrôles par la SI, effectués souvent par le même commissaire. Les audiences à cet égard étaient tenues par vidéoconférence. M. Ferril a été représenté par un avocat à environ huit reprises. Lorsqu'il n'était pas représenté par un avocat, l'audience ne durait que cinq minutes. La SI a rejeté les remords qu'il exprimait et la preuve de réadaptation. M. Ferril affirme qu'à titre de personne détenue dans le contexte

[62] Mr. Ferril says that he experienced more than 1 000 lockdowns between October 2013 and December 2016. This caused him frustration and further isolation. He alleges that his detention reviews did not always take place within the statutorily-mandated timeframe.

[63] According to Mr. Ferril, he was often the target of homophobic aggression and violence by other prisoners, guards and the CBSA. In March 2015, he was attacked in the day room by a group of prisoners and badly beaten until guards intervened. He was attacked again by the same individuals later that day, and defended himself with a sock filled with dominoes. This resulted in a charge of assault with a dangerous weapon. He was held in segregation and then transferred from immigration detention to criminal remand.

[64] Mr. Ferril says that a second violent attack in September 2016 nearly killed him. He alleges that his recovery was frustrated by a lack of adequate medical care. He was held in segregation at least three times, primarily out of concern for his safety. He was eventually released under the joint supervision of his brother and his common law partner, under the auspices of the Toronto Bail Program.

(d) Oluwayanmife Oluwakotanmi

[65] Oluwayanmife Oluwakotanmi was smuggled into the United States with his parents when he was eight years old. He lived and worked without status until he came to Canada. He was detained at the TIHC, then at the Maplehurst Correctional Centre (MCC), and then at the CECC. Mr. Oluwakotanmi was detained for approximately 11 months on the ground that he was unlikely to appear for removal.

[66] Mr. Oluwakotanmi has a criminal record in the United States. While he was working as a taxi driver,

de l'immigration, il avait un accès limité, voire aucun, accès aux programmes et aux services de réadaptation.

[62] M. Ferril ajoute qu'il a fait l'objet d'un isolement cellulaire à mille reprises, entre octobre 2013 et décembre 2016, ce qui l'a fait éprouver de la frustration et se replier encore plus sur lui-même. Il soutient que les contrôles de sa détention n'ont pas toujours eu lieu dans le délai prescrit par la loi.

[63] Selon M. Ferril, il a été souvent victime d'agressions homophobes et de violence de la part des autres détenus, des gardes et des agents de l'ASFC. En mars 2015, il a été agressé dans la salle de séjour par un groupe de détenus et sauvagement battu avant que les gardes n'interviennent. Plus tard le même jour, il a été agressé de nouveau par les mêmes personnes et a dû se défendre à l'aide d'une chaussette remplie de dominos, ce qui a mené à une accusation d'agression avec une arme dangereuse. Il a été placé en isolement et transféré ensuite du centre de détention de l'immigration au secteur de détention pour infraction criminelle.

[64] M. Ferril affirme avoir été victime d'une deuxième agression, en septembre 2016, qui a failli lui coûter la vie. Il soutient que l'absence de soins médicaux adéquats a eu pour effet de nuire à son rétablissement. Il a été placé en isolement au moins à trois reprises, essentiellement par souci de sa sécurité. Il a été finalement mis en liberté sous la supervision partagée de son frère et de son conjoint de fait, dans le cadre du Programme de cautionnement de Toronto.

d) Oluwayanmife Oluwakotanmi

[65] Oluwayanmife Oluwakotanmi est entré clandestinement aux États-Unis avec ses parents alors qu'il avait huit ans. Il a vécu et travaillé clandestinement jusqu'à ce qu'il arrive au Canada. Il a été détenu au CSIT, au Centre correctionnel Maplehurst (CCM), et ensuite au CCCE. M. Oluwakotanmi a été détenu pendant environ 11 mois en raison de la probabilité qu'il se soustraie à son renvoi.

[66] M. Oluwakotanmi a un casier judiciaire aux États-Unis. Alors qu'il travaillait comme chauffeur de taxi, il a

he was involved in a collision that resulted in the death of his passenger. He was convicted of reckless homicide and sentenced to 30 months' probation. He came to Canada without completing his sentence.

[67] Mr. Oluwakotanmi made a refugee claim in Canada using a false name. His claim was rejected. He failed to appear for a pre-removal interview, and remained in Canada for the next five years without status.

[68] In December 2015, Mr. Oluwakotanmi was assaulted in Brampton. He was not charged, but was turned over to the CBSA. After providing his fingerprints, he disclosed his real identity, his immigration history and his U.S. criminal record.

[69] Mr. Oluwakotanmi says that his detention at the CECC interfered with his ability to retain counsel. His partner found it difficult to visit him at the CECC because she did not possess a vehicle. Mr. Oluwakotanmi's detention reviews were occasionally conducted by video link. He says that he sometimes felt he could not speak at his detention reviews, and when he did so, he felt it had no bearing on the ID's decision.

[70] Mr. Oluwakotanmi had difficulty proposing alternatives to detention. His partner was his only close and consistent friend in Canada. According to Mr. Oluwakotanmi, his partner was not allowed to attend his detention reviews, nor was she accepted as a bondsperson. Mr. Oluwakotanmi was eventually released on November 30, 2016, when his counsel asked the MCC to contact the Toronto Bail Program.

(e) **Kimora Adetunji**

[71] Kimora Adetunji is the wife of a man detained at the CECC. When she swore her affidavit, her husband had been detained for approximately eight months.

eu un accident qui a causé la mort de son passager. Il a été déclaré coupable d'homicide involontaire et condamné à 30 mois de probation. Il est arrivé au Canada avant de purger complètement sa peine.

[67] M. Oluwakotanmi a demandé l'asile au Canada sous un faux nom. Sa demande a été rejetée. Il ne s'est pas présenté à son entrevue avant renvoi et est resté clandestinement au Canada au cours des cinq années suivantes.

[68] En décembre 2015, M. Oluwakotanmi a été victime d'une agression à Brampton. Il n'a pas été mis en accusation, mais il a été confié à l'ASFC. Après avoir fourni ses empreintes digitales, il a révélé son identité réelle, ses antécédents en matière d'immigration et l'existence de son casier judiciaire aux États-Unis.

[69] M. Oluwakotanmi affirme que sa détention au CCCE l'a empêché de retenir les services d'un avocat. Sa conjointe a trouvé difficile de le visiter au CCCE puisqu'elle ne possède pas de véhicule. Les contrôles de la détention de M. Oluwakotanmi ont été occasionnellement tenus par vidéoconférence. M. Oluwakotanmi affirme qu'il avait parfois l'impression de ne pas pouvoir s'exprimer lors des contrôles des motifs de la détention et que, lorsqu'il prenait la parole, il avait l'impression que son intervention n'avait aucun effet sur la décision de la SI.

[70] M. Oluwakotanmi a éprouvé de la difficulté à proposer des solutions de rechange à la détention. Sa conjointe était sa seule amie proche et fidèle au Canada. Selon M. Oluwakotanmi, cette dernière n'avait pas été autorisée à participer à ses contrôles des motifs de la détention, ni n'a été acceptée comme caution. M. Oluwakotanmi a été finalement mis en liberté le 30 novembre 2016, lorsque son avocat a demandé au CCM de communiquer avec les responsables du Programme de cautionnement de Toronto.

e) **Kimora Adetunji**

[71] Kimora Adetunji est l'épouse d'un détenu au CCCE. Au moment où elle a signé son affidavit, son mari se trouvait en détention depuis environ huit mois.

She says that she suffers from sleeplessness and stress-induced, debilitating headaches. She is now a single parent, and is unable to keep up with bills and provide basic necessities for her children. The children have also felt the impact of their father's absence. Ms. Adentunji has not been able to visit her husband, as she does not have access to a vehicle or childcare.

[72] Ms. Adentunji tried to attend her husband's first detention reviews when he was detained at the MCC. She says that before one of the hearings, she overheard a conversation between the ID and the hearings officer regarding detainees who were unlikely to be released that day. This led her to conclude that the process was unfair, and that the decision was pre-determined.

(f) Mina Ramos and Syed Hussan

[73] Mina Ramos and Syed Hussan are volunteers with the EIDN. Their affidavits refer to a report published by EIDN in 2014, "Indefinite, Arbitrary and Unfair: the Truth About Immigration Detention in Canada", which analysed data obtained under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1. According to Ms. Ramos and Mr. Hussan, the data show that rates of detention or release vary widely depending on the region or the ID member, and the chances of release diminish as the length of detention increases, becoming negligible after six months of detention. The report also cites evidence suggesting that the ID unduly relies upon, or simply duplicates, past decisions. An internal memorandum from a former Chair of the I.R.B. states that the ID's reasons lack consistency and detail, and essentially reiterate the decision of the previous member.

(g) Caileigh McKnight

[74] Caileigh McKnight is a member of the EIDN. Her affidavit was submitted in support of the EIDN's

M^{me} Adetunkji affirme souffrir d'insomnie et de céphalées débilitantes causées par le stress. Elle est à présent chef de famille monoparentale et éprouve de la difficulté à payer ses factures et à subvenir aux besoins essentiels de ses enfants. Ces derniers ont aussi été touchés par l'absence de leur père. M^{me} Adentunji n'a pas été en mesure de rendre visite à son mari, puisqu'elle n'a pas accès à un véhicule ni aux services de garde d'enfants.

[72] M^{me} Adentunji a essayé de participer aux premiers contrôles des motifs de la détention de son mari, lorsque celui-ci était détenu au CCM. Elle dit qu'avant l'une des audiences à cet égard, elle a entendu par hasard une conversation entre le commissaire de la SI et l'agent d'audience au sujet des détenus qu'il était peu probable de mettre en liberté ce jour-là, ce qui lui a permis de constater que le processus était injuste et que la décision était déterminée à l'avance.

f) Mina Ramos et Syed Hussan

[73] Mina Ramos et Syed Hussan font du bénévolat pour le EIDN. Leurs affidavits font état d'un rapport publié par le EIDN en 2014, intitulé « Indefinite, Arbitrary and Unfair : the Truth About Immigration Detention in Canada », qui a analysé les données obtenues au titre de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1. Selon M^{me} Ramos et M. Hussan, ces données montrent que les taux de détention ou de mise en liberté varient beaucoup selon la région ou le commissaire de la SI, et que la probabilité de libération diminue à mesure que la durée de la détention augmente, pour devenir négligeable après six mois de détention. Le rapport se fonde également sur des éléments de preuve qui indiquent que la SI s'appuie à tort sur des décisions antérieures ou qu'elle se contente de reprendre des décisions antérieures. Une note de service provenant d'un ancien président de la C.I.S.R. indique que les motifs de la SI manquent d'uniformité et ne sont pas suffisamment détaillés, et qu'ils reprennent pour l'essentiel la décision rendue par le commissaire précédent.

g) Caileigh McKnight

[74] Caileigh McKnight est membre du EIDN. Elle a soumis son affidavit à l'appui de la requête déposée par

motion to be added as a third party in this application for judicial review. Ms. McKnight describes the activities of the EIDN and the services it offers to detainees. She recounts the experiences of detention and the review process as told to her by detainees. She attaches to her affidavit the following exhibits: (a) the EIDN 2014–2015 Annual Report; (b) the article titled “Indefinite, Arbitrary and Unfair: The Truth About Immigration Detention in Canada” published by the EIDN in 2014; (c) a selection of media articles; and (d) a selection of press releases issued by the EIDN.

(h) **Ali Esnaashari**

[75] Ali Esnaashari is a lawyer practising immigration law in Toronto. He was called to the bar in June 2016. Mr. Esnaashari says that he has represented 11 individuals at detention reviews before the ID. Based on his experience, Mr. Esnaashari says it can be difficult to learn when a detention review is scheduled to take place, and they may be scheduled just one day in advance. He states that “[a]lthough hearing officers are often forthcoming with helping on files, they are scheduled to be in hearings during the day and are not available to discuss matters over the phone”. He says that a hearing officer may make a general assertion that an individual has been uncooperative without providing a comprehensive description of the surrounding circumstances. He notes that generally he is not advised if a client is transferred to a different detention facility, nor of the reasons for the transfer. He also maintains that the specific criteria used by the Toronto Bail Program for accepting detainees are unclear, and finding a suitable bondsperson is often difficult or impossible.

[76] According to Mr. Esnaashari, during a detention review, the ID will usually provide preliminary comments and the hearing officer will then read from notes derived from a variety of documents. He says that almost none of the documents are disclosed prior to the hearing to the detainee or counsel, nor are they provided during the hearing. At the TIHC, he may ask for a brief break to discuss matters with his client. However, he says that privacy is non-existent at provincial correctional

le EIDN pour être ajoutée en qualité de tiers à la présente demande de contrôle judiciaire. M^{me} McKnight décrit les activités du EIDN et les services offerts aux détenus. Elle relate les expériences de détention et de contrôle des motifs de la détention que les détenus lui ont racontées. Elle joint à son affidavit les pièces suivantes : a) le rapport annuel du EIDN pour 2014–2015; b) l’article intitulé « Indefinite, Arbitrary and Unfair : The Truth About Immigration Detention in Canada » que le EIDN a publié en 2014; c) une série d’articles de presse; d) une série de communiqués de presse diffusés par le EIDN.

h) **Ali Esnaashari**

[75] Ali Esnaashari est avocat en immigration pratiquant à Toronto. Il a été admis au barreau en juin 2016. M. Esnaashari affirme avoir représenté 11 personnes lors des contrôles des motifs de la détention devant la SI. Sur la base de son expérience, M. Esnaashari affirme qu’il est difficile de connaître le moment où aura lieu le contrôle des motifs de la détention et qu’il arrive que les audiences à cet égard soient fixées la veille. Selon M. Esnaashari, [TRADUCTION] « [b]ien que les agents d’audience soient prêts à offrir leur aide, ils participent à des audiences durant la journée et ne sont pas disponibles pour discuter de divers dossiers au téléphone ». Il ajoute que l’agent d’audience peut affirmer, de manière générale, que la personne faisant l’objet du contrôle n’a pas voulu collaborer, sans fournir des détails à cet égard. M. Esnaashari fait remarquer qu’il n’est généralement pas avisé du transfert d’un client dans un autre centre de détention ni des motifs du transfert. Il ajoute que les critères précis appliqués dans le cadre du Programme de cautionnement de Toronto en matière d’accueil des détenus ne sont pas clairs et que la recherche d’une caution convenable s’avère souvent difficile, voire impossible.

[76] Selon M. Esnaashari, lors d’un contrôle des motifs de la détention, la SI fournit habituellement des commentaires préliminaires, que l’agent d’audience lira à partir des notes tirées de différents documents. Il affirme que pratiquement aucun document n’est communiqué au détenu ou à son avocat, ni avant l’audience ni au cours de l’audience. Au CSIT, il peut demander une courte pause pour discuter diverses questions avec ses clients. Par contre, dans les établissements correctionnels

facilities. Due to security concerns, he is not permitted to step out into the hallway to speak with his client. The ID can only permit him to speak with his client off the record, in front of all participants.

