

IMM-3730-94

IMM-3730-94

Bektas Sahin (Applicant)**Bektas Sahin (requérant)**

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration (Respondent)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (intimé)***INDEXED AS: SAHIN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: SAHIN c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)*

Trial Division, Rothstein J.—Toronto, September 27, 28, October 7, 19, 1994.

Section de première instance, juge Rothstein—Toronto, 27 et 28 septembre, 7 et 19 octobre 1994.

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Detention — Judicial review of Adjudicator's decision ordering applicant's continued detention under Immigration Act, s. 103(1) — Applicant detained upon arrival in Canada for lack of valid visa, passport, identification document — Found to be Convention refugee — Appeal process not exhausted so applicant might still have to leave — Adjudicator fearing applicant would not report for removal if released — Power of detention under s. 103 extraordinary — Adjudicator wrong in not taking into account principles of fundamental justice under Charter, s. 7 — Need to expedite proceedings before tribunals, Court when individuals detained.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Mise sous garde — Contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre de maintenir le requérant sous garde en application de la Loi sur l'immigration, art. 103(1) — Le requérant a été mis sous garde à son arrivée au Canada pour non-possession de visa, passeport ou pièce d'identité valide — Il s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention — Tant que les appels ne sont pas épuisés, il se peut que le requérant soit obligé de quitter le pays — L'arbitre craignait qu'une fois remis en liberté, le requérant ne se dérobe à la mesure de renvoi — Le pouvoir de détention prévu à l'art. 103 est un pouvoir extraordinaire — L'arbitre a commis une erreur faite d'avoir pris en considération les principes de justice fondamentale prescrits par l'art. 7 de la Charte — Nécessité d'expédier les procédures devant les tribunaux d'immigration et devant la Cour dans les cas où il y a détention.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Applicant found to be Convention refugee — Appeal process not complete — Detention order by Adjudicator based on opinion applicant would not report for removal — Applicant already detained 14 months — Whether contrary to Charter, ss. 7, 12 — Convention refugee entitled to Charter protection — Continued detention must accord with principles of fundamental justice under Charter, s. 7 — Public interest in continued detention must be weighed against liberty interest of individual — Failure to take into account considerations required by s. 7 error of law.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Le requérant s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention — Les appels ne sont pas épuisés — L'ordonnance de mise sous garde de l'arbitre a été motivée par la conclusion que le requérant se déroberait à la mesure de renvoi — Le requérant est détenu depuis 14 mois — Il échet d'examiner s'il y a eu violation des art. 7 et 12 de la Charte — Un réfugié au sens de la Convention a droit à la protection de la Charte — Le maintien de la détention doit être conforme aux principes de justice fondamentale établis par l'art. 7 de la Charte — Il faut mettre dans la balance l'intérêt public que représente le maintien de la détention et le droit à la liberté de l'individu — Le défaut de prendre en considération les facteurs visés à l'art. 7 constitue une erreur de droit.

This was an application for judicial review of an adjudicator's decision ordering that the applicant remain in detention on the basis that he would not report for removal if required to do so. The applicant, a citizen of Turkey, was detained upon his arrival in Canada in July 1993 and has remained in detention since then. A conditional departure order was issued against him as he was not in possession of a valid visa, and passport or identification or travel document as required by subsection 9(1) of the *Immigration Act* and subsection 14(1) of the *Immigration Regulations*. In the meantime, the applicant's refugee claim was heard by a panel of the Convention Refugee Determination Division which determined that he was a Con-

Recours en contrôle judiciaire contre la décision par laquelle un arbitre a ordonné le maintien de la détention du requérant, par ce motif que si celui-ci était remis en liberté, il n'obtempérerait pas à la mesure de renvoi. Le requérant, citoyen de la Turquie, a été mis sous garde dès son arrivée au Canada en juillet 1993. Une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle a été prise contre lui, du fait qu'il n'avait en sa possession ni visa ni passeport ou pièce d'identité ou document de voyage en cours de validité, tels que les prescrivent le paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration* et le paragraphe 14(1) du *Règlement sur l'immigration*. Entre-temps, la revendication du statut de réfugié du requérant a été entendue par un tribunal de la

vention refugee. His detention has been reviewed at least every 30 days as required by section 103 of the *Immigration Act*. The issue herein concerned the validity of the last detention order dated August 2, 1994.

Held, the case should be returned to an adjudicator for re-determination.

Applicant's first argument, that section 103 of the *Immigration Act* does not contemplate detention solely on the basis of an applicant refusing to return to a country in which he fears persecution, was unacceptable. The fact that an individual expresses a well-founded fear of persecution or that a tribunal has found someone to be a Convention refugee does not allow such person to ignore the provisions of the *Immigration Act*. Until all appeals have been disposed of, a person might still be found not to be a Convention refugee and it is that eventuality that justifies the continuance of conditional removal orders against such persons. It is consistent with the objective that persons be detained when the Minister is of the opinion that they would not appear for removal if a removal order is to be executed. There was a real possibility of the applicant being forced to return to Turkey as long as there were proceedings outstanding which might result in him being found not to be a Convention refugee. It would not be appropriate, in this judicial review of the detention order, to interfere with the Minister's application for judicial review of the CRDD decision which, in effect, is what the Court would be doing if it were to find that the likelihood of the applicant being removed is remote.

A person who is in Canada and has been found to be a Convention refugee is entitled to the protection of section 7 of the Charter. Since detention under section 103 of the *Immigration Act* is not for the purpose of punishment after conviction, but in anticipation of an individual's likely danger to the public or likely failure to appear for inquiry, examination or removal, such detention may not be indefinite. The applicant has been detained for over fourteen months because of the existence of a conditional removal order pending the judicial review of the decision finding him to be a Convention refugee. Not only is there an interest on the part of the individual to limit detention but also the cost of detaining persons for lengthy periods is such that the government itself has an interest in minimizing detention. Section 7 Charter considerations are relevant to the exercise of discretion by an adjudicator under section 103 of the *Immigration Act* which confers on him a necessary, but enormous power over individuals. The power of detention in respect of them is, while necessary, still extraordinary. Fundamental justice requires that a fair balance be struck between the interest of the person who claims his liberty has been limited and the protection of society. What amounts to an indefinite detention for a lengthy period of time may, in an appropriate case, constitute a deprivation of liberty that is not in accordance with the principles of fundamental justice. There are a number of considerations which should be taken into account by adjudicators when making a decision to release or detain an

section du statut de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, laquelle a conclu qu'il était un réfugié au sens de la Convention. Sa détention a fait l'objet d'un examen au moins une fois tous les 30 jours conformément à l'article 103 de la *Loi sur l'immigration*. Ce recours vise à contester la validité de la dernière ordonnance de mise sous garde en date du 2 août 1994.

Jugement: l'affaire doit être renvoyée à l'arbitre pour nouvelle instruction.

Le premier argument du requérant, savoir que l'article 103 de la *Loi sur l'immigration* ne prévoit pas la détention du seul fait que l'intéressé refuse de retourner dans un pays où il craint d'être persécuté, n'est pas valide. Le seul fait qu'un individu ait exprimé cette crainte ou que le tribunal ait conclu qu'il est un réfugié au sens de la Convention, ne lui permet pas d'ignorer les dispositions de la *Loi sur l'immigration*. Tant que les appels n'auront pas tous été épuisés, il se peut toujours qu'une personne soit jugée inadmissible au statut de réfugié, et c'est cette possibilité qui justifie le maintien de la mesure de renvoi conditionnel à son égard. C'est cet objectif qui justifie que des personnes soient mises sous garde si le ministre estime qu'elles se déroberont à la mesure de renvoi. Il y avait une véritable possibilité de renvoi forcé du requérant en Turquie au cas où il serait jugé qu'il n'est pas un réfugié au sens de la Convention. La Cour ne doit pas, dans ce recours exercé contre l'ordonnance de mise sous garde, faire obstacle au recours du ministre en contrôle judiciaire contre la décision de la CISR, et c'est exactement ce qui se produirait si elle devait conclure qu'il est peu probable que le requérant soit renvoyé.

Une personne qui se trouve au Canada et qui s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention a droit à la protection de l'article 7 de la Charte. Étant donné que la mise sous garde prévue à l'article 103 de la *Loi sur l'immigration* n'est pas une peine, mais une mesure préventive à l'égard de l'individu qui peut constituer une menace pour la sécurité publique ou se dérober à l'enquête, à l'interrogatoire ou au renvoi, elle ne peut pas durer indéfiniment. Le requérant est détenu depuis plus de 14 mois, à cause de l'existence d'une mesure de renvoi conditionnel, subordonnée à l'issue du contrôle judiciaire de la décision lui reconnaissant le statut de réfugié. La détention doit être limitée non seulement du point de vue de l'individu, mais aussi du point de vue des autorités gouvernementales, car la détention de gens pendant de longues périodes est coûteuse et les autorités gouvernementales elles-mêmes ont intérêt à la réduire au minimum. L'arbitre doit tenir compte de l'article 7 de la Charte lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire qu'il tient de l'article 103 de la *Loi sur l'immigration*, qui l'investit d'un pouvoir nécessaire, mais énorme, sur les individus. Le pouvoir d'ordonner la détention dans ce contexte est extraordinaire, tout nécessaire qu'il soit. La justice fondamentale exige un équilibre entre le droit de la personne qui soutient que sa liberté a été limitée et la protection de la société. Une détention indéterminée pendant une longue période peut, dans certains cas, constituer une privation de liberté qui n'est pas conforme aux principes de justice fonda-

individual under subsection 103(7) of the *Immigration Act*. A consideration that deserves significant weight is the amount of time that it is anticipated will pass until a final decision determines whether the applicant may remain in Canada or must leave. *Immigration proceedings should be expedited when persons are detained in custody under section 103*. The public interest in detaining a person when there are grounds for believing that he would not appear for examination, inquiry or removal must be weighed against the liberty interest of the individual. In many cases, the most satisfactory course of action will be to detain the individual but expedite the immigration proceedings. Having regard to the liberty interest of the individual and the financial interest of the government in minimizing detentions, detention cases must be given priority. While the Adjudicator properly complied with the statutory mandate of subsection 103(7) of the *Immigration Act*, he did not take into account the considerations required by section 7 of the Charter. The failure to do so constituted an error of law. The question of the applicant's continued detention must be returned to an adjudicator for redetermination which should take place as soon as possible.