(i) **Hanna Gros**

[77] Hanna Gros is a recent law school graduate and a senior fellow of the International Human Rights Program (IHRP) at the University of Toronto's Faculty of Law. Ms. Gros attaches to her affidavit a report titled "We Have No Rights": Arbitrary Imprisonment and Cruel Treatment of Migrants with Mental Health Issues in Canada" published by the IHRP in 2015. The report is based on a variety of sources, including interviews with seven detainees. The report's conclusions include that: (a) detention has a negative impact on the mental health of individuals; (b) individuals feel disempowered by the experience of detention reviews; (c) the legislative scheme does not address mental health issues; (d) despite the regular occurrence of detention reviews, there is "no presumption in favour of release after a certain period of time, and detention can continue for years"; and (e) support and treatment in provincial correctional facilities for mental health issues is inadequate.

(j) **Janet Cleveland**

[78] Janet Cleveland is a clinical psychologist and a researcher affiliated with McGill University. Between 2010 and 2013, she examined the impact of detention in Canadian immigration holding centres on the mental health of asylum-seekers. Dr. Cleveland addresses the psychological impact of long-term detention on: (a) persons with no prior history of mental health issues; (b) persons with pre-existing mental health issues; and (c) persons with profiles comparable to that of Mr. Brown.

[79] According to Dr. Cleveland, detention tends to exacerbate existing mental health issues, or create them

provinciaux, il n'existe aucune possibilité de discuter en toute confidentialité. Pour des raisons de sécurité, il n'est pas autorisé à sortir dans le couloir pour parler à son client. La SI lui permet uniquement de parler avec son client de façon informelle, devant tous les participants à l'audience.

i) **Hanna Gros**

[77] Hanna Gros est nouvellement diplômée en droit et agrégée supérieure dans le cadre du Programme des droits internationaux de la personne (PDIP) de la Faculté de droit, de l'Université de Toronto. M^{me} Gros a joint à son affidavit le rapport intitulé « "We Have No Rights": Arbitrary Imprisonment and Cruel Treatment of Migrants with Mental Health Issues in Canada », publié par le PDIP en 2015. Le rapport repose sur différents sources, notamment sur des entrevues menées avec sept détenus. Selon les conclusions du rapport, a) la détention a des répercussions négatives sur la santé mentale des détenus; b) ces derniers se sentent impuissants devant les contrôles des motifs de la détention; c) le régime législatif ne prend pas en compte les problèmes de santé mentale; d) malgré le caractère courant des contrôles des motifs de la détention, il n'existe [TRADUCTION] « aucune présomption favorable à la mise en liberté après une certaine période, et la détention peut se poursuivre pendant des années »; e) le soutien et le traitement pour les problèmes de santé mentale offerts dans les établissements correctionnels provinciaux sont insuffisants.

j) **Janet Cleveland**

[78] Janet Cleveland est psychologue clinicienne et chercheuse affiliée à l'Université McGill. Entre 2010 et 2013, elle a examiné les effets de la détention dans les centres canadiens de l'immigration sur la santé mentale des demandeurs d'asile. M^{me} Cleveland aborde les répercussions psychologiques de la détention à long terme sur : a) des personnes qui n'ont aucun antécédent en matière de santé mentale; b) des personnes ayant des troubles de santé mentale préexistants; c) des personnes qui présentent un profil semblable à celui de M. Brown.

[79] Selon M^{me} Cleveland, la détention tend à aggraver les troubles de santé mentale existants ou de conduire

where they did not previously exist. Detention for more than six months can lead to feelings of “despair, hopelessness, and anxiety about the outcome of immigration proceedings”. She says that six months is the “breaking point”, after which an individual is “likely to suffer long-term, and perhaps permanent, mental health impairment”. Dr. Cleveland concludes that “Mr. Brown has virtually all the risk factors that are associated with persistent severe mental illness, suicide and victimization among male prison inmates”.

(k) Gerald Devins

[80] Gerald Devins is a clinical psychologist. He has practised since 1992, and has performed psychological assessments of more than 5 200 refugee claimants. He conducted a psychological assessment of Mr. Brown based on a single interview. According to Dr. Devins, Mr. Brown “satisfies diagnostic criteria for schizoaffective disorder, depressive type” and has “paranoid delusions and dissociative symptoms”. Dr. Devins states that “Mr. Brown’s psychopathology renders it impossible for him to appreciate fully the nature of legal proceedings”. Dr. Devins makes the following observation:

Existing evidence indicates that the prognosis for major mental illnesses, such as schizophrenia, is poorer when people are detained in prison as compared to when they can access needed treatments and resources in the community. This is especially true when the clinical picture is complicated by addictions. Mr. Brown requires intensive, comprehensive care that includes expert pharmacotherapy, ongoing supportive therapy, and treatment for his addictions, such as can be accessed in the community. His mental health will benefit significantly if he can obtain such treatment and receive the support required to adhere to it. The likelihood of meaningful and durable improvement is much lower without the benefit of such comprehensive treatment and support.

(l) Lesley Wood

[81] Lesley Wood is associate professor of sociology at York University in Toronto. Her research focuses on the analysis of qualitative and quantitative data.

à des troubles de cette nature. Une détention de plus de six mois peut donner lieu à des sentiments [TRADUCTION] « de désespoir, d’impuissance et d’anxiété quant à l’issue des procédures d’immigration ». M^{me} Cleveland affirme qu’une période de six mois correspond à « une limite » et que par la suite le détenu est [TRADUCTION] « susceptible de souffrir de troubles de santé mentale à long terme, voire permanents ». M^{me} Cleveland conclut que [TRADUCTION] « M. Brown présente presque tous les facteurs de risque associés aux troubles mentaux graves et persistants, liés au suicide et à la victimisation parmi les détenus de sexe masculin. »

k) Gerald Devins

[80] Gerald Devins est psychologue clinicien. Il pratique depuis 1992 et a effectué des évaluations psychologiques pour plus de 5 200 demandeurs d’asile. Il a procédé également à l’évaluation psychologique de M. Brown à la suite d’une seule entrevue. Selon M. Devins, M. Brown [TRADUCTION] « répond aux critères de diagnostic du trouble schizoaffectif à forme dépressive » et souffre « de délire paranoïde et de symptômes dissociatifs ». M. Devins déclare que [TRADUCTION] « la psychopathologie de M. Brown empêche complètement celui-ci de saisir toute l’importance des procédures judiciaires ». M. Devins fait observer ce qui suit :

[TRADUCTION] Les données existantes indiquent que le pronostic de troubles mentaux graves, comme la schizophrénie, est plus sombre dans le cas des personnes détenues par rapport à l’accès au traitement nécessaire et aux ressources dans la collectivité. C’est notamment le cas lorsqu’il existe aussi des problèmes de dépendance. M. Brown nécessite des soins intensifs et complets qui comprennent une pharmacothérapie spécialisée, une thérapie de soutien constante et un traitement de ses dépendances, des soins offerts dans la collectivité. Sa santé mentale sera grandement améliorée à la suite de l’accès à un traitement de cette nature et au soutien afférent. La probabilité d’amélioration réelle et durable est beaucoup plus faible en l’absence d’un traitement et d’un soutien complets.

l) Lesley Wood

[81] Lesley Wood est professeure agrégée en sociologie à l’Université York de Toronto. Ses recherches portent sur l’analyse des données qualitatives et quantitatives.

[82] Dr. Wood performed an analysis of statistical data provided by the I.R.B. in response to requests under the *Access to Information Act*. Dr. Wood examined “the linear regression and bivariate correlations on the effect of the region, board member and time in detention on an individual’s likelihood of release”.

[83] Dr. Wood makes the following observations: (a) as the number of days in detention increase, there is a significant negative correlation with release; (b) the likelihood of release is affected by the ID member hearing the case; (c) in 2013, the release rate was 27 percent in the Western Region, 9 percent in the Central Region, and 24 percent in the Eastern Region; and (d) release rates declined between 2008 and 2013. Dr. Wood provides the following disclaimer:

Although the sample is consistent, the numbers are not large and there is missing data, these figures offer us a strong sense of the variation in detention by Board Member, by region, and through time [...]. While I recognize that there may be competing explanations for these variations, I am confident that they provide solid evidence that detention times and release rates depend not only on the merits of a particular case but are tied to the Board Member, the amount of time in custody, and the region the detainee is in custody.

(m) **Galina Cornelisse**

[84] Galina Cornelisse is assistant professor, European and international law, at VU University Amsterdam. Dr. Cornelisse discusses the law of the European Union governing detentions for the purpose of removal, with an emphasis on circumstances where removal is delayed or not possible.

[85] Dr. Cornelisse offers the following conclusion:

With specific regard to the question whether EU law permits detention under the Return Directive when removal is delayed or not possible, we may accordingly conclude the following: There must be a reasonable prospect of removal within the maximum length of detention. In principle this period consists of six months,

[82] M^{me} Wood a analysé les données statistiques fournies par la C.I.S.R. en réponse aux demandes présentées au titre de la *Loi sur l'accès à l'information*. M^{me} Wood a examiné [TRADUCTION] « la régression linéaire et bidimensionnelle des corrélations sur l'effet causé par la région, le commissaire concerné et la durée de détention sur la probabilité de mise en liberté d'une personne ».

[83] Selon les observations formulées par M^{me} Wood, a) plus le nombre de jours de détention est élevé, plus la corrélation négative avec la libération est importante; b) la probabilité de mise en liberté dépend des commissaires de la SI qui instruisent l'affaire; c) en 2013, le taux de mise en liberté était de 27 p. 100 dans la région de l'Ouest, de 9 p. 100 dans la région du Centre et de 24 p. 100 dans la région de l'Est; d) les taux de libération ont connu une baisse entre 2008 et 2013. M^{me} Wood énonce l'avertissement suivant :

[TRADUCTION] Nonobstant l'uniformité des échantillons, le caractère insuffisant et l'absence des données, ces chiffres montrent des variations importantes en matière de détention, en fonction des commissaires, des régions et de la période analysée [...] Je constate qu'il existe des explications possibles à cet égard, mais je reste convaincue que les variations en question démontrent clairement que les périodes de détention et les taux de libération dépendent non seulement du bien-fondé d'une affaire donnée, mais aussi du commissaire qui instruit l'affaire, de la période de détention et de la région où la personne concernée est mise en détention.

m) **Galina Cornelisse**

[84] Galina Cornelisse est professeure adjointe en droit européen et international à la VU University d'Amsterdam. M^{me} Cornelisse fait l'analyse du droit de l'Union européenne qui régit les détentions aux fins de renvoi, tout particulièrement des circonstances entourant les renvois retardés ou impossibles.

[85] M^{me} Cornelisse formule la conclusion suivante :

[TRADUCTION] En ce qui concerne précisément la question de savoir si le droit de l'UE permet la détention en vertu de la Directive de renvoi, dans le cas où le renvoi est retardé ou impossible, nous pouvons donc tirer la conclusion suivante : il doit exister une expectative raisonnable de renvoi au cours de la période maximale de

which can be prolonged *only* when the removal process is expected to take longer because of lack of cooperation of the third-country national or because of delays in getting the necessary documents. Other reasons for extending the six-month period do not exist. Thus, if removal is for example postponed because of a danger of non-refoulement, and it is reasonable to expect that such a risk will still persist in six months time, detention will not be allowed. [Emphasis original.]

(n) **Margarita Escamilla**

[86] Margarita Escamilla is a professor of criminal law at the Complutense University of Madrid in Spain. Her research focuses on migratory law. She has prepared a report on “The Detention of Migrants According to the Law of the European Union: The Detention for the Purpose of Removal According [to] the Law of the European Union”. The report has been translated from Spanish. Ms. Escamilla cites European jurisprudence for the proposition that, where a reasonable prospect of removal ceases to exist, detention is no longer justified.

(o) **Jayashri Srikantiah**

[87] Jayashri Srikantiah is a professor of law at Stanford Law School in the United States. She has represented detainees and acted as an *amicus* on immigration detention files since 1998, including before the U.S. Supreme Court. Ms. Srikantiah discusses U.S. law governing the detention of non-citizens for the purposes of removal. She addresses time limits on detention, the treatment of those considered to be a danger to the public and procedural safeguards when detention is prolonged.

[88] According to Ms. Srikantiah, in *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001) (*Zadvydas*), the U.S. Supreme Court recognized that constitutional questions arise where indefinite detention results from a removal that cannot be implemented. She says the U.S. Supreme Court has recognized an “implicit ‘reasonable time’ limitation”. The “presumptively reasonable” period is six months. After this period, if the individual demonstrates that there is “no significant likelihood of

détention. En principe, cette période comporte six mois et ne saurait être prolongée que si le processus de renvoi doit durer plus longtemps en raison du manque de coopérations de la part des ressortissants des pays tiers ou des retards dans l’obtention des documents nécessaires. Voilà les seuls motifs justifiant la prolongation de la période de détentions de six mois. Par conséquent, si le renvoi est, par exemple, reporté en raison d’un risque de non-refoulement, et qu’il est raisonnable de s’attendre à ce que ce risque persiste dans six mois, la détention ne sera pas autorisée. [Souligné dans l’original.]

n) **Margarita Escamilla**

[86] Margarita Escamilla est professeure en droit pénal à la Complutense University de Madrid, en Espagne. Ses recherches portent sur le droit de la migration. Elle a préparé un rapport intitulé « The Detention of Migrants According to the Law of the European Union : The Detention for the Purpose of Removal According [to] the Law of the European Union ». Le rapport a été traduit de l’espagnol. M^{me} Escamilla cite la jurisprudence européenne à l’appui de la thèse selon laquelle, lorsque la perspective raisonnable de renvoi cesse d’exister, la détention n’est plus justifiée.

o) **Jayashri Srikantiah**

[87] Jayashri Srikantiah est professeure de droit à la Stanford Law School aux États-Unis. Elle a représenté des détenus et a agi à titre d’*amicus curiae* dans le cadre d’affaires d’immigration depuis 1998, y compris devant la Cour suprême des États-Unis. M^{me} Srikantiah fait l’analyse du droit américain qui régit la détention des non-citoyens aux fins du renvoi. Elle examine les délais de détention, le traitement réservé aux personnes réputées constituer un danger pour le public et les garanties procédurales dans le cas où la détention est prolongée.

[88] Selon M^{me} Srikantiah, dans l’arrêt *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001) (*Zadvydas*), la Cour suprême des États-Unis a reconnu que l’impossibilité de renvoi qui entraîne une détention indéterminée soulève des questions constitutionnelles. Elle affirme que la Cour suprême des États-Unis a reconnu l’existence d’une [TRADUCTION] « limite de temps raisonnable implicite ». La période « présumée raisonnable » est de six mois. Par la suite, si la personne concernée démontre qu’il n’existe

removal”, the government must adduce evidence to the contrary. In response to *Zadvydas*, the U.S. government has promulgated regulations to provide for a detention review mechanism. The regulations permit continued detention until it is determined that there is no “significant likelihood of removal in the reasonably foreseeable future”. Ms. Srikantiah states that the regulations allow for the detention of individuals beyond six months where the government determines their removal to be “reasonably foreseeable (e.g., from countries who are slow to issue travel documents)”. She notes that detainees sometimes make applications for *habeas corpus*, and are sometimes successful.

[89] Ms. Srikantiah notes that in *Demore v. Kim*, 538 U.S. 510 (2003), the U.S. Supreme Court “upheld the constitutionality of such detention, but acknowledged its understanding that detention typically lasts only for the ‘brief period necessary for [concluding] removal proceedings’, a period that it noted ‘lasts roughly a month and a half in the vast majority of cases... and about five months in the minority of cases in which the alien chooses to [file an administrative appeal]’”.

[90] Ms. Srikantiah says that subsequent jurisprudence has held that the U.S. Constitution “permits prolonged detention without bond hearings while removal proceedings are still pending”. She adds that “mandatory detention without a bond hearing is permitted for only a reasonable period of time, after which a noncitizen must receive a bond hearing”.

(3) Objections to the Evidence

[91] The respondents argue that much of the affidavit evidence submitted by Mr. Brown and the EIDN is inadmissible or should be given little weight, because it includes hearsay, speculation, opinion, advocacy or is otherwise unreliable (citing rule 81 of the *Federal*

« aucune probabilité marquée de renvoi », le gouvernement doit présenter une preuve contraire. Par suite de l’arrêt *Zadvydas*, le gouvernement des États-Unis a adopté des règlements visant la mise en application de mécanismes de contrôle des motifs de la détention. Ces règlements permettent de prolonger la période de détention, jusqu’à ce qu’il soit établi qu’il n’existe aucune [TRADUCTION] « probabilité marquée de renvoi dans un délai raisonnable ». M^{me} Srikantiah affirme que les règlements en question prévoient une détention de plus de six mois dans le cas où le gouvernement établit que le renvoi est « raisonnablement prévisible (p. ex., dans le cas des pays qui accusent des retards dans l’émission des documents de voyage) ». M^{me} Srikantiah souligne que les détenus présentent parfois des demandes d’*habeas corpus*, et qu’il ont aussi gain de cause.

[89] Selon M^{me} Srikantiah, dans l’arrêt *Demore v. Kim*, 538 U.S. 510 (2003), la Cour suprême des États-Unis [TRADUCTION] « a confirmé la constitutionnalité des détentions de cette nature, tout en reconnaissant que la détention ne dure en règle générale que pendant “une brève période nécessaire pour [la conclusion des] procédures de renvoi”, période qui “dure tout au plus un mois et demi dans la plupart des cas [...] et environ cinq mois dans une minorité de cas, là où le résident clandestin choisit de [porter en appel les procédures administratives]” ».

[90] M^{me} Srikantiah affirme que, selon les décisions qui ont suivi, la Constitution des États-Unis [TRADUCTION] « permet une détention prolongée sans audience de cautionnement, en attente de l’issue de la procédure de renvoi ». Elle ajoute que « la détention obligatoire sans possibilité de cautionnement n’est autorisée que pendant une période raisonnable, au-delà de laquelle le non-citoyen concerné doit faire l’objet d’une audience de cautionnement ».

3) Objections à la preuve

[91] Les défendeurs font valoir que la plupart des éléments de preuve soumis par M. Brown et par le EIDN sont irrecevables ou qu’on ne devrait leur accorder que peu de poids, parce qu’ils reposent sur l’ouï-dire, des spéculations, des opinions, la défense des droits ou parce

Courts Rules, SOR/98-106, Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General), 2017 FCA 43, 412 D.L.R. (4th) 336, at paragraphs 15–18). They also complain that the affidavits filed by former detainees and those close to them contain numerous inaccuracies. In addition, the respondents note that Drs. Cleveland and Devins provided evidence in support of Mr. Brown's application for *habeas corpus*, but Justice O'Marra nevertheless concluded that Mr. Brown's detention did not violate sections 7, 9 or 12 of the Charter.

[92] Many of the respondents' objections to the evidence offered by Mr. Brown and the EIDN are valid. The EIDN acknowledges that the evidence it has submitted contains hearsay. However, much of the evidence is not in dispute. At a minimum, the accounts of detainees and those close to them may be considered "case studies", or scenarios that may reasonably be expected to arise under the legislative regime. I have accepted the evidence for this purpose, mindful of the Respondents' objections to particular aspects of the narratives provided. I have disregarded any evidence that is unreliable, comprises opinion (other than expert opinion) or amounts to advocacy.

[93] The respondents also ask the Court to exclude or give no weight to the expert report of Dr. Lesley Wood, on the ground that she is neither independent nor impartial. The respondents note that Dr. Wood's spouse, Macdonald Scott, is a volunteer with the EIDN. Mr. Scott filed the notice of application and constitutional issues before the ID, drafted and signed the EIDN's memorandum of fact and law, is an affiant in this case, and attended most of the cross-examinations in this application. Moreover, Dr. Wood, Mr. Scott and counsel for the EIDN all reviewed the article "Indefinite, Arbitrary and Unfair: The Truth About Immigration Detention in Canada". The respondents also fault Dr. Wood for offering an opinion on detention times and release rates, despite acknowledging that some of the necessary data are missing.

qu'ils ne sont pas dignes de foi (citant la règle 81 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 43, aux paragraphes 15 à 18). Ils soulignent également que les affidavits déposés par des anciens détenus et par leurs proches comportent de nombreuses incohérences. En outre, les défendeurs soulignent que M^{me} Cleveland et M. Devins ont fourni des éléments de preuve à l'appui de la demande d'*habeas corpus* de M. Brown, mais que le juge O'Marra a conclu toutefois que sa détention ne portait pas atteinte aux articles 7, 9 ou 12 de la Charte.

[92] Bon nombre des objections soulevées par les défendeurs contre les éléments de preuve présentés par M. Brown et par le EIDN sont fondées. Le EIDN admet que sa preuve comprend des ouï-dire. Toutefois, bon nombre de ces éléments ne sont pas contestés. De façon minimale, les récits des détenus et de leurs proches peuvent être considérés des « études de cas », ou des scénarios qui peuvent raisonnablement se présenter sous le régime législatif applicable. J'ai retenu les éléments de preuve à cette fin, en prenant aussi en compte les objections soulevées par les défendeurs à l'égard de certains détails des récits présentés. Or, je n'ai pas tenu compte des éléments de preuve qui ne sont pas dignes de foi, qui reposent sur des opinions (autres que les opinions d'expert) ou qui reposent sur la défense des droits.

[93] Les défendeurs demandent également à la Cour d'écartier ou de n'accorder aucun poids au rapport d'expert de M^{me} Lesley Wood, au motif qu'elle n'est ni indépendante ni impartiale. Les défendeurs ajoutent que Macdonald Scott, le conjoint de M^{me} Wood, est bénévole auprès du EIDN. M. Scott a déposé devant la SI l'avis de demande et de questions constitutionnelles, a rédigé et signé le mémoire des faits et du droit du EIDN, il est déposant d'affidavit dans la présente affaire et a participé à la plupart des contre-interrogatoires en l'espèce. De plus, M^{me} Wood, M. Scott et l'avocat du EIDN ont tous participé à la révision de l'article « Indefinite, Arbitrary and Unfair : The Truth About Immigration Detention in Canada ». Les défendeurs reprochent aussi à M^{me} Wood d'avoir présenté une opinion sur les périodes de détention et les taux de mise en liberté, bien qu'elle ait admis l'absence d'une partie des données nécessaires.

[94] Expert witnesses have a duty to the court to give fair, objective and non-partisan opinion evidence. They must be aware of this duty, and able and willing to carry it out. If they do not meet this threshold requirement, then their evidence should not be admitted (*White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182 (*White Burgess*), at paragraph 32).

[95] Once this threshold is met, however, concerns about an expert witness' independence or impartiality should be considered as part of the overall weighing of the costs and benefits of admitting the evidence. The threshold requirement is not particularly onerous, and a proposed expert's evidence will only rarely be excluded for failing to meet it. It is the nature and extent of the interest or connection with the litigation which matters, not the mere fact of the interest or connection; the existence of some interest or a relationship does not automatically render the evidence of the proposed expert inadmissible. However, an expert who assumes the role of an advocate for a party is clearly unwilling or unable to carry out the primary duty to the court (*White Burgess*, at paragraph 46).

[96] Dr. Wood discloses in her affidavit that her spouse is a volunteer with the EIDN, and that she served as a reviewer for the EIDN's 2014 report, "Indefinite, Arbitrary and Unfair: The Truth About Immigration Detention in Canada". She states that she reviewed the Code of Conduct for Expert Witnesses, and insists that her association with the EIDN has no bearing on her duty to the Court to provide evidence in good faith.

[97] I am satisfied that Dr. Wood meets the threshold for providing expert evidence to this Court. However, given her admission that the data underlying her opinions may be insufficient, and her acknowledgement of competing explanations for the patterns she identifies, I agree with the respondents that her evidence should be accorded little weight.

[94] Les témoins experts ont envers le tribunal l'obligation de présenter une preuve d'opinion juste, objective et impartiale. Ils doivent être conscients de cette obligation et pouvoir et vouloir s'en acquitter. S'ils ne satisfont pas à ce critère, leurs témoignages ne sauraient être retenus (*White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182 (*White Burgess*), au paragraphe 32).

[95] Or, dès que ce critère est respecté, toute préoccupation quant à l'indépendance et l'impartialité du témoin expert devrait être déterminée à l'issue d'une pondération globale du coût et des bénéfices de son admission. Ce critère n'est pas particulièrement exigeant et il sera très rare que le témoignage de l'expert proposé soit jugé inadmissible au motif qu'il ne satisfait pas au critère. C'est la nature et le degré de l'intérêt ou des rapports qu'a l'expert avec l'instance qui importent, et non leur simple existence : un intérêt ou un rapport quelconque ne rend pas d'emblée la preuve de l'expert proposée inadmissible. Or, l'expert qui se fait le défenseur d'une partie ne peut ou ne veut manifestement pas s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal (*White Burgess*, au paragraphe 46).

[96] M^{me} Wood révèle dans son affidavit que son conjoint est bénévole pour le EIDN et qu'il a participé à la révision du rapport du EIDN de 2014, intitulé « Indefinite, Arbitrary and Unfair : The Truth About Immigration Detention in Canada ». Elle affirme avoir examiné le Code de conduite pour les témoins experts, et souligne que son affiliation au EIDN n'a aucune incidence sur son obligation envers la Cour de présenter une preuve de bonne foi.

[97] Je conclus que M^{me} Wood satisfait au critère en matière de preuve d'expert présentée à la Cour. Toutefois, étant donné qu'elle a admis que les données sur lesquelles reposaient ses opinions pourraient être insuffisantes, et qu'elle a reconnu le caractère divergent des explications relatives aux modèles énoncés, je conviens avec les défendeurs qu'il y a lieu d'accorder peu de poids à sa déposition.

(4) Respondents

(a) **John Helsdon**

[98] John Helsdon is manager of the Detentions Unit, Inland Enforcement Program Management Division of the CBSA. He previously served as a hearings officer with CIC, as well as a senior program officer responsible for immigration hearings policy and program management.

[99] Mr. Helsdon says that the CBSA resorts to detention in only limited circumstances. These include where a CBSA officer is unable to confirm the identity of a foreign national, or where a CBSA officer has reasonable grounds to believe that a foreign national is inadmissible and is a danger to the public, is unlikely to appear for an examination or an admissibility hearing, or is unlikely to appear for removal.

[100] In 2016, 5 886 individuals were detained for immigration purposes: 1, 086 in the Quebec region, 2 751 in the Greater Toronto Area (GTA), 1 487 in the Pacific Region, 30 in the Atlantic Region, 394 in Ontario outside the GTA, and 257 in the Prairie Region. The most common reason given for detention was that the individual would not appear for an examination, an admissibility hearing or for removal. A total of 46 individuals were said to pose a danger to the public; 316 were detained because they were both a danger to the public and unlikely to appear; 2 136 people were released for the purpose of removal; 2 447 were released on bond or with conditions, and 126 were released without conditions.

[101] The CBSA manages three Immigration Holding Centers (IHCs) in Canada. They are located in Toronto, Ontario; Laval, Quebec; and Vancouver, British Columbia. The IHC in Vancouver will hold individuals for a maximum of 48 hours. Mr. Helsdon says that the IHCs can accommodate only “low-risk” detainees.

4) Les défendeurs

a) **John Helsdon**

[98] John Helsdon est gestionnaire de l'unité de Détenition de la Division de la gestion du programme d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs de l'ASFC. Il a antérieurement travaillé comme agent d'audience au CIC et comme agent principal de programme chargé de la gestion des politiques et programmes relatifs aux audiences en matière d'immigration.

[99] Selon M. Helsdon, l'ASFC ne recourt à la détention que dans certaines circonstances. Tel est le cas notamment si un agent de l'ASFC n'est pas en mesure de confirmer l'identité d'un étranger ou s'il a des motifs raisonnables de croire qu'un étranger est interdit de territoire et qu'il constitue un danger pour la sécurité publique ou se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête ou au renvoi.

[100] En 2016, un nombre de 5 886 personnes étaient détenues pour des raisons liées à l'immigration : 1 086 dans la région de Québec, 2 751 dans la région du Grand Toronto (RGT), 1 487 dans la région du Pacifique, 30 dans la région de l'Atlantique, 394 en Ontario, à l'extérieur du RGT, et 257 dans la région des Prairies. La raison la plus fréquemment avancée pour justifier la détention est la possibilité que la personne refuse de se présenter pour le contrôle, l'enquête ou le renvoi. Un nombre de 46 personnes a été considéré comme constituant un danger pour la sécurité publique; 316 personnes étaient détenues en raison du fait qu'elles constituaient un danger pour la sécurité publique et qu'elles refuseraient vraisemblablement de se présenter; 2 136 personnes ont été libérées à des fins de renvoi; 2 447 personnes ont été libérées sous caution ou sous condition et 126 personnes ont été libérées sans condition.

[101] L'ASFC gère trois Centres de surveillance de l'immigration (CSI) au Canada. Ils sont situés à Toronto (Ontario), à Laval (Québec) et à Vancouver (Colombie-Britannique). Le CSI de Vancouver garde les personnes pour une durée maximale de 48 heures. M. Helsdon précise que les CSI ne peuvent accueillir que des détenus à « faible risque ».

[102] According to Mr. Helsdon, the following individuals are not suited to detention in the TIHC: (a) those with a criminal record in or outside Canada, or who have charges before the courts; (b) fugitives; (c) those who might attempt to escape; (d) those with a history of violence or with violent or uncooperative tendencies; (e) those who pose a danger to themselves or others; (f) those exhibiting “disturbing behaviour” and present a risk that cannot be managed within an IHC; (g) those who are suicidal; (h) those with serious medical issues; and (i) those being transferred from detention centres who have not passed the centre’s medical assessment (e.g., screening for tuberculosis).

[103] Individuals who are not detained in an IHC are usually placed in a provincial correctional facility. Mr. Helsdon says that detainees are never transferred from an IHC to a provincial correctional facility for punitive reasons.