mentale. L'arbitre doit prendre en compte certains facteurs pour décider s'il faut mettre en liberté ou détenir un individu en application du paragraphe 103(7) de la *Loi sur l'immigration*. Un facteur qui doit peser lourd dans la balance est le temps qui se passera avant qu'on n'arrive à une décision définitive qui fera que le requérant peut rester au Canada ou qu'il doit s'en aller. Il faut expédier les procédures d'immigration dans le cas des personnes détenues en application de l'article 103. Il faut mettre dans la balance l'intérêt public et le droit à la liberté de la personne dont on a lieu de penser qu'elle se dérobera à l'interrogatoire, à l'enquête ou au renvoi. Dans nombre de cas, la solution la plus satisfaisante consistera à détenir l'intéressé et, dans le même temps, à expédier les procédures d'immigration. Eu égard au droit des individus à la liberté et à l'intérêt financier qu'ont les autorités gouvernementales à réduire au minimum les détentions, il faut donner la priorité aux cas où il y a détention. L'arbitre, tout en observant les prescriptions du paragraphe 103(7) de la *Loi sur l'immigration*, n'a pas pris en considération les principes établis par l'article 7 de la Charte. Un défaut en la matière constitue une erreur de droit. La question de la prolongation de la détention du requérant sera renvoyée à l'arbitre pour nouvelle instruction, laquelle nouvelle instruction doit avoir lieu dès que possible.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 9, 12, 15, 24(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 327.1 (as enacted by SOR/94-41, s. 2).
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 104.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4), 19(1), (2)(d), 28 (as am. *idem*, s. 17), 46.04(3.1)(b) (as enacted *idem*, s. 38), (7) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 38), 53(1)(a) (as am. *idem*, s. 43), (b) (as am. *idem*), 103(1) (as am. *idem*, s. 94), (3), (6) (as am. *idem*), (7) (as am. *idem*).
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 14(1) (as am. by SOR/83-339, s. 2; 84/809, s. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; (1993), 11 Admin. L.R. (2d) 1; 80 C.C.C. (3d) 492; 20 C.R. (4th) 57; 14 C.R.R. (2d) 234; 151 N.R. 161; 62 O.A.C. 243; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 9, 12, 15, 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.2 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 104.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4), 19(1), (2)(d), 28 (mod., *idem*, art. 17), 46.04(3.1)(b) (édicte, *idem*, art. 38), (7) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 38), 53(1)(a) (mod., *idem*, art. 43), (b) (mod., *idem*), 103(1) (mod., *idem*, art. 94), (3), (6) (mod., *idem*), (7) (mod., *idem*).
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 14(1) (mod. par DORS/83-339, art. 2; 84/809, art. 1).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 327.1 (édicte par DORS/94-41, art. 2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; (1993), 11 Admin. L.R. (2d) 1; 80 C.C.C. (3d) 492; 20 C.R. (4th) 57; 14 C.R.R. (2d) 234; 151 N.R. 161; 62 O.A.C. 243; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183.

DISTINGUISHED:

Canada (Department of Employment and Immigration) v. Cushnie, [1988] R.J.Q. 2046; (1988), 17 Q.A.C. 38; 54 D.L.R. (4th) 420; 35 Admin. L.R. 38; 6 Imm. L.R. (2d) 209 (C.A.).

CONSIDERED:

R v Governor of Durham Prison, ex p Singh, [1984] 1 All ER 983 (Q.B.); *R. v. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97; 86 C.C.C. (3d) 32; 25 C.R. (4th) 350; 67 O.A.C. 197 (Ont. C.A.).

REFERRED TO:

Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1993] 1 S.C.R. 1053; (1993), 101 D.L.R. (4th) 654; 10 Admin. L.R. (2d) 1; 20 C.R. (4th) 34; 14 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (2d) 245; 150 N.R. 241; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; [1990] 6 W.W.R. 673; (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 1; 60 C.C.C. (3d) 1; 80 C.R. (3d) 257; 2 C.R.R. (2d) 304; 121 N.R. 198; *Armadales Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*, [1991] 3 F.C. 242; (1991), 83 D.L.R. (4th) 440; 14 Imm. L.R. (2d) 13; 127 N.R. 342 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of an adjudicator's decision ordering that the applicant remain in detention under subsection 103(1) of the *Immigration Act*. Case returned to an adjudicator for redetermination.

COUNSEL:

Avi J. Sirlin for applicant.
Harley R. Nott for respondent.

SOLICITORS:

Avi J. Sirlin, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order of the Court delivered orally in English by

ROTHSTEIN J.:

The Issue

This is a judicial review of the decision of Adjudicator W. K. Willoughby, an adjudicator of the Adjudication Division of the Immigration and Refugee Board, made on August 2, 1994 in which he ordered that the applicant remain in detention. The detention

DISTINCTION FAITE AVEC:

Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration) c. Cushnie, [1988] R.J.Q. 2046; (1988), 17 Q.A.C. 38; 54 D.L.R. (4th) 420; 35 Admin. L.R. 38; 6 Imm. L.R. (2d) 209 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R v Governor of Durham Prison, ex p Singh, [1984] 1 All ER 983 (Q.B.); *R. v. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97; 86 C.C.C. (3d) 32; 25 C.R. (4th) 350; 67 O.A.C. 197 (C.A. Ont.).

DÉCISIONS CITÉES:

Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] 1 R.C.S. 1053; (1993), 101 D.L.R. (4th) 654; 10 Admin. L.R. (2d) 1; 20 C.R. (4th) 34; 14 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (2d) 245; 150 N.R. 241; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; [1990] 6 W.W.R. 673; (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 1; 60 C.C.C. (3d) 1; 80 C.R. (3d) 257; 2 C.R.R. (2d) 304; 121 N.R. 198; *Armadales Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration)*, [1991] 3 C.F. 242; (1991), 83 D.L.R. (4th) 440; 14 Imm. L.R. (2d) 13; 127 N.R. 342 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de l'arbitre ordonnant le maintien en détention du requérant en application du paragraphe 103(1) de la *Loi sur l'immigration*. Affaire renvoyée à un arbitre pour nouvelle instruction.

AVOCATS:

Avi J. Sirlin pour le requérant.
Harley R. Nott pour l'intimé.

PROCUREURS:

Avi J. Sirlin, Toronto, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance de la cour prononcés à l'audience par

LE JUGE ROTHSTEIN:

Le litige

Il y a en l'espèce recours en contrôle judiciaire contre la décision en date du 2 août 1994 par laquelle W. K. Willoughby, arbitre de la section d'arbitrage, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, a ordonné le maintien de la détention du requérant.

order followed a hearing held on July 28, 1994. This detention order was made because the Adjudicator was of the opinion, based on the applicant's own statements, that if he was released, the applicant would not report for removal if required to do so.

The issue in this proceeding concerns the validity of the detention order.

Facts

The applicant is a citizen of Turkey. He left that country on July 26, 1993, and arrived in Canada on July 28, 1993. He made a claim for Convention refugee status upon his arrival. Immediately following an initial interview with an immigration officer at Pearson International Airport at Toronto, the applicant was detained. On July 29, 1993, a conditional departure order was made against the applicant because a senior immigration officer was satisfied that the applicant was a person described in paragraph 19(2)(d) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 in that he was not in possession of a valid visa, and passport or identification or travel document as required by subsection 9(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4] of the Act and subsection 14(1) of the *Immigration Regulations*, 1978, SOR/78-172 as amended [by SOR/83-339, s. 2; 84/809, s. 1].

The applicant has remained in detention since his arrival on July 28, 1993. His detention has been reviewed at least every 30 days as required by section 103 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 94] of the *Immigration Act*. The last detention order is the one made by Adjudicator Willoughby on August 2, 1994 which is the subject of this judicial review.

The applicant made an application for leave and judicial review of the August 2, 1994 detention order on August 8, 1994. On August 16, 1994, the applicant also made a motion for an interim order pursuant to section 18.2 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] and subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]. This

L'ordonnance de mise sous garde, qui faisait suite à une audience tenue le 28 juillet 1994, avait été rendue après que l'arbitre eut conclu des déclarations faites par le requérant lui-même que si celui-ci était remis en liberté, il n'obtempérerait pas à une mesure éventuelle de renvoi.

Ce recours vise à contester la validité de l'ordonnance de mise sous garde.

Les faits de la cause

Le requérant, citoyen de Turquie, quitta son pays le 26 juillet 1993 et arriva au Canada le 28 juillet 1993. Il a revendiqué à son arrivée le statut de réfugié au sens de la Convention. Immédiatement après une entrevue initiale avec un agent d'immigration à l'aéroport international Pearson de Toronto, il a été mis sous garde. Le 29 juillet 1993, une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle a été prise contre le requérant après qu'un agent d'immigration principal eut conclu qu'il tombait sous le coup de l'alinéa 19(2)d) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, du fait qu'il n'avait en sa possession ni visa ni passeport ou pièce d'identité ou document de voyage en cours de validité, tels que les prescrivent le paragraphe 9(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4] de la Loi et le paragraphe 14(1) [mod. par DORS/83-339, art. 2; 84-809, art. 1] du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172.

Le requérant est sous garde depuis le 28 juillet 1993, date de son arrivée. Sa détention a fait l'objet d'un examen au moins une fois tous les 30 jours, conformément à l'article 103 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 94] de la *Loi sur l'immigration*. La dernière en date des ordonnances de mise sous garde est celle qu'a rendue l'arbitre Willoughby le 2 août 1994 et qui fait l'objet du recours en contrôle judiciaire.

Le 8 août 1994, le requérant a demandé l'autorisation d'exercer un recours en contrôle judiciaire contre l'ordonnance de mise sous garde du 2 août 1994. Le 16 août 1994, il a également introduit une requête en ordonnance provisoire en application de l'article 18.2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [éditée par L.C. 1990, ch. 8, art. 5], et du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982,

motion requested, *inter alia*, an order quashing the detention order, and an order prohibiting Adjudicator Willoughby or any other adjudicator from proceeding with further detention hearings, or in the alternative, that any such hearings be held in accordance with directions set out by this Court. On August 24, 1994, MacKay J. dismissed the applicant's request for interim relief but ordered that further detention review hearings involving the applicant be stayed pending final determination of the current application for judicial review.

The Minister consented to the application for leave to commence judicial review on August 30, 1994 and leave was granted by MacKay J. on September 2, 1994. The judicial review took place before me on September 27 and October 7, 1994.

In the meantime, the applicant's refugee claim was heard by a panel of the Convention Refugee Determination Division on December 14 and 16, 1993. By decision dated February 16, 1994, the CRDD determined that the applicant was a Convention refugee. The Minister filed an application for leave and for judicial review of the CRDD decision in this Court on March 3, 1994. Leave has been granted and the judicial review of the decision finding the applicant to be a Convention refugee will be heard by me today, October 19, 1994.

Scheme of the Legislation

The relevant provisions of the *Immigration Act* are contained in section 28 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 17], paragraph 46.04(3.1)(b) [as enacted *idem*, s. 38], subsection 46.04(7) [as am. *idem*], subsection 53(1) [as am. *idem*, s. 43], and subsections 103(1), (3) and (7) of the *Immigration Act*:

28. (1) Where a senior immigration officer is of the opinion that a person who claims to be a Convention refugee is eligible to have the claim referred to the Refugee Division and is a person in respect of whom the senior immigration officer would, but for this section, have made an exclusion order under subsection 23(4) or a departure order under subsection 27(4), the senior immigration officer shall make a conditional departure order against the person.

ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]. Dans sa requête, le requérant demandait notamment une ordonnance portant annulation de l'ordonnance de mise sous garde et une ordonnance interdisant à l'arbitre Willoughby ou à tout autre arbitre de poursuivre les audiences d'examen de sa détention ou, subsidiairement, portant que pareilles audiences doivent être tenues conformément aux directives de cette Cour. Le 24 août 1994, le juge MacKay a rejeté la requête en ordonnance provisoire, mais a ordonné la suspension des audiences d'examen de la détention en attendant le jugement définitif du recours en contrôle judiciaire.

Le 30 août 1994, le ministre a consenti à la demande d'autorisation de recours en contrôle judiciaire, et le juge MacKay a accordé l'autorisation le 2 septembre 1994. C'est moi-même qui ai entendu le recours en contrôle judiciaire les 27 septembre et 7 octobre 1994.

Entre-temps, la revendication du statut de réfugié du requérant a été entendue les 14 et 16 décembre 1993 par un tribunal de la section du statut de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, laquelle, par décision en date du 16 février 1994, a conclu qu'il était un réfugié au sens de la Convention. Le 3 mars 1994, le ministre a saisi la Cour d'une demande d'autorisation de recours en contrôle judiciaire contre cette décision de la Commission. L'autorisation ayant été accordée, j'entendrai aujourd'hui, le 19 octobre 1994, le recours en contrôle judiciaire contre la décision concluant que le requérant est un réfugié au sens de la Convention.

L'économie de la loi applicable

Les dispositions applicables de la *Loi sur l'immigration* figurent à l'article 28 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 17], à l'alinéa 46.04(3.1)(b) [édicte, *idem*, art. 38], et aux paragraphes 46.04(7) [mod., *idem*], 53(1) [mod. *idem*, art. 43], 103(1), (3) et (7).

28. (1) S'il conclut à la recevabilité de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention de la personne à l'encontre de laquelle il prendrait une mesure d'exclusion au titre du paragraphe 23(4) ou une mesure d'interdiction de séjour au titre du paragraphe 27(4), l'agent principal prend contre elle une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle.

(2) No conditional departure order made pursuant to subsection (1) against a person who claims to be a Convention refugee is effective unless and until

- (a) the person withdraws the claim to be a Convention refugee;
- (b) the person is declared by the Refugee Division to have abandoned the claim to be a Convention refugee and has been so notified;
- (c) the person is determined by the Refugee Division not to be a Convention refugee and has been so notified; or
- (d) the person is determined pursuant to subsection 46.07(1.1) or (2) not to have a right under subsection 4(2.1) to remain in Canada and has been so notified.

46.04 . . .

(3.1) An immigration officer may grant landing under subsection (3) only if

- (b) where the Minister has filed an application for leave to commence an application for judicial review under the *Federal Court Act* within the time normally limited for doing so, a judgment is made in respect of the Refugee Division's determination by the Federal Court—Trial Division, Federal Court of Appeal or Supreme Court of Canada that finally disposes of the matter.

(7) Where a person who is determined to be a Convention refugee is a person against whom a removal order or conditional removal order is made is granted landing under this section, the order shall be deemed never to have been made.

53. (1) Notwithstanding subsections 52(2) and (3), no person who is determined under this Act or the regulations to be a Convention refugee, nor any person who has been determined to be not eligible to have a claim to be a Convention refugee determined by the Refugee Division on the basis that the person is a person described in paragraph 46.01(1)(a), shall be removed from Canada to a country where the person's life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion unless

- (a) the person is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(c) or subparagraph 19(1)(c.1)(i) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada; or
- (b) the person is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(e),(f),(g),(j),(k) or (l) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the security of Canada.

103. (1) The Deputy Minister or a senior immigration officer may issue a warrant for the arrest and detention of any

(2) La mesure d'interdiction de séjour conditionnelle ne devient exécutoire que si se réalise l'une des conditions suivantes:

- a) la personne retire sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention;
- b) son désistement a été constaté par la section du statut, qui le lui a dûment notifié;
- c) la section du statut lui a refusé le statut de réfugié au sens de la Convention et lui a dûment notifié le refus;
- d) il a été déterminé conformément aux paragraphes 46.07(1.1) ou (2) que la personne n'avait pas le droit que confère le paragraphe 4(2.1) de demeurer au Canada et la personne en a été avisée.

46.04 . . .

(3.1) L'agent ne peut toutefois accorder le droit d'établissement:

- b) dans le cas où le ministre a présenté la demande d'autorisation dans le délai visé à l'alinéa a), avant qu'un jugement ne soit rendu quant à la décision de la section du statut par la Section de première instance de la Cour fédérale, par la Cour d'appel fédérale ou par la Cour suprême du Canada, selon le cas, qui mette fin à l'affaire.

(7) Si le droit d'établissement est accordé aux termes du présent article à une personne à qui le statut de réfugié a été reconnu, la mesure de renvoi, ou de renvoi conditionnel, visant l'intéressé est réputée ne pas avoir été prise.

53. (1) Par dérogation aux paragraphes 52(2) et (3), la personne à qui le statut de réfugié au sens de la Convention a été reconnu aux termes de la présente loi ou des règlements, ou dont la revendication a été jugée irrecevable en application de l'alinéa 46.01(1)a), ne peut être renvoyée dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, sauf si elle appartient à l'une des catégories non admissibles visées:

- a) à l'alinéa 19(1)c) ou au sous-alinéa 19(1)c.1)(i) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour le public au Canada;
- b) aux sous-alinéas 19(1)e), f), g), j), k) ou l) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour la sécurité du Canada.

103. (1) Le sous-ministre ou l'agent principal peut lancer un mandat d'arrestation contre toute personne qui doit faire l'objet

person with respect to whom an examination or inquiry is to be held or a removal order or conditional removal order has been made where, in the opinion of the Deputy Minister or that officer, there are reasonable grounds to believe that the person poses a danger to the public or would not appear for the examination or inquiry or for removal from Canada.

(6) Where any person is detained pursuant to this Act for an examination, inquiry or removal and the examination, inquiry or removal does not take place within forty-eight hours after that person is first placed in detention, that person shall be brought before an adjudicator forthwith and the reasons for the continued detention shall be reviewed, and thereafter that person shall be brought before an adjudicator at least once during the seven days immediately following the expiration of the forty-eight hour period and thereafter at least once during each thirty-day period following each previous review, at which times the reasons for continued detention shall be reviewed.

(7) Where an adjudicator who conducts a review pursuant to subsection (6) is 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, the adjudicator shall order that the person be released from detention subject to such terms and conditions as the adjudicator deems appropriate in the circumstances, including the payment of a security deposit or the posting of a performance bond.

Under subsection 28(1), when a person makes a claim to be a Convention refugee, if he or she would otherwise have been subject to exclusion or departure, a conditional departure order shall be made in respect of that person.

Under subsection 53(1), if a person is determined to be a Convention refugee, he shall not, except for specified exceptions, be removed to a country where his life or freedom would be threatened. Notwithstanding that a person may have been found to be a Convention refugee, under paragraph 46.04(3.1)(b) he will only be granted landing after all judicial reviews and appeals of that finding have been fully disposed of. The conditional departure order issued pursuant to subsection 28(1) may subsist against the person while he has been found to be a Convention refugee and until he has been granted landing.

d'un interrogatoire ou d'une enquête ou qui est frappée par une mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel, lorsqu'il croit, pour des motifs raisonnables, qu'elle constitue une menace pour la sécurité publique ou qu'elle se dérobera à l'interrogatoire ou à l'enquête, ou n'obtempérera pas à la mesure de renvoi.

(6) Si l'interrogatoire, l'enquête ou le renvoi aux fins desquels il est gardé n'ont pas lieu dans les quarante-huit heures, l'intéressé est amené, dès l'expiration de ce délai, devant un arbitre pour examen des motifs qui pourraient justifier une prolongation de sa garde; par la suite, il comparaît devant un arbitre aux mêmes fins au moins une fois:

- a) dans la période de sept jours qui suit l'expiration de ce délai;
- b) tous les trente jours après l'examen effectué pendant cette période.

(7) S'il est convaincu qu'il ne constitue vraisemblablement pas une menace pour la sécurité publique et qu'il ne se dérobera vraisemblablement pas à l'interrogatoire, à l'enquête ou au renvoi, l'arbitre chargé de l'examen prévu au paragraphe (6) ordonne la mise en liberté de l'intéressé, aux conditions qu'il juge indiquées en l'espèce, notamment la fourniture d'un cautionnement ou d'une garantie de bonne exécution.

Le paragraphe 28(1) prévoit qu'une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle sera prise contre toute personne qui, n'eût été sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, aurait fait l'objet d'une mesure d'exclusion ou d'interdiction de séjour.