[104] In response to recommendations of the Auditor General of Canada, the CBSA has developed a tool called the National Risk Assessment for Detention (NRAD). Mr. Helsdon describes the NRAD as a mandatory process to establish, implement and document consistent risk assessment practices for detention decisions under section 55 of the IRPA. The NRAD form is used to assess an individual’s level of risk, and affects the location of detention. An NRAD form is completed when an individual is initially detained and every 60 days thereafter. Mr. Helsdon’s affidavit includes as exhibits excerpts from the CBSA’s detention policy, “ENF 20 Detention” from 2007 and 2015, together with a copy of the NRAD form.

[105] Mr. Helsdon states that once detainees are transferred to a provincial correctional facility, the CBSA no longer exercises control over their conditions of detention. Nor does the CBSA control the choice of provincial

[102] Selon M. Helsdon, les personnes suivantes ne peuvent pas être détenues au CSIT : a) les personnes ayant un casier judiciaire au Canada ou à l’étranger, ou celles qui font l’objet d’accusations portées devant les tribunaux; b) les fugitifs; c) les personnes qui pourraient tenter de s’évader; d) les personnes qui ont des antécédents de violence ou qui ont tendance à être violentes ou à refuser de coopérer; e) les personnes qui constituent un danger pour elles-mêmes ou pour autrui; f) les personnes qui font preuve de « comportement inquiétant » et qui posent un risque qui ne peut pas être géré au sein d’un CSI; g) les personnes qui ont des idées suicidaires; h) les personnes ayant de graves problèmes de santé et i) les personnes qui sont transférées d’autres centres de détention et pour qui ont échoué l’évaluation médicale du centre (p. ex., le dépistage de la tuberculose).

[103] Les personnes qui ne sont pas détenues dans un CSI sont habituellement placées dans un établissement correctionnel provincial. M. Helsdon a déclaré que les détenus ne sont jamais transférés d’un CSI à un établissement correctionnel provincial pour des raisons punitives.

[104] En réponse aux recommandations formulées par le vérificateur général du Canada, l’ASFC a mis au point un outil appelé Examen national des risques envers les détentions (ENRD). M. Helsdon a expliqué que l’ENRD est un processus obligatoire permettant d’établir, de mettre en œuvre et de consigner les pratiques uniformes d’évaluation du risque pour des décisions concernant la détention rendues au titre de l’article 55 de la LIPR. Le formulaire ENRD sert à évaluer le niveau de risque que présente une personne, et pour déterminer le lieu de la détention. Le formulaire ENRD est rempli au moment de la détention initiale d’une personne et tous les 60 jours par la suite. L’affidavit de M. Helsdon comprend des pièces constituées d’extraits provenant de la politique sur la détention de l’ASFC, du formulaire « ENF 20 Détention » de 2007 et 2015, ainsi que d’une copie du formulaire ENRD.

[105] M. Helsdon a déclaré qu’une fois qu’un détenu est transféré à un établissement correctionnel provincial, l’ASFC n’exerce plus de contrôle sur ses conditions de détention. Elle n’a pas non plus de contrôle sur le choix

detention centre. Detainees are not invited to make submissions, and are rarely given reasons for their transfer.

(b) Parminder Singh

[106] Parminder Singh is a hearings officer with the CBSA. He says that the ID usually asks the hearings officer to explain the reasons for seeking detention, and to support these with facts and argument. The individual who is the subject of the hearing is given an opportunity to respond. Evidence is presented only where information is challenged. The ID's decision is usually provided orally. A party may request a copy of the transcript.

[107] According to Mr. Singh, the ID considers alternatives to detention such as unconditional release or release with conditions (e.g., a bond or guarantee, reporting requirements, confinement to a specific geographic area). The CBSA usually requests some basic conditions, including that the individual (a) keep the peace and be of good behaviour; (b) report when and where required by CIC, CBSA or ID; and (c) advise the CBSA of any change of address within 48 hours. The ID may impose stricter terms and conditions of release, including curfew, refraining from use of a cellular phone or computer, house arrest, an electronic bracelet to track physical location, restrictions on contacts, and regular inspection of the individual's residence by immigration officials. Release may also be ordered under the supervision of the Toronto Bail Program.

[108] The ID may order the release of an individual under a surety, but the CBSA may prevent release if the surety fails to meet a solvency or "liquidity" test.

[109] A CIC policy document included as an exhibit to Mr. Singh's affidavit, "ENF: Admissibility, Hearings and Detention Review Proceedings" states that "[i]f the

du centre de détention provincial. Les détenus ne sont pas invités à formuler des observations et il est rare qu'ils soient informés des motifs de leur transfert.

b) Parminder Singh

[106] Parminder Singh est un agent d'audience à l'ASFC. Il a déclaré que la SI demande habituellement à l'agent d'audience d'expliquer les motifs pour lesquels il demande la détention, les faits et les motifs à l'appui. La personne à l'égard de laquelle l'audience est tenue se voit accorder la possibilité de répondre. Les éléments de preuve ne sont présentés que si les renseignements sont contestés. La décision de la SI est habituellement rendue de vive voix. Une partie peut demander une copie de la transcription.

[107] Selon M. Singh, la SI envisage des solutions de rechange à la détention, telles que la libération sans conditions ou la libération sous conditions (p. ex., une caution ou une garantie, l'obligation de se rapporter à un agent, la résidence surveillée dans une localité précise). L'ASFC demande habituellement que certaines conditions essentielles soient respectées, notamment que la personne a) ne trouble pas l'ordre public; b) se présente à l'endroit, à la date et à l'heure indiqués par CIC, l'ASFC ou la SI et c) signale tout changement d'adresse dans les 48 heures. La SI peut imposer des conditions de mise en liberté plus strictes, y compris un couvre-feu, l'exigence de s'abstenir d'utiliser un téléphone cellulaire ou un ordinateur, la détention à domicile, le bracelet électronique permettant d'assurer le suivi physique, les interdictions de communication et une inspection régulière de la résidence de la personne par des responsables de l'immigration. La libération peut également être ordonnée sous la supervision du Programme de cautionnement de Toronto.

[108] La SI peut ordonner la libération sous caution d'une personne, mais l'ASFC peut empêcher la libération si la caution ne réussit pas le test de la solvabilité ou de la « liquidité ».

[109] Un document de politique de CIC joint comme pièce en annexe de l'affidavit de M. Singh, intitulée « ENF : Enquêtes et contrôle de la détention », énonce

hearings officer recommends continued detention, the hearings officer should submit all available evidence to the ID in support of continued detention”. According to Mr. Singh, the requirement to introduce “objective or physical evidence of what actually transpired” arises only when a statement is contradicted by another party. The ID might accept the statement of a hearings officer over a challenge by another party without requiring evidence, but he has consistently been asked to “back up” his statements when challenged: “So then I would have to physically look through my file”.

[110] Mr. Singh says that “we always do our utmost best to provide all of the disclosure pre-detention review, but sometimes the document is provided at the detention review. So in that circumstance, I could see how counsel may not have had an opportunity to request either that document or provide rebuttal information”. Mr. Singh also acknowledges that disclosure is “supposed to be provided in advance. But there are times where it is not provided in advance”.

D. Charter, Sections 7 and 9

[111] The Charter guarantees the following rights in sections 7 and 9:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

...

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

[112] In *Charkaoui*, the Supreme Court of Canada considered the constitutionality of security certificates issued under section 77 of the IRPA. This provision allows the Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of PSEP to issue a certificate declaring that a foreign national or permanent resident is inadmissible

que « [s]i l’agent d’audience recommande le maintien de la 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 ». Selon M. Singh, l’exigence de produire [TRADUCTION] « des éléments de preuve objectifs et matériels de ce qui s’est réellement passé » ne vaut que dans le cas où une déclaration est contredite par une autre partie. En cas de contestation, la SI pourrait accepter la déclaration d’un agent d’audience plutôt que celle d’une autre partie sans exiger des éléments de preuve, mais on lui a demandé de façon constante d’« étayer » ses déclarations en cas de contestation : [TRADUCTION] « je dois alors physiquement examiner mon dossier ».

[110] M. Singh a déclaré que [TRADUCTION] « nous faisons toujours de notre mieux pour communiquer tous les documents relatifs au contrôle avant la détention, mais, parfois, les documents sont fournis lors du contrôle de la détention. Dans ces circonstances, je peux comprendre comment un avocat peut ne pas avoir eu l’occasion de demander ces documents ou de produire des renseignements en contre preuve ». M. Singh a également reconnu que la communication est [TRADUCTION] « censée être faite à l’avance. Toutefois, il arrive parfois qu’elle ne soit pas faite à l’avance ».

D. Articles 7 et 9 de la Charte

[111] La Charte garantit les droits suivants, qu’elle énonce en ses articles 7 et 9 :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[...]

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l’emprisonnement arbitraires.

[112] Dans l’arrêt *Charkaoui*, la Cour suprême du Canada a examiné la constitutionnalité des certificats de sécurité délivrés en vertu de l’article 77 de la LIPR. Cette disposition autorise le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration ainsi que le ministre de la SPPC à délivrer un certificat de sécurité attestant qu’un étranger ou

to Canada on security grounds, among others, leading to the detention of the person named. Mr. Brown acknowledges that the legal framework applied by the Supreme Court in *Charkaoui* is applicable to the constitutional analysis the Court must undertake in this case.

[113] The following principles, derived from *Charkaoui*, inform the Court's consideration of sections 7 and 9 of the Charter:

- (a) Challenges to the fairness of the process leading to possible deportation and the loss of liberty associated with detention raise important issues of liberty and security, and section 7 of the Charter is engaged (at paragraph 18).
- (b) Section 7 of the Charter requires not a particular type of process, but a fair process having regard to the nature of the proceedings and the interests at stake (at paragraph 20).
- (c) Before the state can detain people for significant periods of time, it must accord them a fair process (at paragraph 28). This basic principle has a number of facets. It comprises the right to a hearing. It requires that the hearing be before an independent and impartial decision-maker. It demands a decision on the facts and the law. It entails the right to know the case put against one, and the right to answer that case. Precisely how these requirements are met will vary with the context, but for section 7 to be satisfied, each of them must be met in substance (at paragraph 29).
- (d) Detention is not arbitrary where there are standards that are rationally related to the purpose of the power of detention (at paragraph 89). Whether through *habeas corpus* or statutory mechanisms, foreign nationals, like others, have a right to prompt review to ensure that their detention complies with the law (at paragraph 90).

un résident permanent est interdit de territoire pour raison de sécurité, entre autres, ce qui aboutit à la détention de la personne désignée. M. Brown a admis que le cadre juridique que la Cour suprême du Canada a appliqué dans l'arrêt *Charkaoui* est applicable à l'analyse constitutionnelle que la Cour doit entreprendre en l'espèce.

[113] Les principes suivants, découlant de l'arrêt *Charkaoui*, guident la Cour dans le cadre de son examen des articles 7 et 9 de la Charte :

- a) La contestation de l'équité du processus qui peut mener à l'expulsion et la perte de liberté liée à la détention soulève d'importantes questions quant à la liberté et à la sécurité, et l'article 7 de la Charte trouve application (au paragraphe 18).
- b) L'article 7 de la Charte exige non pas un type particulier de procédure, mais une procédure équitable eu égard à la nature de l'instance et des intérêts en cause (au paragraphe 20).
- c) L'État ne peut détenir longtemps une personne sans lui avoir préalablement permis de bénéficier d'une procédure judiciaire équitable (au paragraphe 28). Ce principe de base comporte de nombreuses facettes, y compris le droit à une audition. Il commande que cette audition se déroule devant un décideur indépendant et impartial, et que la décision soit fondée sur les faits et sur le droit. Il emporte le droit de chacun de connaître la preuve produite contre lui et le droit d'y répondre. La façon précise de se conformer à ces exigences variera selon le contexte. Toutefois, pour respecter l'article 7, il faut satisfaire pour l'essentiel à chacune d'elles (au paragraphe 29).
- d) La détention n'est pas arbitraire quand elle se fonde sur des critères qui ont un lien rationnel avec l'objectif visé par l'attribution du pouvoir de détention (au paragraphe 89). Les étrangers ont, au même titre que les autres, le droit de faire contrôler la légalité de leur détention, que ce soit par *habeas corpus* ou par un autre mécanisme d'origine législative (au paragraphe 90).

[114] Mr. Brown and the EIDN say that immigration detention fails to comply with the constitutional criteria prescribed by *Charkaoui* in the following four respects: (a) it imposes a “reverse onus” on a detainee to justify release, rather than placing the onus on the Minister to justify continued detention; (b) the detainee is not given a reasonable opportunity to know the case to be met or to respond to that case; (c) the ID has no power to control conditions of detention; and (d) the ID has no obligation to fashion alternatives to detention.

[115] Mr. Brown and the EIDN also argue that, in circumstances where there is no prospect of removal within a reasonable time, detention is “unhinged” from its immigration purpose and thereby becomes arbitrary, contrary to section 9 of the Charter, and discriminatory, contrary to section 15.

(1) Burden of Proof and “Reverse Onus”

[116] Mr. Brown and the EIDN allege that once an individual is detained, the burden to justify the individual’s continued detention no longer rests with the Minister of PSEP. Instead, the burden is on the detainee to justify release. They cite the Ontario Court of Appeal’s decision in *Chaudhary v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401 (*Chaudhary*), at paragraphs 88 and 89:

As explained in *Thanabalasingham*, even though prior detention decisions are not binding at subsequent reviews, the reviewing members must set out “clear and compelling reasons” for departing from them (at para. 10). Such reasons can include, for example, relevant new evidence or a reassessment of prior evidence based on new arguments (at paras. 6-10). However, given the requirement for new evidence or new arguments and given that the Minister can rely on previous decisions to establish a *prima facie* case for detention, previous decisions become highly persuasive at the very least.

[114] M. Brown et le EIDN affirment que la détention par l’immigration ne respecte pas les critères constitutionnels prescrits par l’arrêt *Charkaoui* quant aux quatre points suivants : a) elle impose une « inversion du fardeau de la preuve » sur le détenu qui doit justifier sa mise en liberté plutôt que d’imposer le fardeau de la preuve au ministre qui doit justifier le maintien de la détention; b) le détenu n’a pas de possibilité raisonnable de connaître la preuve produite contre lui ou d’y répondre ; c) la SI n’a pas le pouvoir de contrôler les conditions de détention et d) la SI n’a aucune obligation de concevoir des solutions de rechange à la détention.

[115] M. Brown et le EIDN soutiennent aussi que, dans des circonstances où il n’existe pas de possibilité de renvoi dans un délai raisonnable, la détention « perd tout lien » avec l’objectif de l’immigration et devient ainsi arbitraire, ce qui va à l’encontre de l’article 9 de la Charte, et discriminatoire, en contravention de l’article 15.