Selon le paragraphe 53(1), la personne qui s'est fait reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention ne peut, sauf les cas expressément prévus, être renvoyée dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées. L'alinéa 46.04(3.1)b) prévoit que la personne qui bénéficie d'une décision lui reconnaissant le statut de réfugié n'obtiendra le droit d'établissement qu'après que tous les recours en contrôle judiciaire et appels contre cette décision auront été vidés. Et tant qu'elle n'obtient pas le droit d'établissement, la mesure d'interdiction de séjour conditionnel prise en application du paragraphe 28(1) demeure en vigueur.

Under subsection 103(1) a person subject to a conditional removal order may be detained where the Deputy Minister or a senior immigration officer are of the opinion that there are reasonable grounds to believe that the person poses a danger to the public or would not appear for examination or inquiry or removal from Canada.

Pursuant to subsection 103(6), where a person is detained, he shall be brought before an adjudicator at intervals not exceeding thirty (30) days for a review of the reasons for his detention. Pursuant to subsection 103(7), where an adjudicator is satisfied that a person in detention will not pose a danger to the public and is likely to appear for examination, inquiry or removal, the adjudicator shall order the person released from detention, subject to such terms and conditions as the adjudicator considers appropriate, including the posting of a bond.

Position of the Applicant

Counsel for the applicant makes the following arguments:

(1) Section 103 does not contemplate detention solely on the basis of an applicant refusing to return to a country in which he fears persecution.

(2) There was no possibility of the applicant being forced to return to Turkey in view of the finding that he was a Convention refugee and the provisions of subsection 53(1). The Adjudicator erred in believing that there was such a possibility.

(3) Even if there was a possibility of the applicant being forced to return to Turkey, it is so remote as to make a decision requiring him to be detained patently unreasonable.

(4) Continued detention is contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Adjudicator erred in refusing to consider Charter issues. The nature and length of the applicant's continued detention in this case is contrary to sections 7 and 12 of the Charter.

Selon le paragraphe 103(1), la personne visée par une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle peut être mise sous garde si le sous-ministre ou un agent d'immigration principal croit, pour des motifs raisonnables qu'elle constitue une menace pour la sécurité publique ou qu'elle se dérobera à l'interrogatoire ou à l'enquête, ou n'obtempérera pas à la mesure de renvoi.

Le paragraphe 103(6) prévoit que la personne détenue comparaitra devant l'arbitre au moins une fois tous les 30 jours pour examen des motifs qui pourraient justifier une prolongation de sa garde. Le paragraphe 103(7) prévoit que si l'arbitre est convaincu que la personne sous garde ne constitue pas une menace pour la sécurité publique et ne se dérobera vraisemblablement pas à l'interrogatoire, à l'enquête ou au renvoi, il ordonnera sa mise en liberté aux conditions qu'il juge indiquées, dont la constitution d'un cautionnement.

L'argumentation du requérant

Voici les arguments proposés par l'avocat du requérant:

(1) L'article 103 ne prévoit pas la détention du seul fait que l'intéressé refuse de retourner dans un pays où il craint d'être persécuté.

(2) Il n'y a aucune possibilité de retour forcé du requérant en Turquie vu la conclusion qu'il est un réfugié au sens de la Convention et vu les dispositions du paragraphe 53(1). L'arbitre a commis une erreur en croyant à l'existence de pareille possibilité.

(3) À supposer qu'il y ait une possibilité de retour forcé du requérant en Turquie, cette possibilité est si infime qu'il est manifestement déraisonnable de le détenir.

(4) La prolongation de la détention va à l'encontre de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'arbitre a commis une erreur en refusant de prendre en considération les questions touchant à la Charte. La nature et la durée de la détention continue du requérant en l'espèce vont à l'encontre des articles 7 et 12 de ce texte.

Analysis

(1) Section 103 does not contemplate detention solely on the basis of an applicant refusing to return to a country in which he fears persecution. a

Applicant's counsel argues that section 103 of the *Immigration Act*, providing for detention, is not applicable when a person claiming Convention refugee status says that he will not appear for removal from Canada because he fears persecution in the country to which he would be returned. He says an even stronger case can be made out for the inapplicability of section 103 when the person who says he will not appear for removal, is a person who has been determined, under Canada's immigration laws, to be a Convention refugee. He says it is perverse and absurd to interpret section 103 so as to provide for detention when a person says, in substance, that he does not want to appear for removal to the country in which it has been determined that he has a well-founded fear of persecution. b

I cannot accept counsel's argument. To do so would be to allow persons seeking Convention refugee status, or even those who have been found to be Convention refugees but who cannot be granted landing because of appeals, "to take the law into their own hands." Non-citizens do not have an unqualified right to enter and remain in Canada. Canada's immigration laws constitute a regulatory scheme whereby this country controls who may enter Canada. See *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at pages 1070-1071. c

I acknowledge that, except for recognized exceptions, e.g. criminal activity by a Convention refugee, Canada will not send Convention refugees to countries in which it has been found that they have a well-founded fear of persecution. But simply because an individual expresses that fear, or a tribunal has found someone to be a Convention refugee, does not allow such person to ignore the provisions of the *Immigration Act*. Until all appeals have been disposed of, a person might still be found not to be a Convention refugee and it is that eventuality that justifies the continuance of conditional removal orders against such d

Analyse

(1) L'article 103 ne prévoit pas la détention du seul fait que l'intéressé refuse de retourner dans un pays où il craint d'être persécuté. a

L'avocat du requérant soutient que l'article 103 de la *Loi sur l'immigration*, qui prévoit la mise sous garde, ne s'applique pas lorsque la personne prétendant au statut de réfugié au sens de la Convention déclare qu'elle se dérobera à la mesure de renvoi du Canada parce qu'elle craint d'être persécutée dans le pays où elle serait renvoyée. L'article 103 est d'autant plus inapplicable, dit-il, que la personne déclarant qu'elle ne se présentera pas au renvoi s'est vu reconnaître, conformément aux règles d'immigration du Canada, le statut de réfugié au sens de la Convention. À son avis, il serait abusif et absurde d'interpréter l'article 103 comme prévoyant la détention de la personne qui dit qu'elle ne veut pas se présenter pour être renvoyée dans un pays où elle craint avec raison d'être persécutée. b

Je ne peux accueillir cet argument, qui reviendrait à permettre aux personnes qui demandent le statut de réfugié au sens de la Convention, ou même à celles qui se sont vu reconnaître ce statut mais qui n'ont pas le droit d'établissement en raison d'un appel, de «se faire justice elles-mêmes». Ceux qui ne sont pas citoyens du Canada n'ont pas le droit absolu d'y entrer ou d'y demeurer. Les règles d'immigration du Canada constituent un régime de réglementation par lequel ce pays décide qui peut y entrer; voir *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, aux pages 1070 et 1071. c

Je prends acte que, sauf les exceptions prévues, par exemple le cas d'agissements criminels de la part d'un réfugié au sens de la Convention, le Canada ne le renverra pas dans un pays à l'égard duquel il a été jugé qu'il a lieu de craindre d'y être persécuté. Mais le seul fait qu'un individu ait exprimé cette crainte ou que le tribunal ait conclu qu'il est un réfugié au sens de la Convention, ne lui permet pas d'ignorer les dispositions de la *Loi sur l'immigration*. Tant que les appels n'auront pas tous été épuisés, il se peut toujours qu'une personne soit jugée inadmissible au statut de réfugié, et c'est cette possibilité qui justifie le d

persons. As long as a conditional removal order may become an effective removal order, section 103 recognizes that the Minister must be in a position to enforce the order. It is consistent with that objective that persons be detained when the Minister is of the opinion that they would not appear for removal if a removal order is to be executed.

- (2) There was no possibility of the applicant being forced to return to Turkey in view of the finding that he was a Convention refugee and the provisions of subsection 53(1). The Adjudicator erred in believing that there was such a possibility.

The Adjudicator stated in his reasons:

There is a legal possibility of removal to Turkey.

The short answer to applicant's counsel's argument is that there is a real possibility of removal to Turkey as long as there are proceedings outstanding which might result in him being found not to be a Convention refugee.

- (3) Even if there was a possibility of the applicant being forced to return to Turkey, it is so remote as to make a decision requiring him to be detained patently unreasonable.

Counsel for the applicant says that the Adjudicator himself thought it unlikely that the applicant would be ordered removed. The Adjudicator stated:

If I were gambling rather than adjudicating, I would bet that Mr. Sahin will eventually be allowed to remain, but I might lose [sic] that bet and in that case he would not report when ordered to leave.

However, likelihood of removal is not determined by "obiter" remarks of an adjudicator. The scheme of the *Immigration Act* permits the Minister to seek leave to apply for judicial review of the decision which found the applicant to be a Convention refugee. Indeed, leave has now been granted. It would not be appropriate in this judicial review of the detention order, to interfere with the Minister's application for judicial review of the CRDD decision which, in effect, is what I would be doing if I were to find in

maintien de la mesure de renvoi conditionnel à son égard. Tant qu'une mesure de renvoi conditionnel peut devenir définitive, l'article 103 fait en sorte que le ministre soit en mesure de la mettre à exécution. C'est cet objectif qui justifie que des personnes soient mises sous garde si le ministre estime qu'elles se déroberont à la mesure de renvoi.

- (2) Il n'y a aucune possibilité de retour forcé du requérant en Turquie vu la conclusion qu'il est un réfugié au sens de la Convention et vu les dispositions du paragraphe 53(1). L'arbitre a commis une erreur en croyant à l'existence de pareille possibilité.

L'arbitre a fait l'observation suivante dans les motifs de sa décision:

[TRANSDUCTION] Il y a une possibilité légale de renvoi en Turquie.

Il suffit de répondre à l'argument de l'avocat du requérant qu'il y a une véritable possibilité de renvoi en Turquie au cas où il serait jugé que celui-ci n'est pas un réfugié au sens de la Convention.

- (3) À supposer qu'il y ait une possibilité de retour forcé du requérant en Turquie, cette possibilité est si infime qu'il est manifestement déraisonnable de le détenir.

Selon l'avocat du requérant, l'arbitre lui-même a pensé qu'il était très peu probable que le requérant serait renvoyé. Voici l'observation faite à ce sujet par l'arbitre:

[TRANSDUCTION] S'il ne s'agissait que de faire un pari au lieu de juger la demande, je parierais que M. Sahin sera en fin de compte autorisé à rester, mais je pourrais perdre mon pari et dans ce cas, il ne se présentera pas à l'exécution de la mesure de renvoi.