1) Le fardeau de la preuve et l’« inversion du fardeau de la preuve »

[116] Selon M. Brown et le EIDN, lorsqu’une personne est détenue, il n’incombe plus au ministre de la SPPC de justifier le maintien de la détention. Au contraire, il incombe au détenu de justifier sa mise en liberté. Ils ont cité l’arrêt *Chaudhary v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401 (*Chaudhary*), rendu par la Cour d’appel de l’Ontario, qui a formulé les observations suivantes, aux paragraphes 88 et 89 :

[TRADUCTION] Comme cela a été expliqué dans l’arrêt *Thanabalasingham*, même si les décisions antérieures ordonnant la détention n’ont pas de caractère obligatoire lors des contrôles subséquents des motifs de la détention, les commissaires chargés d’effectuer le contrôle doivent énoncer des « motifs clairs et convaincants » pour pouvoir aller à l’encontre de ces décisions (au paragraphe 10). Ces motifs peuvent comprendre, par exemple, de nouveaux éléments de preuve ou une nouvelle évaluation des éléments de preuve antérieurs ou de nouveaux arguments (aux paragraphes 6 à 10). Toutefois, compte tenu de l’exigence relative aux nouveaux éléments de preuve ou aux nouveaux arguments, et vu que le ministre peut se fonder sur les motifs de décisions antérieures pour établir une preuve *prima facie* quant à la

In theory, a detainee, who bares [*sic*] an evidentiary burden in the detention review after the Minister establishes a *prima facie* case, could potentially succeed in obtaining a release by showing the facts of those prior decisions are wrong or at least that they have changed since that time, warranting a different decision. However, as the length of detention increases, it becomes more and more difficult to argue that an additional 30 days spent in detention since the last review constitutes a “clear and compelling reason” to depart from the earlier disposition.

[117] In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham*, 2004 FCA 4, [2004] 3 F.C.R. 572 (*Thanabalasingham*), at paragraph 6, the Federal Court of Appeal approved the statement of Justice Douglas Campbell in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Lai*, 2001 FCT 118, [2001] 3 F.C. 326, at paragraph 15 that “all existing factors relating to custody must be taken into consideration, including the reasons for previous detention orders being made.” Nevertheless, Justice Marshall Rothstein rejected the suggestion [at paragraph 7] that “the findings of previous members should not be interfered with in the absence of new evidence”, and confirmed that the ID’s role is always to review the reasons for continued detention: “[A]t each hearing, the member must decide afresh whether continued detention is warranted” (at paragraph 8).

[118] Justice Rothstein considered the circumstances in which the ID could reasonably depart from previous decisions to detain, and held that the threshold is “clear and compelling reasons” for doing so (at paragraph 10). He provided the following rationale [at paragraph 11]:

Credibility of the individual concerned and of witnesses is often an issue. Where a prior decision maker had the opportunity to hear from witnesses, observe their demeanour and assess their credibility, the subsequent decision maker must give a clear explanation of why the prior decision maker’s assessment of the evidence does not

détention, les décisions antérieures deviennent, à tout le moins, très convaincantes.

Théoriquement, un détenu, à qui incombe le fardeau de la preuve lors d’un contrôle des motifs de la détention après que le ministre a établi la preuve *prima facie*, pourrait réussir à obtenir une mise en liberté en démontrant que les faits relatifs à ces décisions antérieures sont erronés ou à tout le moins qu’ils ont changé depuis lors, ce qui justifierait une décision différente. Cependant, à mesure que la durée de la détention augmente, il devient de plus en plus difficile de soutenir qu’une détention supplémentaire de 30 jours depuis le dernier contrôle constitue un « motif clair et convaincant » pour pouvoir aller à l’encontre d’une décision antérieure.

[117] Dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Thanabalasingham*, 2004 CAF 4, [2004] 3 R.C.F. 572 (*Thanabalasingham*), au paragraphe 6, la Cour d’appel fédérale a approuvé les observations formulées par le juge Douglas Campbell dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Lai*, 2001 CFPI 118, [2001] 3 C.F. 326, au paragraphe 15, selon lesquelles « tous les facteurs liés à la détention doivent être examinés, y compris les motifs de toute ordonnance antérieure de détention ». Néanmoins, le juge Marshall Rothstein a rejeté la thèse selon laquelle [au paragraphe 7] « les conclusions tirées par les commissaires antérieurs devaient être maintenues en l’absence de nouvelle preuve », et a confirmé que la SI avait pour rôle de toujours contrôler les motifs justifiant le maintien de la détention : « [L]ors de chaque audience, le commissaire doit décider à nouveau si le maintien de la détention est justifié » (au paragraphe 8).

[118] Le juge Rothstein a pris en compte les circonstances dans lesquelles la SI pourrait raisonnablement aller à l’encontre de décisions antérieures ordonnant la détention d’une personne, et a conclu qu’il faut observer le critère selon lequel des « motifs clairs et convaincants » ont été énoncés (au paragraphe 10). Il a donné la justification suivante [au paragraphe 11] :

La crédibilité de la personne en cause et celle des témoins sont souvent des questions en litige. Dans les cas où un décideur antérieur a eu la possibilité d’entendre les témoins, d’observer leur comportement et d’évaluer leur crédibilité, il est nécessaire que le décideur subséquent explique clairement les raisons pour lesquelles

justify continued detention. For example, the admission of relevant new evidence would be a valid basis for departing from a prior decision to detain. Alternatively, a reassessment of the prior evidence based on new arguments may also be sufficient reason to depart from a prior decision.

[119] Justice Rothstein confirmed that the onus is always on the Minister of PSEP to demonstrate there are reasons which warrant detention or continued detention, and provided a detailed explanation of how the burden of proof operates in detention reviews before the ID [at paragraphs 14–16]:

When determining who bears the burden of proof at a detention review hearing, it is important to remember that sections 57 and 58 allow persons to be detained for potentially lengthy, if not indefinite, periods of time, without having been charged with, let alone having been convicted of any crime. As a result, detention decisions must be made with section 7 Charter [...] considerations in mind (*Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214(T.D.), at pages 225-231).

Subsection 103(7) of the former Act provided that an adjudicator shall order release if “satisfied that the person in detention is not likely to pose a danger to the public and is likely to appear for an examination, inquiry or removal.” Under that provision, Campbell J. held that “the initial onus of proving continued detention is warranted rests with the proposer of such an order”, i.e. the Minister (*Lai*, at paragraph 15). If anything, this holding applies even more strongly to section 58 which provides that “the Immigration Division shall order the release of the permanent resident or foreign national *unless* it is satisfied” that one of the listed conditions is met (emphasis added). I therefore agree with Gauthier J. that it is the Minister who must establish, on a balance of probabilities, that the respondent is a danger to the public if he wants the detention to continue.

l’évaluation de la preuve faite par le décideur antérieur ne justifie pas le maintien de la détention. Par exemple, l’admission de nouveaux éléments de preuve pertinents constituerait un fondement valable pour aller à l’encontre d’une décision antérieure ordonnant la détention. Subsidiairement, une nouvelle évaluation des éléments de preuve antérieurs fondée sur de nouvelles prétentions peut également être suffisante pour aller à l’encontre d’une décision antérieure.

[119] Le juge Rothstein a confirmé qu’il incombe toujours au ministre de la SPPC de démontrer qu’il existe des motifs qui justifient la détention ou le maintien de la détention, et a donné une explication détaillée quant à l’application du fardeau de la preuve lors d’un contrôle des motifs de la détention devant la SI [aux paragraphes 14 à 16] :

Lorsqu’il s’agit d’établir à qui incombe le fardeau de la preuve lors d’une audience relative à un contrôle des motifs de la détention, il importe de se rappeler que les articles 57 et 58 permettent que des personnes soient détenues pour des périodes qui pourraient être longues, voire indéterminées, sans qu’elles aient été accusées, encore moins reconnues coupables, d’aucun acte criminel. Par conséquent, des décisions à l’égard de la détention doivent être rendues en prenant en compte de l’article 7 de la Charte [...] (voir la décision (*Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1^{re} inst.), aux pages 225 à 231).

Le paragraphe 103(7) de l’ancienne loi prévoit qu’un arbitre ordonne la mise en liberté d’un intéressé s’il est « convaincu qu’il ne constitue vraisemblablement pas une menace pour la sécurité publique et qu’il ne se dérobera pas à l’interrogatoire, à l’enquête ou au renvoi ». Suivant cette disposition, le juge Campbell a déclaré que « le fardeau de prouver qu’il y a lieu de maintenir une personne en détention est imposé, à l’origine, à la personne qui propose une telle ordonnance », c’est-à-dire au ministre (voir la décision *Lai*, à la page 334). En fait, cette décision s’applique de façon encore plus convaincante à l’article 58 qui prévoit que « la section prononce la mise en liberté du résident permanent ou de l’étranger, sauf sur preuve » que l’une des conditions énumérées a été remplie (non souligné dans l’original). Je partage par conséquent l’opinion de la juge Gauthier selon laquelle c’est le ministre, s’il veut que la détention soit maintenue, qui doit établir, selon la prépondérance des probabilités, que l’intimé constitue un danger pour le public.

The onus is always on the Minister to demonstrate there are reasons which warrant detention or continued detention. However, once the Minister has made out a *prima facie* case for continued detention, the individual must lead some evidence or risk continued detention. The Minister may establish a *prima facie* cases in a variety of ways, including reliance on reasons for prior detentions. As Gauthier J. put it in her reasons at paragraph 75:

... at the beginning of the hearing, the burden was always on the shoulder of the proponent of the detention order, the Minister, but then this burden could quickly shift to the respondent if previous decisions to continue the detention were found compelling or persuasive by the adjudicator presiding [*sic*] the review.

[120] Justice Rothstein's articulation of the law in *Thanabalasingham* is clear, cogent and binding upon the ID and this Court alike. If the ID does not respect these standards in practice, this is a problem of maladministration, not an indication that the statutory scheme is itself unconstitutional (*Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paragraph 71).

(2) Opportunity to Know the Case to be Met

[121] Mr. Brown and the EIDN assert that the Minister of PSEP is not required to present evidence at detention reviews. Instead, a hearings officer acts for the Minister of PSEP and also makes factual allegations against the detainee. Hearings officers are neither sworn nor subject to cross-examination, and their evidence is generally hearsay. Mr. Brown complains that hearings officers act as both counsel and witness, and detainees have no meaningful opportunity to challenge their evidence.

[122] Mr. Brown and the EIDN mischaracterize the role of a hearings officer. A hearings officer is the Minister of PSEP's representative, not a witness. Proceedings before the ID are informal, and the normal rules of evidence

Il incombe toujours au ministre de démontrer qu'il existe des motifs qui justifient la détention ou le maintien de la détention. Cependant, une fois que le ministre a établi *prima facie* qu'il y a lieu de maintenir la détention d'une personne, la personne doit présenter une certaine preuve contraire sinon elle risque d'être maintenue en détention. Le ministre peut établir une preuve *prima facie* de différentes façons, y compris en se fondant sur les motifs de décisions antérieures. Selon ce qu'elle a déclaré dans ses motifs au paragraphe 75, la juge Gauthier estime :

[...] que le fardeau de prouver qu'il y a lieu de maintenir une personne en détention est imposé, à l'origine, à la personne qui propose une telle ordonnance, en l'occurrence le ministre, mais que ce fardeau est rapidement déplacé pour incomber au défendeur si l'arbitre qui procède au contrôle estime solides ou convaincants les motifs justifiant le maintien en détention qui ont été retenus lors des contrôles antérieurs.

[120] L'analyse du droit effectuée par le juge Rothstein dans l'arrêt *Thanabalasingham* est claire et convaincante et lie tant la SI que la Cour. Si la SI ne respecte pas ces normes en vigueur, il s'agit d'un problème imputable à une mauvaise administration, non une indication selon laquelle le régime législatif en soi est inconstitutionnel (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, au paragraphe 71).

2) Possibilité de connaître la preuve qu'il faut réfuter

[121] M. Brown et le EIDN affirment que le ministre de la SPPC n'est pas tenu de présenter des éléments de preuve lors d'un contrôle de la détention. Au contraire, un agent d'audience agit pour le compte du ministre de la SPPC et présente aussi des allégations de fait contre le détenu. Les agents d'audience ne sont pas assermentés et ne font pas l'objet d'un contre-interrogatoire, et leur preuve est généralement une preuve par oui-dire. M. Brown se plaint que les agents d'audience agissent à la fois comme avocat et comme témoin, et que les détenus n'ont aucune véritable possibilité de contester leur preuve.

[122] M. Brown et le EIDN interprètent mal le rôle d'un agent d'audience. Celui-ci est un représentant du ministre de la SPPC, non un témoin. La procédure devant la SI est informelle, et les règles habituelles de présentation

do not apply (IRPA, section 173). Hearsay evidence is admissible. According to Mr. Singh, the requirement to introduce evidence arises only when a statement is contradicted by another party. This requirement is generally respected in practice. At a minimum, it is something either a detainee or a representative may insist upon.

[123] The Minister of Citizenship and Immigration's policy guidance [*Enforcement Operational Manual*] Chapter ENF 3 "Admissibility, Hearings and Detention Review Proceedings" states: "Parties are not required to prove the facts and arguments, unless information provided is challenged by the other party. If the information is challenged, evidence to support the facts and arguments may be introduced." [section 13.1] The document repeatedly 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."

[124] The *Immigration Division Rules*, SOR/2002-229 provide in section 26:

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

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

[125] Detainees or their representatives may request disclosure of additional information, and ask that the enforcement officer be summoned to appear at the hearing. Detainees may also provide their own information in response to the Minister of PSEP's position.

[126] Despite the rules and policy governing disclosure, Mr. Singh admitted that disclosure is not always provided in advance, and documents are sometimes produced only

de la preuve ne s'appliquent pas (article 173 de la LIPR). La preuve par ouï-dire est inadmissible. Selon M. Singh, l'exigence de produire des éléments de preuve n'existe que dans le cas où une déclaration est contredite par une autre partie. En pratique, cette exigence est généralement respectée. À tout le moins, c'est un aspect sur lequel le détenu ou un représentant peut insister.

[123] Le document d'orientation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration intitulé *Guide opérationnel : Exécution de la loi*, chapitre ENF 3 « Enquêtes et contrôle de la détention » comporte la déclaration suivante : « Aucune des parties n'est tenue d'étayer ces faits et arguments, à moins qu'ils soient contestés par l'autre partie. Si des renseignements sont contestés, l'agent peut produire des éléments de preuve à l'appui des faits et arguments ». [Section 13.1] On réitère dans le document 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 ».

[124] L'article 26 des *Règles de la Section de l'Immigration*, DORS/2002-229, est ainsi libellé :

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

[125] Les détenus ou leurs représentants peuvent demander que des renseignements supplémentaires leur soient communiqués et que l'agent d'exécution soit cité à comparaître à l'audience. Les détenus peuvent aussi présenter leurs propres renseignements en réponse à la thèse du ministre de la SPPC.

[126] Malgré les règles et les politiques qui régissent la communication de renseignements, M. Singh a admis que les renseignements ne sont pas toujours communiqués à

at the detention review. He acknowledged that detainees and counsel may not have an adequate opportunity to request documents or provide rebuttal. Mr. Esnaashari described hearings officers as forthcoming and helpful, but noted that they are usually in hearings during the day and are not available to discuss matters in advance.