Cependant, la probabilité de renvoi ne se mesure pas au moyen d'une observation incidente de l'arbitre. La *Loi sur l'immigration* permet au ministre d'agir en contrôle judiciaire contre la décision reconnaissant au requérant le statut de réfugié au sens de la Convention. En fait, l'autorisation de recours en contrôle judiciaire a été accordée à cet effet. La Cour ne doit pas, dans le recours dont je suis saisi en ce moment contre l'ordonnance de mise sous garde, faire obstacle au recours du ministre en contrôle judiciaire con-

these proceedings, that the likelihood of the applicant being removed is remote.

(4) Continued detention is contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Adjudicator erred in refusing to consider Charter issues. The nature and length of the applicant's continued detention in this case is contrary to sections 7 and 12 of the Charter.

Counsel for the applicant initially submitted that the Adjudicator's decision contravened sections 7, 9, 12 and 15 of the Charter. In oral argument, however, he restricted his Charter challenge to alleged breaches of sections 7 and 12. Sections 7 and 12 state:

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

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

Counsel for the respondent concedes that a person who is in Canada and has been found to be a Convention refugee is entitled to the protection of section 7 of the Charter and indeed, this is well established in law. (See *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at page 212).

Counsel for the applicant relies upon *Canada (Department of Employment and Immigration) v. Cushnie*, [1988] R.J.Q. 2046; (1988), 54 D.L.R. (4th) 420, a decision of the Quebec Court of Appeal. An American had been convicted and jailed for a period of time. After completion of his sentence, he continued to be detained in custody by virtue of detention orders made under section 104 [now section 103] of the *Immigration Act, 1976*, [S.C. 1976-77, c. 52] on the ground that he posed a danger to the public and was a person who, in all probability, would not appear when his deportation order was to be executed.

Counsel for the applicant relies on the following statement of Chevalier J.A. at pages 429 and 430 [of D.L.R.]:

tre la décision de la CISR, et c'est exactement ce qui se produirait si je devais conclure en l'espèce qu'il est peu probable que le requérant soit renvoyé.

(4) La prolongation de la détention va à l'encontre de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'arbitre a commis une erreur en refusant de prendre en considération les questions touchant à la Charte. La nature et la durée de la détention continue du requérant en l'espèce vont à l'encontre des articles 7 et 12 de ce texte.

L'avocat du requérant avait soutenu au début que la décision de l'arbitre allait à l'encontre des articles 7, 9, 12 et 15 de la Charte. Durant les débats cependant, son argumentation s'est limitée aux articles 7 et 12, lesquels prévoient ce qui suit:

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.

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

L'avocat de l'intimé reconnaît qu'une personne qui se trouve au Canada et qui s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention a droit à la protection de l'article 7 de la Charte, et il s'agit là en fait d'une règle de droit bien établie (*v. Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la page 212).

L'avocat du requérant cite l'arrêt *Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration) c. Cushnie*, [1988] R.J.Q. 2046; (1988), 54 D.L.R. (4th) 420, de la Cour d'appel du Québec. Dans cette affaire, un Américain qui avait purgé une peine d'emprisonnement continuait à être détenu en exécution d'ordonnances de mise sous garde rendues sous le régime de l'article 104 [maintenant l'article 103] de la *Loi sur l'Immigration de 1976*, [S.C. 1976-77, ch. 52], au motif qu'il constituait une menace pour la sécurité publique et qu'en toute probabilité, il ne se présenterait pas au cas où la mesure d'expulsion serait mise à exécution.

L'avocat du requérant se fonde sur la conclusion tirée par le juge Chevalier, J.C.A., à la page 2052:

At the time of the hearing of the appeal, the appellant was questioned repeatedly in an attempt to establish a date when detention of the respondent would terminate. Counsel for the appellant declared that, despite certain last-minute developments, he could not give any definite date. His position is that everyone must be patient, allow the investigation to continue and hope that the problem will soon be resolved.

With all due respect, I find this position unacceptable. For several months now, an individual who is not wanted in Canada and who would like to go elsewhere is being deprived of his freedom by a combination of circumstances for which he is not at all responsible. However undesirable he may be, he must not be made to pay the price for a legal and administrative tangle for which there seems to be no solution.

However, counsel for the respondent points out that, unlike the situation in the case at bar, there was no evidence in *Cushnie* that the applicant would seek to avoid removal from Canada. Indeed, the rationale of Chevalier J.A. appears to be, at least in part, that continuing detention is unacceptable when a person who would like to go elsewhere is detained by virtue of circumstances for which he is not responsible. Here the applicant's avowed intention is to remain in Canada. For this reason, I do not think *Cushnie* addresses the facts in the case at bar.¹

Applicant's counsel also relies upon *R v Governor of Durham Prison, ex p Singh*, [1984] 1 All ER 983 (Q.B.), in which a convict, who had been ordered deported from the United Kingdom, was detained for removal after the date of his release on parole. He had been scheduled for parole on July 20, 1983, but had been detained after that date until arrangements could be made for his deportation. An application for *habeas corpus* was brought in the Queen's Bench Division for his release sometime in the fall of 1983. It was dealt with by the Court in a decision dated December 13, 1983, approximately five months after

¹ In *Cushnie*, the Quebec Court of Appeal also expressed some doubt as to whether detention constitutes cruel and unusual treatment or punishment under s. 12 of the Charter, (see p. 427, of D.L.R.). However, in *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, Cory J. stated that indeterminate detention could constitute cruel and unusual punishment if it was not tailored to the circumstances of the offender. For purposes of this decision I need not deal with s. 12 of the Charter.

Lors de l'audition du pourvoi, des questions répétées et insistantes ont été posées à l'appelant pour tenter de faire préciser une date quelconque à laquelle la détention de l'intimé prendrait fin. Son dévoué procureur nous a honnêtement déclaré que, malgré certains développements de dernière heure, elle ne pouvait fournir aucune assurance. Sa position est qu'il faut être patient, laisser se continuer l'enquête et espérer qu'elle aboutisse dans les meilleurs délais.

Avec respect, j'estime que cette proposition n'est pas recevable. Nous sommes en face d'une situation où, depuis de nombreux mois, un individu dont le pays ne veut pas et qui voudrait s'en aller ailleurs est privé de sa liberté par un concours de circonstances dont il n'est aucunement responsable. Tout indésirable qu'il puisse être, il est pris dans un engrenage judiciaire et administratif auquel il est soumis contre son gré et qui n'arrive pas à trouver la solution du problème dont il fait les frais.

L'avocat de l'intimé réplique qu'à l'opposé de l'affaire en instance, il n'y avait dans l'affaire *Cushnie* aucune preuve que le requérant chercherait à se dérober au renvoi du Canada. En effet, le raisonnement tenu par le juge Chevalier, J.C.A., semble être, en partie du moins, que la prolongation de la détention est inacceptable lorsqu'une personne qui aimerait s'en aller ailleurs est détenue par suite d'un concours de circonstances dont elle n'est pas responsable. En l'espèce, le requérant a proclamé son intention de rester au Canada. Pour cette raison, je ne pense pas que l'affaire *Cushnie* soit applicable aux faits de la cause¹.

L'avocat du requérant cite aussi la décision *R v Governor of Durham Prison, ex p Singh*, [1984] 1 All ER 983 (Q.B.). Dans cette affaire, un condamné interdit de séjour au Royaume-Uni fut, à sa libération conditionnelle, mis sous garde en vue de son renvoi. Il devait être mis en liberté conditionnelle le 20 juillet 1983, mais a été détenu après cette date en attendant que les mesures fussent prises pour son renvoi. À l'automne 1983, la Division du Banc de la Reine a été saisie d'une requête en *habeas corpus* en vue de sa libération. Par décision rendue le 13 décembre 1983, à peu près cinq mois après la date où il aurait

¹ Dans *Cushnie*, la Cour d'appel du Québec a également exprimé quelque doute que la détention constitue un traitement ou une peine cruel et inusité que proscriit l'art. 12 de la Charte (v. à la p. 2051). Cependant, dans *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, le juge Cory a conclu que la détention de durée indéterminée pouvait constituer une peine cruelle et inusitée si elle ne tenait pas compte des circonstances particulières du contrevenant. L'affaire en instance ne met cependant pas en jeu l'art. 12 de la Charte.

he would have been paroled. While the decision in that case allowed continued detention during a short adjournment to enable the Home Office to arrange for the applicant's deportation, Woolf J. made it clear that if the applicant was not removed "within a very short time", he would be released. Of significance in that case is the *dicta* of Woolf J. at page 985 dealing with implicit limitations on the power of detention (it is to be remembered that there is no Charter of Rights and Freedoms in the United Kingdom):

Since 20 July 1983 the applicant has been detained under the power contained in para 2(3) of Sch 3 to the *Immigration Act 1971*. Although the power which is given to the Secretary of State in para 2 to detain individuals is not subject to any express limitation of time, I am quite satisfied that it is subject to limitations. First of all, it can only authorize detention if the individual is being detained in one case pending the making of a deportation order and, in the other case, pending his removal. It cannot be used for any other purpose. Second, as the power is given in order to enable the machinery of deportation to be carried out, I regard the power of detention as being impliedly limited to a period which is reasonably necessary for that purpose. The period which is reasonable will depend on the circumstances of the particular case. What is more, if there is a situation where it is apparent to the Secretary of State that he is not going to be able to operate the machinery provided in the Act for removing persons who are intended to be deported within a reasonable period, it seems to me that it would be wrong for the Secretary of State to seek to exercise his power of detention. [Emphasis mine.]

In the case at bar, counsel for the respondent conceded that the power to detain under section 103 of the *Immigration Act* was not unlimited. He said that reasonableness, having regard to all the circumstances, was the standard by which the appropriateness of continuing detention is to be considered. Counsel for the applicant agreed. While section 103 provides for continuing reviews at least once during each thirty (30) day period following a prior review, nothing in that section provides for a maximum period of time for detention or for any consideration of the total length of time an individual may have been in detention.

Having regard to the fact that detention under section 103 of the *Immigration Act* is not for the purpose of punishment after conviction, but rather, in anticipation of an individual's likely danger to the public or likely failure to appear for inquiry, examination or

été mis en liberté conditionnelle, la Cour a autorisé la prolongation de la détention pour une brève période pour permettre au ministère de l'Intérieur de prendre les mesures nécessaires de renvoi, mais le juge Woolf a fait savoir que si ce renvoi ne se faisait pas «dans un délai très court», le requérant serait remis en liberté. Ce qui présente un intérêt pour l'affaire qui nous occupe, c'est l'observation incidente faite par le juge Woolf à la page 985 au sujet des limites implicites du pouvoir de détention (il faut se rappeler que le Royaume-Uni n'a pas une charte des droits et libertés):

[TRADUCTION] Depuis le 20 juillet 1983, le requérant est détenu en vertu du pouvoir prévu au paragraphe 2(3) de l'annexe 3 de la *Loi de 1971 sur l'immigration*. Bien que le pouvoir que le secrétaire d'État tient du paragraphe 2 de détenir des individus ne soit soumis à aucune limitation expresse de durée, je suis convaincu qu'il y a des limites. En premier lieu, il ne peut y avoir détention qu'en attendant l'ordonnance de renvoi ou le renvoi proprement dit. En second lieu, puisque ce pouvoir a pour raison d'être de permettre le déroulement du processus de renvoi, il est, à mon avis, implicitement limité au laps de temps nécessaire à cet effet. Une durée raisonnable est fonction des circonstances de la cause. Qui plus est, si dans un cas, le secrétaire d'État se rend compte qu'il ne peut appliquer dans un délai raisonnable les dispositions de la Loi pour renvoyer les personnes interdites de séjour, il me semble qu'il aurait tort d'exercer son pouvoir de détention. [Non souligné dans le texte.]

En l'espèce, l'avocat de l'intimé reconnaît que le pouvoir de détention prévu à l'article 103 de la *Loi sur l'immigration* n'est pas illimité. Il a ajouté que la détention pour une durée raisonnable, eu égard à toutes les circonstances de la cause, est la norme applicable à la prolongation de détention. L'avocat du requérant en convient. Si l'article 103 prévoit l'examen des motifs de détention au moins une fois tous les 30 jours, il ne prévoit pas une durée maximum de détention ni ne tient compte du temps pendant lequel un individu a été détenu.

Étant donné que la mise sous garde prévue à l'article 103 de la *Loi sur l'immigration* n'est pas une peine, mais une mesure préventive à l'égard de l'individu qui peut constituer une menace pour la sécurité publique ou se dérober à l'enquête, à l'interroga-

removal, I do not think such detention may be indefinite. In the case at bar, the applicant has been detained now for over fourteen months. He has been found by the CRDD to be a Convention refugee. He is detained because of the existence of a conditional removal order pending the judicial review of the decision finding him to be a Convention refugee.

The very slow processing of refugee claims is notorious. While there may be valid reasons for some delay and while delay may give non-detained applicants the privilege of remaining in Canada pending the processing of their refugee claims without restriction, the matter of delay is much more serious when persons are kept in detention during this period. From the point of view of individuals, it is trite to say that the right to liberty is so fundamental that, even in the absence of the Charter, courts of inherent jurisdiction have, when necessary, exercised their power of *habeas corpus* for hundreds of years. The right to liberty is now, of course, enshrined in section 7 of the Charter and a person may not be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice. Not only is there an interest on the part of the individual to limit detention, but also from the point of view of the government, it is costly to detain persons for lengthy periods and therefore the government itself has an interest in minimizing detention.

With this background in mind, I think it is obvious that section 7 Charter considerations are relevant to the exercise of discretion by an adjudicator under section 103 of the *Immigration Act*. While trivial limitations of rights do not engage section 7 of the Charter, section 103 of the *Immigration Act* clearly confers on an adjudicator a necessary, but enormous power over individuals. The power of detention is normally within the realm of the criminal courts. The *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] and other statutes prescribe fixed periods of incarceration for various offences. Under section 103 of the *Immigration Act* an adjudicator, without finding that an individual is guilty of any offence, has the power to detain him or her if the adjudicator is of the opinion that the per-

toire ou au renvoi, je ne pense pas qu'elle puisse durer indéfiniment. En l'espèce, le requérant est détenu depuis plus de 14 mois. La CISR a conclu qu'il était un réfugié au sens de la Convention. Il est détenu à cause de l'existence d'une mesure de renvoi conditionnel, subordonnée à l'issue du contrôle judiciaire de la décision lui reconnaissant le statut de réfugié.

La grande lenteur du processus d'instruction des revendications du statut de réfugié est un fait notoire. S'il peut y avoir des explications valides pour certains retards, et si ces retards peuvent signifier pour les demandeurs non détenus le privilège de demeurer sans restriction au Canada en attendant l'instruction de leur revendication du statut de réfugié, il se trouve que le problème des retards est bien plus grave pour les gens qui sont détenus pendant cette période. Du point de vue de l'individu, c'est un lieu commun que de dire que le droit à la liberté est si fondamental que, même en l'absence de la Charte, les juridictions compétentes ont, chaque fois que la nécessité s'en faisait ressentir, exercé leur pouvoir en matière d'*habeas corpus* depuis des siècles. Ce droit à la liberté est maintenant consacré par l'article 7 de la Charte, et personne ne peut en être privé si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale. Non seulement la détention doit être limitée du point de vue de l'individu, mais aussi du point de vue des autorités gouvernementales, car la détention de gens pendant de longues périodes est coûteuse; en conséquence, les autorités gouvernementales elles-mêmes ont intérêt à la réduire au minimum.

Dans ce contexte, il est manifeste que l'arbitre doit tenir compte de l'article 7 de la Charte lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire qu'il tient de l'article 103 de la *Loi sur l'immigration*. Les limitations insignifiantes de droits ne mettent certes pas en jeu l'article 7 de la Charte, mais l'article 103 de la *Loi sur l'immigration* investit l'arbitre d'un pouvoir nécessaire, mais énorme, sur les individus. Le pouvoir de détention appartient normalement aux juridictions répressives. Le *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] et d'autres lois prescrivent des périodes déterminées d'incarcération pour diverses infractions. L'article 103 de la *Loi sur l'immigration* habilite l'arbitre, qui ne conclut pas qu'un individu est coupable d'une infraction quelconque, à ordonner sa

son may pose a danger to the public or will not appear for removal. Without intending to minimize these valid considerations, the power of detention in respect of them is, while necessary, still, extraordinary. This power of detention cannot be said to be trivial.

Further, questions of fundamental justice envisaged by section 7 of the Charter are also at stake. Under section 103 of the *Immigration Act*, Parliament has dealt with the right of society to be protected from those who pose a danger to society and the right of Canada to control who enters and remains in this country. Against these interests must be weighed the liberty interest of the individual. As stated by McLachlin J. in *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at pages 151-152:

The principles of fundamental justice are concerned not only with the interest of the person who claims his liberty has been limited, but with the protection of society. Fundamental justice requires that a fair balance be struck between these interests, both substantively and procedurally. . . .

I am satisfied that what amounts to an indefinite detention for a lengthy period of time may, in an appropriate case, constitute a deprivation of liberty that is not in accordance with the principles of fundamental justice. I have used the term “indefinite detention.” It is arguable that detention under section 103 is not indefinite because it must be reviewed at least every 30 days and may be maintained only while a conditional removal order is pending, which, itself, implies the taking of recognized and prescribed steps under the *Immigration Act*. On the other hand, when any number of possible steps may be taken by either side and the times to take each step are unknown, I think it is fair to say that a lengthy detention, at least for practical purposes, approaches what might be reasonably termed “indefinite.”

Of course, section 103 does not make express reference to the Charter. But like all other statutes, its provisions and its discretionary administration are subject to Charter scrutiny. Applicant’s counsel does

mise sous garde s’il pense que celui-ci constitue une menace pour la sécurité publique ou n’obtempérera pas à la mesure de renvoi. Même sans chercher à minimiser ces préoccupations légitimes, on doit reconnaître que le pouvoir d’ordonner la détention par ces motifs est extraordinaire, tout nécessaire qu’il soit. On ne peut dire que pareil pouvoir est insignifiant.

Qui plus est, les principes de justice fondamentale visés à l’article 7 de la Charte sont également en jeu. Par l’article 103 de la *Loi sur l’immigration*, le législateur traite du droit qu’a la société d’être protégée contre ceux qui constituent une menace pour la sécurité publique et du droit qu’a le Canada de contrôler ceux qui entrent et demeurent dans notre pays. Ces considérations doivent être mises dans la balance face au droit de l’individu à la liberté. Ainsi que l’a fait observer Madame le juge McLachlin dans *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, aux pages 151 et 152:

Ces principes touchent non seulement au droit de la personne qui soutient que sa liberté a été limitée, mais également à la protection de la société. La justice fondamentale exige un juste équilibre entre ces droits, tant du point de vue du fond que de celui de la forme.

Je pense qu’une détention indéterminée pendant une longue période peut, dans certains cas, constituer une privation de liberté qui n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale. J’ai utilisé l’expression «détention indéterminée». On pourrait soutenir que la détention visée à l’article 103 n’est pas indéterminée du fait qu’elle est soumise à un examen au moins une fois tous les 30 jours et qu’elle ne peut être maintenue qu’en cas de mesure de renvoi conditionnel pendant, laquelle sous-entend qu’il y a eu observation des démarches prescrites par la *Loi sur l’immigration*. Par contre, si un nombre indéfini de procédures peuvent être engagées par l’une ou l’autre partie et si on ne sait pas combien de temps va prendre chacune de ces procédures, je pense qu’on peut dire qu’une détention de longue durée, du moins sur le plan pratique, est bien proche de ce qu’on peut raisonnablement qualifier de détention de durée «indéterminée».

L’article 103 ne fait certes pas expressément référence à la Charte. Mais à l’instar de toutes les autres lois, ses dispositions et son administration discrétionnaires s’interprètent au regard de ce texte. L’avocat

not challenge the validity of the provisions of section 103. Rather it is the discretion of the adjudicator exercised under it that he says contravenes the Charter in this case. As the Supreme Court of Canada made clear in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, both the text of a legislative provision and the way in which that instrument has been used are subject to Charter review. Review of the legislative provision itself will be appropriate when that provision authorizes action which infringes a Charter right. On the other hand, where “the disputed order confers an imprecise discretion and does not confer, either expressly or by necessary implication, the power to limit the rights guaranteed by the Charter” a review of the way in which the legislative provision has been applied will be appropriate. (See page 1080). The current case falls into the latter category.