[127] Mr. Brown and the EIDN raise legitimate concerns about the timeliness and quality of pre-hearing disclosure. However, this is again a problem of maladministration, not an indication that the statutory scheme is itself unconstitutional.

[128] Inadequate disclosure may be addressed in a number of ways. A detainee or representative may ask the ID to briefly adjourn the hearing. A request may be made to bring forward the date of the next review. In egregious cases, an application for judicial review may be brought in this Court on an expedited basis.

(3) Conditions of Detention

[129] Mr. Brown complains that the ID has no jurisdiction over the location or conditions of detention, and that subsection 58(1) of the IRPA permits the ID to decide only if an individual should be detained or released. The ID has expressed a similar view, for example in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Jama*, [2007] I.D.D. No. 6 (QL) (I.R.B.) [at paragraph 58]:

The Minister's officers are responsible for determining the place of detention in any given case; the Immigration Division has no authority, as far as I am aware, to order that detention be maintained at a given location such as, in this case, a mental health facility.

[130] Mr. Brown cites the Supreme Court of Canada's decision in *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621 (*Hufsky*), at paragraph 13 [pages 632-633] for the proposition that the CBSA cannot exercise an unfettered discretion to detain

l'avance et que les documents ne sont parfois produits que lors du contrôle de la détention. Il a admis que les détenus et les avocats peuvent ne pas avoir une possibilité suffisante de demander des documents ou de réfuter la preuve. M. Esnaashari a expliqué que les agents d'audience sont coopératifs et serviables, mais il a précisé qu'ils sont souvent à l'audience pendant la journée et qu'ils ne sont pas disponibles pour discuter des affaires à l'avance.

[127] M. Brown et le EIDN soulèvent des préoccupations légitimes au sujet de la qualité et des délais relatifs à la communication avant audience. Toutefois, il s'agit encore une fois d'un problème imputable à une mauvaise administration, et non une indication selon laquelle le régime législatif en soi est inconstitutionnel.

[128] Une communication inadéquate peut être résolue de différentes manières. Un détenu ou un représentant peut demander à la SI d'ajourner brièvement l'audience. On peut demander de reporter la date du prochain contrôle. Dans des cas extrêmes, une demande de contrôle judiciaire peut être présentée à la Cour selon une procédure accélérée.

3) Conditions de détention

[129] M. Brown se plaint que la SI n'a aucune compétence quant au lieu et aux conditions de détention, et que le paragraphe 58(1) de la LIPR autorise la SI à décider uniquement si une personne doit être détenue ou mise en liberté. La SI a exprimé un point de vue semblable, par exemple dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Jama*, [2007] D.S.I. n° 6 (QL) (C.I.S.R.) [au paragraphe 58] :

Les agents du ministre ont la responsabilité de déterminer le lieu de détention dans un cas donné. La SI n'a pas le pouvoir, d'après ce que je sais, d'ordonner que la détention se poursuive dans un lieu précis comme, dans le cas présent, un établissement psychiatrique.

[130] M. Brown cite l'arrêt de la Cour suprême *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621 (*Hufsky*), au paragraphe 13 [pages 632 et 633], à l'appui de la thèse selon laquelle l'ASFC ne peut pas exercer un pouvoir discrétionnaire

individuals “wherever and however it sees fit”. *Hufsky* concerned a “spot check” procedure intended to curb drunk drivers. The Supreme Court held that detention of individuals by police officers amounted to arbitrary detention because there were no criteria for the selection of the drivers to be stopped and subjected to the spot check procedure. The selection was in the absolute discretion of the police officer. This discretion was held to be arbitrary because there were no criteria, express or implied, to govern its exercise.

[131] By contrast, there are criteria that govern the location and conditions of detention of those held under the IRPA. Mr. Helsdon explained the factors that determine whether a detainee is held in an IHC or a provincial correctional facility. The NRAD tool is intended to promote consistent risk assessment practices, including with respect to location of detention. The respondents acknowledge that the NRAD process is still under development, but this does not mean that there are no intelligible guidelines governing the location and conditions of detention.

[132] Mr. Brown nevertheless maintains that the ID, rather than the CBSA or corrections officials, is constitutionally required to exercise control over the location and conditions of detention. In *P.S.*, the Ontario Court of Appeal held that provisions of the Ontario *Mental Health Act*, R.S.O. 1990, c. M.7 that dealt with involuntary committal violated section 7 of the Charter by allowing for indeterminate detention without adequate procedural safeguards. The Ontario Court of Appeal said the following at paragraph 92:

In sum, the case law suggests that in the non-punitive detention context, s. 7 requires the body reviewing detention to have the procedures and powers necessary to render a decision that is minimally restrictive on liberty in light of the circumstances necessitating the detention. [Emphasis added.]

absolu de détenir des personnes [TRADUCTION] « comme elle l’entend ». L’affaire *Hufsky* portait sur une « procédure d’arrêts au hasard » visant à réprimer la conduite en état d’ébriété. La Cour suprême du Canada a conclu que la détention de personnes par la police équivalait à une détention arbitraire, parce qu’il n’y avait pas de critère de sélection de conducteurs à qui on demanderait de s’arrêter et de se soumettre au contrôle routier ponctuel. La sélection était laissée à l’entière discrétion de l’agent de police. Il a été jugé que ce pouvoir discrétionnaire était arbitraire, parce qu’il n’y avait pas de critère, exprès ou tacite, qui en régissait l’exercice.

[131] En revanche, il existe des critères qui régissent le lieu et les conditions de détention des personnes détenues en vertu de la LIPR. M. Helsdon a expliqué les facteurs qui déterminent le lieu où une personne est détenue dans un CSI ou un établissement correctionnel provincial. L’outil ENRD vise à favoriser des pratiques uniformes d’évaluation du risque, y compris en ce qui concerne le lieu de la détention. Les défendeurs admettent que le processus de l’ENRD est encore en cours d’élaboration, mais cela ne signifie pas qu’il n’existe pas d’indications intelligibles qui régissent le lieu et les conditions de détention.

[132] M. Brown soutient néanmoins que la SI, plutôt que l’ASFC ou les agents correctionnels, est constitutionnellement tenue d’exercer un contrôle sur le lieu et les conditions de détention. Dans l’arrêt *P.S.*, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que les dispositions de la *Loi sur la santé mentale* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. M.7, qui portent sur l’incarcération involontaire contrevenaient à l’article 7 de la Charte, en ce sens qu’elles autorisent une détention pour une période indéterminée en l’absence de toute mesure adéquate de protection procédurale. La Cour d’appel de l’Ontario a formulé les observations suivantes, au paragraphe 92 :

[TRADUCTION] En somme, la jurisprudence semble indiquer que, dans le contexte d’une détention non punitive, l’article 7 exige que l’organisme qui examine la détention dispose de procédures et de pouvoirs nécessaires pour rendre une décision qui limite le moins possible la liberté compte tenu des circonstances qui justifient la détention. [Non souligné dans l’original.]

[133] One of the authorities relied upon by the Ontario Court of Appeal in *P.S. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214 (T.D.) (*Sahin*), which concerned immigration detention. In *Sahin*, Justice Rothstein confirmed that members of the ID have the jurisdiction to exercise extensive powers to decide important questions of law and fact, including those that implicate a detainee's Charter rights [at page 230]:

... In my opinion, when making a decision as to whether to release or detain an individual under subsection 103(7) of the *Immigration Act*, an adjudicator must have regard to whether continued detention accords with the principles of fundamental justice under section 7 of the Charter. As I have earlier observed, it is not the words of section 103 that vest adjudicators with such jurisdiction, but rather, the application of Charter principles to the exercise of discretion under section 103.

[134] Justice Rothstein then offered some observations on what should be taken into account by adjudicators, and provided a non-exhaustive list of the more obvious considerations. These included (*Sahin*, at paragraph 30 [page 231]):

... The availability, effectiveness and appropriateness of alternatives to detention such as outright release, bail bond, periodic reporting, confinement to a particular location or geographic area, the requirement to report changes of address or telephone numbers, detention in a form that could be less restrictive to the individual, etc.

[135] Justice Rothstein did not suggest that the ID must personally exercise control over the location and conditions of detention; he found only that the ID must consider the availability, effectiveness and appropriateness of alternatives to detention. In this respect, immigration detention may be distinguished from detention under the Ontario *Mental Health Act*. Subsection 4(2) of the IRPA specifically assigns responsibility for the detention of immigration detainees to the Minister of PSEP:

[133] Dans l'arrêt *P.S.*, la Cour d'appel de l'Ontario a invoqué notamment la décision *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1^{re} inst.) (*Sahin*), qui portait sur la détention dans le contexte de l'immigration. Dans la décision *Sahin*, le juge Rothstein a confirmé que les arbitres de la SI sont investis de pouvoirs étendus pour se prononcer sur d'importantes questions de fait et de droit, y compris celles qui touchent les droits d'un détenu garantis par la Charte [à la page 230] :

[...] À mon avis, lorsque l'arbitre décide s'il faut mettre en liberté ou détenir un individu en application du paragraphe 103(7) de la *Loi sur l'immigration*, il doit examiner si la prolongation de la détention est conforme aux principes de justice fondamentale ainsi que l'exige l'article 7 de la Charte. Comme je l'ai fait remarquer *supra*, l'arbitre ne tient pas cette compétence des termes de l'article 103, mais de l'application des principes consacrés par la Charte à l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 103.

[134] Le juge Rothstein a formulé des observations concernant les facteurs qui devaient être pris en compte par les arbitres, et a fourni une liste non exhaustive des facteurs les plus évidents. Ils comprennent notamment (*Sahin*, au paragraphe 30 [page 231]) :

[...] La disponibilité, l'efficacité et l'opportunité d'autres solutions que la détention, telles que la mise en liberté, la liberté sous caution, la comparution au contrôle périodique, la résidence surveillée dans un lieu ou une localité, l'obligation de signaler les changements d'adresse ou de téléphone, la détention sous une forme moins restrictive de liberté, etc.

[135] Le juge Rothstein n'a pas suggéré que la SI doive personnellement exercer un contrôle sur le lieu et les conditions de la détention; il a uniquement conclu que la SI doit tenir compte de la disponibilité, l'efficacité et l'opportunité d'autres solutions que la détention. À cet égard, il est possible de faire une distinction entre la détention dans le contexte de l'immigration et la détention aux termes de la *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario. Le paragraphe 4(2) de la LIPR attribue précisément la responsabilité de la détention des personnes détenues dans le contexte de l'immigration au ministre de la SPPC :

4 [...]

Minister of Public Safety and Emergency Preparedness

(2) The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness is responsible for the administration of this Act as it relates to

[...]

(b) the enforcement of this Act, including arrest, detention and removal.

[136] 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). Neither Mr. Brown nor the EIDN cited any authority for the proposition that these provisions are unconstitutional.

[137] In the immigration context, the CBSA makes an initial determination of where an individual should be detained. Thereafter, detainees held in an IHC may challenge the location or conditions of their detention directly to the CBSA. Detainees held in a provincial correctional facility may challenge the location or conditions of their detention in accordance with the procedures of that facility. Detainees may also bring applications for *habeas corpus* or judicial review in a superior court.

[138] The ID's lack of jurisdiction over the location and conditions of detention therefore does not contravene either section 7 or section 9 of the Charter. An ID member is constitutionally required to consider the availability, effectiveness and appropriateness of alternatives to detention, as well as less restrictive forms of detention, before deciding whether an individual should be released. Thereafter, responsibility for the location and conditions of detention rests with the CBSA or provincial correctional authorities. Detainees may challenge

4 [...]

Compétence du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile

(2) Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile est chargé de l'application de la présente loi relativement :

[...]

b) aux mesures d'exécution de la présente loi, notamment en matière d'arrestation, de détention et de renvoi.

[136] Les lois fédérales et de l'Ontario qui encadrent la détention de personnes 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). Ni M. Brown ni le EIDN n'ont cité de jurisprudence à l'appui de la thèse selon laquelle ces dispositions étaient inconstitutionnelles.

[137] Dans le contexte de l'immigration, l'ASFC prend la décision initiale quant au lieu de détention d'une personne. Par la suite, les personnes détenues dans un CSI peuvent contester le lieu ou les conditions de leur détention directement auprès de l'ASFC. Les personnes détenues dans un établissement correctionnel provincial peuvent contester le lieu ou les conditions de leur détention conformément aux procédures de l'établissement en question. Les personnes détenues peuvent également présenter une demande d'*habeas corpus* ou de contrôle judiciaire à une cour supérieure.

[138] L'absence de compétence de la SI par rapport au lieu et aux conditions de la détention ne contrevient donc pas aux articles 7 ou 9 de la Charte. Un commissaire de la SI est tenu sur le plan constitutionnel de prendre en compte la disponibilité, l'efficacité et l'opportunité d'autres solutions que la détention, de formes de détention moins restrictives, avant de décider si une personne devrait être mise en liberté. Par la suite, la responsabilité relative au lieu et aux conditions de la détention relève de l'ASFC ou des autorités correctionnelles provinciales.

the location and conditions of their detention in a variety of ways, consistent with the requirements of the Charter (*Charkaoui*, at paragraph 96).

(4) Alternatives to Detention

[139] Mr. Brown and the EIDN assert that the ID lacks jurisdiction to fashion alternatives to detention, and has no duty to consider them before ordering that an individual be detained. This argument appears to be premised on the faulty assumption that an individual facing the possibility of detention must satisfy a “reverse onus” before securing release. However, as previously discussed, the onus is always on the Minister of PSEP to demonstrate that there are reasons warranting detention or continued detention. It is only once the Minister of PSEP has established a *prima facie* case for continued detention that the individual must lead some evidence, or risk being detained (*Thanabalasingham*, at paragraph 16).

[140] Paragraph 248(e) of the Regulations imposes a positive obligation on the ID to consider alternatives to detention:

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:

...

(e) the existence of alternatives to detention.

[141] This is consistent with Justice Rothstein’s observation in *Sahin* that before ordering that an individual be detained, the ID must consider the availability, effectiveness and appropriateness of alternatives to detention.

(5) Unreasonable Detention

Les personnes détenues peuvent contester le lieu et les conditions de leur détention par l’entremise de plusieurs moyens, conformément aux exigences de la Charte (*Charkaoui*, au paragraphe 96).

4) Solutions de rechange à la détention

[139] M. Brown et le EIDN soutiennent que la SI n’a pas la compétence requise pour imposer des solutions de rechange à la détention, et qu’elle n’a pas le devoir de les prendre en considération avant d’ordonner la détention d’une personne. Cet argument semble fondé sur l’hypothèse erronée qu’il incombe à la personne qui risque la détention de s’acquitter du fardeau de la preuve avant d’obtenir sa mise en liberté. Toutefois, comme il a été relevé précédemment, il appartient toujours au ministre de la SPPC de démontrer qu’il existe des motifs justifiant la détention ou le maintien de la détention. C’est seulement une fois que le ministre a établi *prima facie* qu’il y a lieu de maintenir la détention d’une personne que cette dernière doit présenter une certaine preuve contraire sinon elle risque d’être maintenue en détention (*Thanabalasingham*, au paragraphe 16).

[140] L’alinéa 248e) du Règlement impose une obligation positive à la SI de prendre en compte des solutions de rechange à la détention :

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 :

[...]

e) l’existence de solutions de rechange à la détention.

[141] Cette obligation est compatible avec l’observation formulée par le juge Rothstein dans la décision *Sahin* selon laquelle la SI doit prendre en compte la disponibilité, de l’efficacité et de l’opportunité d’autres solutions que la détention avant d’ordonner la détention d’une personne.

5) Détention déraisonnable

[142] Mr. Brown says that lengthy, indefinite detention contravenes the principles of fundamental justice contrary to section 7 of the Charter, and may result in arbitrary detention contrary to section 9. He argues that detention will violate both sections 7 and 9 of the Charter where “there is no reasonable prospect that the detention’s immigration-related purposes will be achieved within a reasonable time”.

[143] Mr. Brown and the EIDN advocate a maximum time limit for detention. Following the example of other countries, Mr. Brown suggests that detention for immigration purposes should be presumed to be unconstitutional after six months, and that detention for the purpose of removal should never exceed 18 months. The EIDN advocates a presumptive period of three months. They cite the European Union Return Directive [*Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals*, [2008] O.J. L 348/98], the United Nations High Commissioner for Refugees’ *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, the decision of the U.S. Supreme Court in *Zadvydas*, and the decision of the United Kingdom Supreme Court in *Lumba v. Secretary of State for the Home Department*, 2010 EWCA Civ 111, [2011] UKSC 12 (*Lumba*).

[144] In *Ali v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 2660, 382 C.R.R. (2d) 137 (*Ali*), at paragraph 17, Justice Ian Nordheimer of the Ontario Superior Court of Justice held that continued detention is proper only so long as it is necessary to further a legitimate immigration purpose: “A detention cannot be justified if it is no longer reasonably necessary to further the machinery of immigration control” (citing *Chaudhary*, at paragraph 81). *Ali* concerned an individual whose nationality could not be ascertained, and who was said to be uncooperative with Canadian authorities

[142] M. Brown soutient qu’une longue détention d’une durée indéterminée contrevient aux principes de justice fondamentale, ce qui est contraire à l’article 7 de la Charte, et peut donner lieu à une détention arbitraire en violation de l’article 9 de la Charte. Il fait valoir que la détention contrevient aux articles 7 et 9 de la Charte [TRADUCTION] « lorsqu’il n’y a aucune chance que les objectifs relatifs à la détention dans le contexte de l’immigration seront atteints dans un délai raisonnable ».

[143] M. Brown et le EIDN militent en faveur de l’établissement d’une période maximale de détention. À l’instar de ce qui se fait dans d’autres pays, M. Brown propose que la détention dans le contexte de l’immigration soit présumée inconstitutionnelle après une période de six mois et que la détention aux fins de renvoi ne dépasse jamais une période de 18 mois. Les représentants du EIDN défendent l’établissement d’une période présumée de trois mois. Ils citent la Directive sur le retour de l’Union européenne [*Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, J.O. L 348/98], les *Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d’asile et alternatives à la détention* du Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l’affaire *Zadvydas*, et la décision de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l’affaire *Lumba v. Secretary of State for the Home Department*, 2010 EWCA Civ 111, [2011] UKSC 12 (*Lumba*).

[144] Au paragraphe 17 de la décision *Ali v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 2660, 332 C.R.R. (2d) 137 (*Ali*), le juge Ian Nordheimer de la Cour supérieure de justice de l’Ontario a statué que la détention continue est appropriée à condition qu’elle serve à poursuivre l’atteinte d’un objectif légitime en matière d’immigration : [TRADUCTION] « Une détention ne peut être justifiée si elle n’est plus raisonnablement nécessaire à l’appui du mécanisme de contrôle de l’immigration » (citant *Chaudhary*, au paragraphe 81). L’affaire *Ali* portait sur le cas d’une personne dont la nationalité ne pouvait

in their efforts to establish his country of origin. Justice Nordheimer said the following at paragraph 27:

The onus remains on the Government to justify a continued detention. In order to do so, the Government must establish that the continued detention remains hinged to the immigration purpose for which the detention was originally ordered. To authorize the Government to hold a person indefinitely, solely on the basis of noncooperation, would be fundamentally inconsistent with the well-established principles underlying ss. 7 and 9 of the *Charter*. It would also be contrary to Canada's human rights obligations. [Footnote omitted.]

[145] In *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Lunyamila*, 2016 FC 1199, [2017] 3 F.C.R. 428 (*Lunyamila*), at paragraph 32, Chief Justice Paul Crampton found that the ID had erred in ordering the release of a detainee solely on the basis that, in the absence of his ability to obtain and provide identification documents, his detention had effectively become indefinite. Chief Justice Crampton noted that “[i]t is now settled law that the indefinite nature of an individual’s detention under the IRPA is only one factor to be considered when conducting a detention review, and cannot be treated as determinative” (*Lunyamila*, at paragraph 32; see also *Ahmed v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 876, at paragraphs 25–26).

[146] In *Chaudhary*, the Ontario Court of Appeal acknowledged at paragraph 81 that the reasonableness of detention for immigration-related purposes will depend on the circumstances. The decision of the Federal Court of Appeal in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Li*, 2009 FCA 85, [2010] 2 F.C.R. 433 (*Li*) is to similar effect (at paragraph 3):

... In the present instance, the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board of Canada (the Division) was called upon to determine whether and

être vérifiée et qui se serait montrée peu coopérative avec les autorités canadiennes dans le cadre de leurs efforts en vue de déterminer son pays d’origine. Le juge Nordheimer a déclaré ce qui suit au paragraphe 27 :

[TRADUCTION] Il incombe au gouvernement de démontrer que la détention continue est justifiée. À cette fin, le gouvernement doit établir que le maintien de la détention repose encore sur l’objectif en matière d’immigration pour lequel la détention a été initialement ordonnée. Autoriser le gouvernement à détenir une personne pour une durée indéterminée, uniquement sur la base de l’absence de coopération, serait fondamentalement incompatible avec les principes bien établis qui sous-tendent les articles 7 et 9 de la Charte. Cela irait également à l’encontre des obligations du Canada en matière de droit de la personne. [Note de bas de page omise.]

[145] Dans la décision *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Lunyamila*, 2016 CF 1199, [2017] 3 R.C.F. 428 (*Lunyamila*), au paragraphe 32, le juge en chef Paul Crampton a statué que la SI avait erré en ordonnant la mise en liberté d’une personne détenue en se basant seulement sur le fait que la durée de la détention était effectivement devenue indéterminée, étant donné que cette personne n’était pas en mesure d’obtenir et de fournir des documents d’identification. Le juge en chef Crampton a souligné qu’il « est maintenant établi en droit que la nature indéterminée de la détention d’une personne en vertu de la LIPR n’est qu’un des facteurs à prendre en compte au moment de procéder à un examen des motifs de détention et qu’elle ne peut être traitée comme un facteur déterminant » (*Lunyamila*, au paragraphe 32; voir également la décision *Ahmed c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 876, aux paragraphes 25 et 26).

[146] Au paragraphe 81 de l’arrêt *Chaudhary*, la Cour d’appel de l’Ontario a reconnu que le caractère raisonnable de la détention dans le contexte de l’immigration dépend des circonstances. La décision de la Cour d’appel fédérale dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Li*, 2009 CAF 85, [2010] 2 R.C.F. 433 (*Li*) va dans le même sens (au paragraphe 3) :

[...] Dans le cas qui nous occupe, la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la Section) était appelée à déterminer dans

when a legitimate long detention becomes an indefinite detention in breach of section 7 of the Charter. As put by the appellant's counsel, when is enough enough? Unfortunately, there is no single, simple and satisfactory answer. It all depends on the facts and circumstances of the case.

[147] In *Lumba*, Lord Dyson of the U.K. Supreme Court invoked the “*Hardial Singh*” principles, derived from *R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Hardial Singh*, [1984] 1 All E.R. 983, [1984] 1 W.L.R. 704 (Q.B.) (at paragraph 22) [of *Lumba*]:

(i) The Secretary of State must intend to deport the person and can only use the power to detain for that purpose;

(ii) The deportee may only be detained for a period that is reasonable in all the circumstances;

(iii) If, before the expiry of the reasonable period, it becomes apparent that the Secretary of State will not be able to effect deportation within a reasonable period, he should not seek to exercise the power of detention;

(iv) The Secretary of State should act with reasonable diligence and expedition to effect removal.

[148] The European Court of Human Rights, in *J.N. v. United Kingdom*, Application No. 37289/12, judgment dated May 19, 2016, considered the approach adopted by the U.K. courts, and confirmed at paragraphs 90–91 that Article 5 of the European Convention on Human Rights [*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221] does not prescribe maximum time limits for detention pending deportation.

[149] The *Hardial Singh* principles are broadly consistent with the evolution of the common law in Canada. However, as Lord Dyson noted in *Lumba* at paragraph 53, they do not involve a consideration of the risk that a detainee might reoffend or abscond. These

quels cas une détention légitime de longue durée devient une détention d'une durée indéterminée qui enfreint l'article 7 de la Charte. Pour reprendre la formule employée par l'avocate de l'appellant, quand peut-on dire qu'on a dépassé la mesure? Malheureusement, il n'existe pas de réponse simple, tranchée et satisfaisante à cette question. Tout dépend des faits et des circonstances de l'affaire.

[147] Dans l'arrêt *Lumba*, lord Dyson de la Cour suprême du Royaume-Uni a invoqué les principes « *Hardial Singh* », tirés de 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.) (au paragraphe 22) [de l'arrêt *Lumba*]:

[TRADUCTION]

(i) Le secrétaire d'État doit avoir l'intention d'expulser la personne et peut seulement utiliser le pouvoir de détention à cette fin;

(ii) La personne expulsée peut seulement être détenue pendant une période raisonnable compte tenu de toutes les circonstances;

(iii) S'il devient évident que le secrétaire d'État ne sera pas en mesure de procéder à l'expulsion dans un délai raisonnable avant l'échéance de la période raisonnable, il ne devrait pas tenter d'exercer le pouvoir de détention;

(iv) Le secrétaire d'État devrait agir de manière diligente et prompte en vue de procéder à l'expulsion.

[148] Dans l'affaire *J.N. c. Royaume-Uni*, requête 37289/12, arrêt en date du 19 mai 2016, la Cour européenne des droits de l'homme a examiné l'approche adoptée par les tribunaux du Royaume-Uni, et a confirmé aux paragraphes 90 et 91 que l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme [*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221] ne prescrit pas une durée maximale de la détention avant l'expulsion.

[149] Les principes « *Hardial Singh* » sont de manière générale en harmonie avec l'évolution de la common law au Canada. Toutefois, comme l'a soulevé lord Dyson au paragraphe 53 de l'arrêt *Lumba*, ils ne tiennent pas compte des risques de récidive ou de disparation que peut

factors are often found by Canadian courts and tribunals to have a significant bearing on the assessment of whether continued detention is justified in the circumstances (see, for example, *Lunyamila*, at paragraphs 59 and 66).

[150] Mr. Brown notes that in *Charkaoui*, the Supreme Court cautioned at paragraphs 130 and 131 that a problem could arise under section 15 of the Charter if the IRPA were used not for the purpose of deportation, but to detain solely on security grounds. This argument is similar in structure to the one premised on section 9 of the Charter. The question is whether detention has become “unhinged” from the state’s purpose of deportation. The answer to this concern lies in an effective review process that permits a consideration of all matters relevant to the deportation. In Mr. Brown’s case, Justice O’Marra was satisfied that his detention continued to be for the valid purpose of deportation until he was finally removed in September 2016.

[151] What emerges from the Canadian jurisprudence, even when considered in light of foreign authorities, is that the reasonableness of an individual’s detention will vary with the circumstances. In *Ali*, a detention of more than seven years was held to be unreasonable due to its indeterminate length, and the absence of any reasonable prospect that the situation would change. In *Lunyamila*, the threat to the public posed by the detainee and his lack of cooperation were held to be factors militating against his release, despite the fact that his detention had continued for more than three years. In Mr. Brown’s case, which his counsel acknowledged is the most severe of the examples presented to the Court in this application for judicial review, a detention of more than five years in a maximum security facility was found not to contravene the Charter (*Brown* ONSC).

[152] I therefore conclude that the absence of a time period in the IRPA and the Regulations beyond which detention is presumed to be unconstitutional, or the

présenter une personne détenue. Les cours de justice et tribunaux canadiens estiment souvent que ce sont des facteurs importants lorsqu’on détermine si le maintien d’une détention est justifié compte tenu des circonstances (voir, par exemple, la décision *Lunyamila*, aux paragraphes 59 et 66).

[150] M. Brown fait valoir que, dans l’arrêt *Charkaoui*, la Cour suprême a indiqué, aux paragraphes 130 et 131, qu’un problème pourrait survenir aux termes de l’article 15 de la Charte si la LIPR était utilisée non pas en vue d’expulser une personne, mais pour la détenir pour des motifs de sécurité. Cet argument est semblable à celui fondé sur l’article 9 de la Charte. La question est de savoir si la détention n’est plus en harmonie avec l’objectif d’expulsion de l’État. La réponse à cette préoccupation repose sur un processus de contrôle efficace qui permet la prise en compte de tous les facteurs liés à l’expulsion. Dans le cas de M. Brown, le juge O’Marra était convaincu que sa détention demeurerait valide aux fins de l’objectif d’expulsion jusqu’à ce qu’il ait été finalement renvoyé en 2016.

[151] Ce qui ressort de la jurisprudence canadienne, même lorsqu’on en tient compte à la lumière des précédents étrangers, est que le caractère raisonnable de la détention d’une personne varie en fonction des circonstances. Dans la décision *Ali*, une détention de plus de sept ans a été jugée déraisonnable en raison de la durée indéterminée et de la probabilité raisonnable que la situation ne changerait pas. Dans la décision *Lunyamila*, la menace que représente la personne détenue pour le public et l’absence de coopération ont été jugées comme des facteurs qui militaient contre sa mise en liberté, malgré le fait que sa détention avait été maintenue pendant plus de trois ans. Dans le cas de M. Brown, il a été jugé qu’une détention de plus de cinq ans dans un établissement à sécurité maximale ne contrevenait pas à la Charte (*Brown* ONSC), bien que son avocat ait reconnu qu’il s’agissait de l’exemple le plus grave parmi ceux présentés à la Cour dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire.

[152] Je conclus par conséquent que l’absence d’une période prescrite dans la LIPR et le Règlement après laquelle la détention est présumée inconstitutionnelle ou

absence of a maximum limit on detention, do not violate section 7 or section 9 of the Charter. As the Federal Court of Appeal observed in *Li*, the question of when detention for immigration purposes is no longer reasonable does not have a single, simple answer. It depends on the facts and circumstances of the case. The matter falls to be determined by the ID, or by a superior court on an application for *habeas corpus* or on judicial review by this Court. The availability and effectiveness of these review mechanisms are sufficient to render the statutory scheme constitutional (*Charkaoui*, at paragraphs 28, 90, 96; *Sahin*, at paragraph 30).