The law is clear that adjudicators under the *Immigration Act* have the jurisdiction to exercise extensive powers to decide important questions of law and fact, including detentions under section 103. In making such decisions, adjudicators are vested with the power to decide questions touching the application and supremacy of the Charter. See *Armada Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*, [1991] 3 F.C. 242 (C.A.), at page 247, *per* Hugessen J.A. 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.

I acknowledge that the necessity to apply Charter principles in deciding whether or not to continue detention, increases and complicates the considerations to which adjudicators must have regard, and I am not unmindful of the burden of their duties and the limited time they have to make decisions. But once it is accepted that individuals to whom section 103 applies are entitled to Charter protection, it must

du requérant ne conteste pas la validité de l'article 103, mais soutient que le pouvoir discrétionnaire exercé par l'arbitre en l'espèce sous son régime va à l'encontre de la Charte. La Cour suprême du Canada a, par son arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, clairement posé pour règle que le texte de loi tout comme la manière dont il a été appliqué sont soumis au contrôle au regard de la Charte. Le contrôle du texte de loi lui-même est indiqué lorsque ce texte autorise une ou des actions qui portent atteinte à un droit garanti par la Charte. D'autre part, lorsque «l'ordonnance contestée confère une discrétion imprécise et ne prévoit, ni expressément, ni par implication nécessaire, le pouvoir de limiter les droits garantis par la Charte», il y a lieu d'examiner la manière dont le texte de loi a été appliqué (voir page 1080). L'affaire en instance tombe dans cette dernière catégorie.

Il est constant que les arbitres nommés en application de la *Loi sur l'immigration* sont investis de pouvoirs étendus pour prononcer sur d'importantes questions de droit et de fait, dont la mise sous garde prévue à l'article 103. En rendant ces décisions, ils sont habilités à prononcer sur des questions touchant à l'application et à la primauté de la Charte (voir *Armada Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration)*, [1991] 3 C.F. 242 (C.A.), à la page 247, motifs du jugement prononcés par le juge Hugessen, J.C.A.). 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.

Je reconnais que l'impératif d'appliquer les principes consacrés par la Charte à la décision de savoir s'il faut maintenir la détention ou non, multiplie et complique les facteurs que les arbitres doivent prendre en considération, et j'ai conscience de leur charge de travail ainsi que du peu de temps dont ils disposent pour rendre leurs décisions. Mais une fois qu'il est reconnu que les individus soumis à l'application

follow that detention decisions must be made with section 7 Charter considerations in mind.

I expect that as precedents develop, guidelines will emerge which will assist adjudicators in these difficult decisions. To assist adjudicators I offer some observations on what should be taken into account by them. Both counsel for the applicant and respondent were helpful in suggesting a number of considerations. The following list, which, of course, is not exhaustive of all considerations, seems to me to at least address the more obvious ones. Needless to say, the considerations relevant to a specific case, and the weight to be placed upon them, will depend upon the circumstances of the case.

(1) Reasons for the detention, i.e. is the applicant considered a danger to the public or is there a concern that he would not appear for removal. I would think that there is a stronger case for continuing a long detention when an individual is considered a danger to the public.

(2) Length of time in detention and length of time detention will likely continue. If an individual has been held in detention for some time as in the case at bar, and a further lengthy detention is anticipated, or if future detention time cannot be ascertained, I would think that these facts would tend to favour release.

(3) Has the applicant or the respondent caused any delay or has either not been as diligent as reasonably possible. Unexplained delay and even unexplained lack of diligence should count against the offending party.

(4) 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.

A consideration that I think deserves significant weight is the amount of time that is anticipated until a final decision, determining, one way or the other, whether the applicant may remain in Canada or must

de l'article 103 ont droit à la protection de la Charte, la décision de les détenir est subordonnée aux prescriptions de l'article 7 de la Charte.

a Je pense que des lignes directrices se dégageront au fil de la jurisprudence, qui aideront les arbitres dans les décisions difficiles de ce genre. Pour les aider, voici certaines observations sur les facteurs qu'ils devraient prendre en considération. Les avocats des deux parties ont fait d'utiles suggestions à cet égard. La liste suivante, qui n'est bien entendu pas exhaustive, réunit au moins les facteurs les plus évidents, il me semble. Il est inutile de rappeler que les facteurs applicables à un cas d'espèce et leur importance relative dépendent des faits de la cause.

d (1) Les motifs de détention, savoir si le requérant peut constituer une menace pour la sécurité publique ou peut se dérober à la mesure de renvoi. À mon avis, une longue détention est d'autant justifiable que l'intéressé est considéré comme une menace pour la sécurité publique.

e (2) La durée de la détention et le temps pendant lequel la détention sera vraisemblablement prolongée. Si l'individu a été déjà détenu pendant un certain temps comme en l'espèce et s'il est prévu que la détention sera prolongée pour une longue période ou si on ne peut en prévoir la durée, je dirais que ces facteurs favorisent la mise en liberté.

g (3) Le requérant ou l'intimé a-t-il causé un retard ou ne s'est-il pas montré aussi diligent qu'il est raisonnablement possible de l'être? Les retards inexplicables ou même le manque inexplicable de diligence doivent compter contre la partie qui en est responsable.

i (4) 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 numéro de téléphone, la détention sous une forme moins restrictive de liberté, etc.

Un facteur qui doit peser lourd dans la balance est le temps qui se passera avant que l'on décide de façon définitive si le requérant peut rester au Canada ou doit s'en aller. Il se pose ainsi la question de

leave. This raises squarely the question of whether immigration proceedings should be expedited when persons are detained in custody under section 103. In *R. v. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97 (Ont. C.A.), Arbour J.A. discusses a similar problem in the context of the denial of bail pending the appeal of a conviction. At pages 114-115 she states:

There may have been a time when appellate delays were so short that bail pending appeal could safely be denied, save in exceptional circumstances, without rendering the appeal illusory. Such is no longer the case. In both civil and criminal cases, appellate court judges are often required to balance two competing principles of justice: reviewability and enforceability. Ideally, judgments should be reviewed before they have been enforced. When this is not possible, an interim regime may need to be put in place which must be sensitive to a multitude of factors including the anticipated time required for the appeal to be decided and the possibility of irreparable and unjustifiable harm being done in the interval.

Even if an applicant otherwise meets the statutory criteria enunciated in s. 679(3) of the *Code*, the public interest may be better served by denying bail but ordering that the hearing of the appeal be expedited.

It seems self-evident that both an applicant and the respondent have an interest in expediting the immigration process when a person is held in detention. There is an obvious public interest in detaining a person who would pose a danger to the public. There is also public interest, although perhaps somewhat less than in the case of public danger, in detaining a person when there are grounds for believing he or she would not appear for examination, inquiry or removal. This public interest must be weighed against the liberty interest of the individual. In many cases, the most satisfactory course of action will be to detain the individual but expedite the immigration proceedings.

In recognizing the need to expedite proceedings when individuals are held in detention, I not only have in mind proceedings before immigration officials and tribunals. The Court must also be prepared to accommodate and expedite proceedings in this

savoir s'il faut expédier les procédures d'immigration lorsqu'il y a détention en application de l'article 103. Dans *R. v. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97 (C.A. Ont.), le juge Arbour, J.C.A., était appelée à prononcer sur une question du même genre, dans le contexte d'un refus de libération sous caution en attendant l'issue de l'appel formé contre la déclaration de culpabilité. Voici la conclusion qu'elle a tirée aux pages 114 et 115:

[TRADUCTION] Il se peut que par le passé les délais d'appel fussent tellement courts qu'on était fondé, sauf dans les cas exceptionnels, à refuser la libération sous caution sans craindre de rendre l'appel illusoire. Il n'en est plus ainsi de nos jours. Dans les affaires civiles comme criminelles, les juges des cours d'appel sont souvent appelés à mettre dans la balance deux principes de justice contradictoires: contrôle et exécution de la décision de l'instance inférieure. L'idéal c'est que les jugements soient soumis à l'examen de la juridiction d'appel avant qu'ils ne soient exécutés. S'il n'est pas possible de le faire, il faut peut-être mettre en place un régime intérimaire qui doit être sensible à une multitude de facteurs, dont l'intervalle de temps qui s'écoulera vraisemblablement avant l'audition de l'appel et la possibilité de préjudice irréparable et injustifiable occasionné entre-temps.

Lors même qu'à tous autres égards, le requérant satisfait à tous les critères prévus au paragraphe 679(3) du *Code*, il peut être plus conforme à l'intérêt général de refuser la libération sous caution mais d'ordonner que l'audition de l'appel ait lieu dans les plus brefs délais.

Il semble aller de soi que le requérant et l'intimé aient tous deux intérêt à expédier le processus d'immigration lorsqu'il y a détention. Il est manifestement conforme à l'intérêt général de détenir une personne qui constituerait une menace pour la sécurité publique. Il est aussi conforme à l'intérêt général, bien que peut-être à un moindre degré que dans le cas de menace contre la sécurité publique, de détenir une personne dont on a lieu de penser qu'elle se dérobera à l'interrogatoire, à l'enquête ou au renvoi. Il faut mettre dans la balance l'intérêt public et le droit à la liberté de cette personne. Dans nombre de cas, la solution la plus satisfaisante consistera à détenir l'intéressé et, dans le même temps, à expédier les procédures d'immigration.

En prenant acte de la nécessité d'expédier les procédures dans le cas des personnes détenues, je ne pense pas seulement aux procédures devant les autorités et les tribunaux d'immigration. La Cour doit également être disposée à recevoir et à expédier le

forum as well. Rule 327.1 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/94-41, s. 2)] dealing with motions to expedite proceedings was promulgated this year and I think that Rule may be put to good use in detention cases. It goes without saying that the parties and counsel must also cooperate. In making these observations, I am not unmindful of the volume of immigrants and the demands on the various participants in the immigration process. However, having regard to the liberty interest of the individual and the financial interest of the government in minimizing detentions, detention cases must be given priority.