E. Charter, Section 12

[153] Mr. Brown says that the IRPA and the Regulations violate section 12 of the Charter because they authorize detention that amounts to cruel and unusual treatment due to its length, indeterminacy and conditions. He argues that cruel and unusual punishment arises where a person is not accorded meaningful opportunities to challenge continued detention or conditions of release. He also alleges that section 12 of the Charter is infringed because: (a) detention may occur under conditions that are “harsh and *de facto* punitive”, particularly where detainees are held in provincial jails (e.g., lockdowns, solitary confinement, maximum-security constraints); (b) indeterminate detention and the uncertainty of release may have negative psychological effects; and (c) health care may be inadequate.

[154] The EIDN says that lengthy immigration detentions take a “serious toll” on detainees, including nightmares, hallucinations, concentration and memory problems, and feelings of helplessness. These are aggravated by the conditions in which detainees find themselves, including the stress of lockdowns, poor air quality and sanitation.

l’absence d’une période maximale relative à la détention ne contreviennent pas aux articles 7 ou 9 de Charte. Comme l’a souligné la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Li*, on ne peut donner une réponse simple et tranchée à la question de savoir à quel moment une détention dans le contexte de l’immigration dépasse la mesure. Tout dépend des faits et des circonstances de l’affaire. Cette question doit être tranchée par la SI, par une cour supérieure dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus* ou par cette Cour dans le cadre d’un contrôle judiciaire. La disponibilité et l’efficacité de ces mécanismes de contrôle suffisent pour rendre le régime législatif constitutionnel (*Charkaoui*, aux paragraphes 28, 90 et 96; *Sahin*, au paragraphe 30).

E. Article 12 de la Charte

[153] M. Brown soutient que la LIPR et le Règlement contreviennent à l’article 12 de la Charte, car ils autorisent une détention qui est assimilable à des traitements ou des peines cruels et inusités en raison de sa longueur, de sa durée indéterminée et de ses conditions. Il prétend que lorsqu’une personne n’a pas de moyens équitables à sa disposition pour contester le maintien de sa détention ou les conditions de sa mise en liberté, on peut conclure qu’il s’agit d’une peine cruelle et inusitée. Il allègue également qu’il y a violation de l’article 12 de la Charte, car : a) la détention peut avoir lieu dans des conditions « difficiles et punitives *de facto* », surtout lorsque les personnes sont détenues dans des prisons provinciales (p. ex., confinement aux cellules, isolement cellulaire, contraintes liées à la sécurité maximale); b) la détention à durée indéterminée et l’incertitude quant à la mise en liberté peuvent entraîner des séquelles psychologiques; et c) les soins de santé peuvent être inadéquats.

[154] Le EIDN soutient que les détentions de longue durée dans le contexte de l’immigration ont de « graves répercussions » sur les personnes détenues; ces dernières peuvent notamment faire des cauchemars, avoir des hallucinations, connaître des problèmes de concentration et de mémoire, et éprouver un sentiment d’impuissance. Ces problèmes sont aggravés par les conditions mêmes de la détention, notamment le stress lié aux confinements aux cellules, ainsi que la mauvaise qualité de l’air et des installations sanitaires.

[155] Whether detention for immigration purposes constitutes cruel and unusual punishment or treatment was examined by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui*. There is nothing in the evidence or arguments presented in this case to justify a departure from the Supreme Court's analysis, which includes the following observations:

- (a) The threshold for breach of section 12 is high. Treatment or punishment is cruel and unusual if it is so excessive as to outrage standards of decency (at paragraph 95).
- (b) The 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. 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 (at paragraph 96).
- (c) 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. The same may be true of onerous conditions of release that seriously restrict a person's liberty without affording an opportunity to challenge the restrictions. Conversely, 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 (at paragraph 96).
- (d) Indefinite detention in circumstances where the detainee has no hope of release or recourse to a legal process to procure his or her release may cause psychological stress and therefore constitute cruel and unusual treatment (at paragraph 98).

[155] La question de savoir si la détention dans le contexte de l'immigration constitue une peine ou un traitement cruel ou inusité a été examinée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui*. Rien dans les éléments de preuve ou dans les arguments présentés en l'espèce ne justifie une dérogation à l'analyse de la Cour suprême, qui comporte les observations suivantes :

- (a) Le seuil de la violation de l'article 12 est élevé. Pour être cruel ou inusité, le traitement ou la peine doit être excessif au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine (au paragraphe 95).
- (b) La question de la peine cruelle et inusitée au sens de l'article 12 est étroitement liée aux considérations relatives à l'article 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 (au paragraphe 96).
- (c) L'absence de 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. Cela pourrait aussi valoir pour des conditions de libération sévères, qui restreignent sérieusement la liberté d'une personne sans qu'elle ait la possibilité de contester ces restrictions. Inversement, un système permettant à un détenu de contester sa détention et d'être libéré, s'il y a lieu, peut mener à la conclusion que la détention n'est ni cruelle ni inusitée (au paragraphe 96).
- (d) La détention d'une durée indéterminée dans des circonstances où le détenu n'a aucun espoir d'être libéré ni aucun recours légal pour obtenir une remise en liberté peut lui causer un stress psychologique et constituer un traitement cruel et inusité (au paragraphe 98).

[156] The Supreme Court of Canada’s analysis in *Charkaoui* supports the conclusion that the IRPA and the Regulations do not impose cruel and unusual treatment within the meaning of section 12 of the Charter. Although detentions may be lengthy, the IRPA, properly interpreted and applied, provides a process for reviewing detention and obtaining release, and for reviewing and amending conditions of release, where appropriate.

[157] In addition, I agree with the Respondents that the limited evidence adduced before the Court in this case is not sufficient to support broad declarations that detention for immigration purposes constitutes cruel and unusual punishment or treatment (*Trang v. Alberta (Edmonton Remand Centre)*, 2007 ABCA 263, 412 A.R. 215, at paragraph 18). Mr. Brown’s detention, which his counsel acknowledged was the most arduous of any described in the evidence on this application for judicial review, was found by the Ontario Superior Court of Justice not to violate section 12 of the Charter (*Brown* ONSC), at paragraph 112).

F. Charter, Section 1

[158] In light of the conclusion that sections 57 and 58 of the IRPA and sections 244 to 248 of the Regulations do not infringe sections 7, 9 or 12 of the Charter, it is unnecessary to consider whether any infringement could be justified under section 1 of the Charter.

VIII. Minimum Legal Requirements

[159] The following are the minimum requirements of lawful detention for immigration purposes under the IRPA and the Regulations.

- (a) The Minister of PSEP must act with reasonable diligence and expedition to effect removal of a detainee from Canada.

[156] L’analyse de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Charkaoui* étaye la conclusion selon laquelle la LIPR et le Règlement n’imposent pas un traitement cruel ou inusité au sens de l’article 12 de la Charte. Même si les périodes de détention peuvent être longues, lorsqu’on l’interprète et l’applique correctement, la LIPR établit un processus permettant de faire contrôler la détention et d’obtenir une mise en liberté, ainsi que de faire contrôler et modifier les conditions de libération, s’il y a lieu.

[157] De plus, je suis d’accord avec les défendeurs pour affirmer que la preuve limitée présentée devant la Cour dans cette affaire n’est pas suffisante pour étayer les déclarations imprécises selon lesquelles la détention dans le contexte de l’immigration constitue une peine ou un traitement cruel ou inusité (*Trang v. Alberta (Edmonton Remand Centre)*, 2007 ABCA 263, 412 A.R. 215, au paragraphe 18). La Cour supérieure de justice de l’Ontario a conclu que la détention de M. Brown ne violait pas l’article 12 de la Charte (*Brown* ONSC), au paragraphe 112), bien que l’avocat de ce dernier ait reconnu qu’il s’agissait de la détention la plus éprouvante parmi toutes celles décrites dans la preuve de cette présente demande de contrôle judiciaire.

F. Article premier de la Charte

[158] Compte tenu de la conclusion selon laquelle les articles 57 et 58 de la LIPR et les articles 244 à 248 du Règlement ne contreviennent pas aux articles 7, 9 ou 12 de la Charte, il n’est pas nécessaire d’examiner si toute violation pourrait être justifiée au regard de l’article premier de la Charte.

VIII. Exigences juridiques minimales

[159] Voici les exigences minimales juridiques à respecter pour qu’une détention dans le contexte de l’immigration soit légale aux termes de la LIPR et du Règlement.

- a) Le ministre de la SPPC doit agir de manière diligente et prompte en vue de procéder à l’expulsion de la personne détenue du Canada.

-
- | | |
|--|---|
| (b) The onus to demonstrate reasons that warrant detention or continued detention is always on the Minister of PSEP. | b) Il incombe toujours au ministre de la SPPC de démontrer qu’il existe des motifs justifiant la détention ou le maintien de la détention. |
| (c) Before ordering detention, the ID must consider the availability, effectiveness and appropriateness of alternatives to detention. | c) Avant d’ordonner la détention, la SI doit tenir compte de la disponibilité, l’efficacité et l’opportunité d’autres solutions que la détention. |
| (d) At each detention review, the ID must decide afresh whether continued detention is warranted. | d) À chaque contrôle de détention, la SI doit décider de nouveau si le maintien de la détention est justifié. |
| (e) Detention may continue only for a period that is reasonable in all of the circumstances, including the risk of a detainee absconding, the risk the detainee poses to public safety and the time within which removal is expected to occur. | e) La détention peut être maintenue seulement durant une période raisonnable compte tenu de toutes les circonstances, y compris le risque que la personne détenue s’esquive, la menace que représente cette personne pour la sécurité publique et le délai dans lequel son expulsion devrait avoir lieu. |
| (f) Once the Minister of PSEP has made out a <i>prima facie</i> case for continued detention, the individual must present some evidence or argument, or risk further detention. The Minister of PSEP may establish a <i>prima facie</i> case in a variety of ways, including reliance on reasons for prior detentions. | f) Une fois que le ministre de SPPC a établi <i>prima facie</i> qu’il y a lieu de maintenir la détention d’une personne, cette dernière doit présenter une certaine preuve contraire sinon elle risque d’être maintenue en détention. Le ministre de la SPPC peut établir une preuve <i>prima facie</i> de différentes façons, y compris en se fondant sur les motifs de décisions antérieures. |
| (g) The Minister of PSEP must provide reasonable notice of the evidence or information that will be relied upon at the detention review. Detainees or their representatives may request further disclosure, and ask that the enforcement officer be summoned to appear at the hearing. | g) Le ministre de SPPC doit donner un avis suffisamment à l’avance concernant la preuve ou l’information sur lesquelles sera fondé le contrôle de la détention. Les personnes détenues ou leurs représentants peuvent demander une divulgation supplémentaire et demander que l’agent d’exécution soit assigné à comparaître lors de l’audience. |
| (h) If insufficient disclosure is provided, a detainee or representative may ask the ID to briefly adjourn the hearing, or to bring forward the date of the next review. If necessary, an application for judicial review may be brought in this Court on an expedited basis. | h) Si la divulgation est insuffisante, une personne détenue ou son représentant peut demander que la SI ajourne brièvement l’audience ou qu’elle devance la date du prochain contrôle. Au besoin, une demande de contrôle judiciaire peut être présentée à la Cour selon la procédure accélérée. |
| (i) Detainees held in an IHC may challenge the location or conditions of their detention directly to the CBSA. Detainees held in a provincial correctional | i) Les personnes détenues dans un CSI peuvent contester le lieu ou les conditions de leur détention directement auprès de l’ASFC. Les personnes |

facility may challenge the location or conditions of their detention in accordance with the procedures of that facility. Detainees may also bring applications for *habeas corpus* or judicial review in a superior court.

IX. Certified Question

[160] Mr. Brown and the EIDN ask this Court to certify questions regarding the compliance of sections 57 and 58 of the IRPA and sections 244 to 248 of the Regulations with the Charter. The respondents oppose the certification of broad questions for appeal, on the ground that the legal issues raised by this case have previously been addressed by appellate courts, including the Supreme Court of Canada.

[161] I agree with the respondents that many of the legal principles that inform the constitutional analysis in this case are well-established, particularly following the Supreme Court of Canada's decision in *Charkaoui*, and the Federal Court of Appeal's decisions in *Sahin*, *Thanabalasingham* and *Li*. However, the Federal Court of Appeal has yet to consider whether the Charter imposes a requirement that detention for immigration purposes not exceed a prescribed period of time (e.g., six or three months), after which it is presumptively unconstitutional, or a maximum period (e.g., 18 months), after which release is mandatory.

[162] I am satisfied that the answer to this question (a) would be dispositive of the appeal; (b) transcends the interests of the immediate parties to the litigation; (c) contemplates issues of broad significance or general importance; and (d) arises from the case itself (*Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 113, [2015] 1 F.C.R. 335, rev'd on other grounds 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909). I therefore certify the following question for appeal:

détenues dans un établissement correctionnel provincial peuvent contester le lieu ou les conditions de leur détention conformément aux procédures de l'établissement en question. Les personnes détenues peuvent également présenter une demande d'*habeas corpus* ou de contrôle judiciaire à une cour supérieure.

IX. Question certifiée

[160] M. Brown et le EIDN demandent à la Cour de certifier certaines questions portant sur la conformité des articles 57 et 58 de la LIPR et des articles 244 à 248 du Règlement avec la Charte. Les défendeurs s'opposent à la certification de questions générales aux fins d'un appel, au motif que les questions de droit soulevées en l'espèce ont déjà été traitées par des cours d'appel, dont la Cour suprême du Canada.

[161] Je suis d'accord avec les défendeurs pour affirmer que de nombreux principes juridiques guidant l'analyse constitutionnelle en l'espèce sont bien établis, surtout à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Charkaoui* et des décisions de la Cour d'appel fédérale dans les affaires *Sahin*, *Thanabalasingham* et *Li*. Toutefois, la Cour d'appel fédérale ne s'est pas encore penchée sur 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 (par exemple, six ou trois mois), sans quoi la détention est présumée inconstitutionnelle, ou une période maximale (par exemple, 18 mois), sans quoi la mise en liberté est obligatoire.

[162] Je suis convaincu que la réponse à cette question : a) serait déterminante quant à l'issue de l'appel; b) transcende les intérêts des parties au litige; c) porte sur des questions ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale; d) elle découle de l'affaire elle-même (*Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 113, [2015] 1 R.C.F. 335, renversés pour d'autres motifs dans l'arrêt 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909). Je certifie donc la question suivante en vue d'un appel :

Does 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] 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?

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness is added as a respondent.
2. The application for judicial review is dismissed.
3. The following question is certified for appeal:

Does 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] 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?

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] 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?

JUGEMENT

LA COUR STATUE comme suit :

1. Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile est ajouté à titre de défendeur.
2. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
3. La question suivante est certifiée aux fins d'un appel :

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, no 44] 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?