Conclusion

In the case at bar, the Adjudicator decided to detain the applicant for the reasons he stated in the following manner:

Conditional release is not possible as Mr. Sahin will not voluntarily report for removal and is unwilling to offer any guarantee that would ensure compliance. He has been in detention for one full year and neither he nor his counsel, despite efforts, have been able to find any individual or organization that is willing to offer any guarantee that he will comply with conditions of release. He does not have a third country to go to and the only third country he has mentioned at previous reviews, Switzerland, is one where he feels authorities will return him to the police in Turkey.

As to the Charter considerations submitted by counsel for the applicant before him, the Adjudicator stated:

This reason for detention makes it unnecessary, and I believe it is undesirable, to address every point made by counsel, Mr. Sherlin, in his submissions.

While I am of the view that the Adjudicator properly complied with the statutory mandate of subsection 103(7) of the *Immigration Act*, he did not take into account the considerations required by section 7 of the Charter. The Adjudicator, in my view, is obliged to take such considerations as are relevant into account. Perhaps without some direction from the Court an adjudicator could not have been expected to do so, and there is no blame to be attributed to him. Nonetheless, the failure to do so constitutes an error of law.

I should make one further comment respecting the Adjudicator's comments in his decision as to whether

litige dont elle est saisie. La Règle 327.1 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/94-41, art. 2)], relative aux requêtes en expédition de la procédure, a été promulguée cette année, et je pense que son application est tout indiquée dans les cas où il y a détention. Il va sans dire que les parties et leurs avocats doivent coopérer. En faisant cette observation, j'ai conscience du grand nombre d'immigrants et de la pression que cela exerce sur les divers intervenants dans le processus d'immigration. Cependant, eu égard au droit des individus à la liberté et à l'intérêt financier qu'ont les autorités gouvernementales à réduire au minimum les détentions, il faut donner la priorité aux cas où il y a détention.

Conclusion

En l'espèce, l'arbitre a décidé de détenir le requérant par les motifs suivants:

[TRADUCTION] La libération conditionnelle n'est pas possible puisque M. Sahin ne se présentera pas volontairement en cas de renvoi et refuse de donner une garantie qu'il obtempérerait. Il a été détenu une année entière et malgré leurs efforts, ni lui ni son avocat n'a pu trouver un individu ou une organisation qui veuille garantir qu'il observerait les conditions de libération. Il n'y a aucun pays tiers où il puisse aller et le seul pays tiers qu'il ait mentionné lors d'entrevues antérieures, la Suisse, est un pays dont il pense que les autorités le remettront entre les mains de la police de Turquie.

En ce qui concerne l'argumentation fondée sur la Charte de l'avocat du requérant, l'arbitre s'est prononcé en ces termes:

[TRADUCTION] Ce motif de détention fait qu'il est inutile, et aussi indésirable, je pense, de répondre à chacun des arguments de M. Sherlin, avocat du requérant.

J'estime que l'arbitre, tout en observant les prescriptions du paragraphe 103(7) de la *Loi sur l'immigration*, n'a pas pris en considération les principes établis par l'article 7 de la Charte. Je pense qu'il est tenu de prendre en considération ces principes tels qu'ils s'appliquent en l'espèce. Il se peut que faute de directive de la Cour, on ne puisse s'attendre qu'un arbitre ait conscience de cet impératif, et on ne peut pas l'en blâmer. Il se trouve néanmoins qu'un défaut en la matière constitue une erreur de droit.

Je tiens à faire une dernière observation au sujet de la conclusion tirée par l'arbitre dans sa décision, sur

the applicant would pose a danger to the public if he was not detained. I make this observation not because I think the Adjudicator erred in his assessment of the applicant's likely danger to the public, but rather, because it appears that in some early detention decisions regarding the applicant, there had been reference to public danger, while in later decisions, including the August 2, 1994 decision of Adjudicator Willoughby, public danger is not a consideration. The Adjudicator stated in his August 2 decision:

I also decided that the evidence did not support a finding that he likely would pose a danger to the public if released.

On the issue of danger to the public, I found that, that ground had been supported before by his own statements that he had been involved in bombings. He later recanted and this was accepted by the CRDD at a full hearing. No further evidence had been obtained or presented by the Commission and the CRDD believed that he had not been personally involved in the bombings so I have no good evidence to believe he would pose a danger to the public.

It is the adjudicator himself or herself who must determine whether he or she is satisfied that the applicant would not pose a danger to the public. The fact that the CRDD made findings on this point may be relevant to the adjudicator's consideration of the matter, but it is not conclusive. The issue is an open one on each detention review and must be decided by the adjudicator each time. The applicant and the respondent are free to bring forward whatever evidence or information is relevant to assist the adjudicator in reviewing a detention.

The question of the applicant's continued detention shall be returned to an adjudicator for redetermination. The redetermination shall take place as soon as possible but, in any event, not later than fourteen (14) days after the date of this decision. The adjudicator shall have regard to the provisions of subsection 103(7) of the *Immigration Act* and section 7 Charter considerations in the nature of those outlined above and any others that he may consider relevant to fundamental justice. Should the fourteen (14) day period have to be extended for any reason, respondent's

la question de savoir si, remis en liberté, le requérant constituerait une menace pour la sécurité publique. Je fais cette observation, non pas parce que je pense que l'arbitre a commis une erreur dans l'évaluation de la menace que représente le requérant pour la sécurité publique, mais parce que dans certaines décisions antérieures de détention concernant celui-ci, il avait été question de menace pour la sécurité publique, alors que dans les décisions subséquentes, y compris celle du 2 août 1994 de l'arbitre Willoughby, cette menace n'a pas été un facteur. À ce sujet, l'arbitre a conclu en ces termes dans sa décision du 2 août:

[TRADUCTION] J'ai également conclu que les preuves produites ne justifient pas de conclure qu'il constituerait vraisemblablement une menace pour la sécurité publique s'il était remis en liberté.

Pour ce qui est de la question de menace pour la sécurité publique, j'ai conclu que ce motif avait été étayé par ses propres déclarations selon lesquelles il avait participé à des attentats à la bombe. Il s'est rétracté par la suite et sa rétractation a été acceptée à l'audience formelle de la CISR. Aucune preuve nouvelle en la matière n'a été recueillie ou produite par la Commission et la CISR était convaincue qu'il n'avait pas participé personnellement à ces attentats à la bombe; il s'ensuit que je n'ai été saisi d'aucune preuve solide qui permette de conclure qu'il constituerait une menace pour la sécurité publique.

C'est l'arbitre lui-même qui doit décider s'il est convaincu que le requérant ne constitue pas une menace pour la sécurité publique. Il peut tenir compte du fait que la CISR ait tiré une conclusion à ce sujet, mais il ne s'agit pas là d'un facteur décisif. La question se pose à nouveau à chaque examen des motifs de détention, et doit être résolue par l'arbitre chaque fois. Il est loisible au requérant et à l'intimé de produire toute preuve ou information susceptible de l'éclairer à l'examen des motifs de détention.

La question de la prolongation de la détention du requérant sera renvoyée à l'arbitre pour nouvelle instruction, laquelle nouvelle instruction doit avoir lieu dès que possible, dans les quatorze (14) jours qui suivent la date de la présente décision. L'arbitre tiendra compte des dispositions du paragraphe 103(7) de la *Loi sur l'immigration* ainsi que des questions touchant à l'article 7 de la Charte, telles qu'elles sont exposées plus haut, et de toute autre considération qui, à son avis, se rapporte à l'observation de la justice fondamentale. Si pour quelque raison que ce soit,

counsel shall arrange for a conference call with the Court and counsel for the applicant to explain the delay.

The parties shall provide the adjudicator with as much information as possible in respect of relevant considerations to enable him to make an informed and considered decision. This should include such information as to whether the applicant would pose a danger to the public if released, as well as whether he would appear for removal, and the future steps to be taken with respect to the applicant and when it is anticipated they will be completed.

I have been asked by counsel for the respondent to certify the following question:

Do the principles of fundamental justice prescribed by section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* place a limitation upon the length of a person's detention pursuant to section 103 of the *Immigration Act*, and if so, what is the extent thereof and by what means is such limitation to be determined?

I have also been asked by counsel for the applicant to certify the following question:

Pursuant to section 103 of the *Immigration Act*, can an adjudicator lawfully detain a Convention refugee or Convention refugee claimant as being unlikely to report for removal solely upon such person's expressed unwillingness to return to the country where he or she fears persecution?

While I entertain some doubts as to the appropriateness of either of these questions in the way in which they are framed, because Charter considerations are at issue, I think it is appropriate that the Federal Court of Appeal have an opportunity to review this matter. I shall certify the questions requested.

le délai de quatorze (14) jours doit être prorogé, l'avocat de l'intimé prendra les mesures nécessaires pour organiser une conférence téléphonique afin de donner des explications à la Cour et à l'avocat du requérant.

Les parties soumettront à l'arbitre le plus d'éléments d'information possible pour lui permettre de parvenir à une décision éclairée et réfléchie, y compris les éléments d'information sur la question de savoir si le requérant constituerait une menace pour la sécurité publique une fois remis en liberté, s'il se présenterait à l'exécution éventuelle de la mesure de renvoi, sur les mesures qu'on envisage à l'égard du requérant et sur le temps que prendra l'exécution de ces mesures.

L'avocat de l'intimé m'a demandé de certifier la question suivante:

Les principes de justice fondamentale prescrits par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* imposent-ils une limite à la durée de la mise sous garde d'une personne sous le régime de l'article 103 de la *Loi sur l'immigration*; dans l'affirmative, quelle est l'étendue de cette limitation et quels sont les moyens de détermination de cette limitation?

De son côté, l'avocat du requérant m'a demandé de certifier la question suivante:

Sous le régime de l'article 103 de la *Loi sur l'immigration*, un arbitre est-il légalement habilité à mettre sous garde un réfugié au sens de la Convention ou un demandeur du statut de réfugié au sens de la Convention, par ce motif que cette personne ne se présentera vraisemblablement pas à l'exécution de la mesure de renvoi parce qu'elle a déclaré qu'elle ne voudrait pas revenir dans le pays où elle craint d'être persécutée?

Bien que j'ai quelque réserve à propos de la formulation de ces deux questions, je pense qu'il y a lieu de soumettre la matière à la Cour d'appel fédérale puisque l'affaire en instance met en jeu des questions touchant à la Charte. Je certifierai donc ces deux questions.