

**Adil Charkaoui** *Appellant*

v.

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

and

**Attorney General of Ontario, Amnesty  
International, British Columbia Civil  
Liberties Association, Canadian Bar  
Association, Canadian Civil Liberties  
Association, Canadian Council for Refugees,  
African Canadian Legal Clinic, International  
Civil Liberties Monitoring Group, National  
Anti-Racism Council of Canada, Canadian  
Arab Federation, Canadian Council on  
American-Islamic Relations, Canadian  
Muslim Civil Liberties Association, Criminal  
Lawyers' Association (Ontario), Federation  
of Law Societies of Canada, University of  
Toronto, Faculty of Law — International  
Human Rights Clinic, and Human Rights  
Watch** *Interveners*

- and -

**Hassan Almrei** *Appellant*

v.

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

and

**Attorney General of Ontario, Amnesty  
International, British Columbia Civil  
Liberties Association, Canadian Bar  
Association, Canadian Civil Liberties  
Association, Canadian Council for Refugees,**

**Adil Charkaoui** *Appellant*

c.

**Ministre de la Citoyenneté et de  
l'Immigration et ministre de la Sécurité  
publique et de la Protection civile** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario, Amnistie  
internationale, British Columbia Civil  
Liberties Association, Association du  
Barreau canadien, Association canadienne  
des libertés civiles, Conseil canadien pour  
les réfugiés, African Canadian Legal Clinic,  
Coalition pour la surveillance internationale  
des libertés civiles, National Anti-Racism  
Council of Canada, Fédération canado-  
arabe, Canadian Council on American-  
Islamic Relations, Canadian Muslim Civil  
Liberties Association, Criminal Lawyers'  
Association (Ontario), Fédération des ordres  
professionnels de juristes du Canada,  
University of Toronto, Faculty of Law —  
International Human Rights Clinic et Human  
Rights Watch** *Intervenants*

- et -

**Hassan Almrei** *Appellant*

c.

**Ministre de la Citoyenneté et de  
l'Immigration et ministre de la Sécurité  
publique et de la Protection civile** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario, Amnistie  
internationale, British Columbia Civil  
Liberties Association, Association du Barreau  
canadien, Association canadienne des libertés  
civiles, Conseil canadien pour les réfugiés,**

**African Canadian Legal Clinic, International Civil Liberties Monitoring Group, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Federation of Law Societies of Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch** *Interveners*

- and -

**Mohamed Harkat** *Appellant*

v.

**Minister of Citizenship and Immigration, Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, and Attorney General of Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario, Amnesty International, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Bar Association, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Council for Refugees, African Canadian Legal Clinic, International Civil Liberties Monitoring Group, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Federation of Law Societies of Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch** *Interveners*

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

**African Canadian Legal Clinic, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch** *Intervenants*

- et -

**Mohamed Harkat** *Appelant*

c.

**Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile et procureur général du Canada** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario, Amnistie internationale, British Columbia Civil Liberties Association, Association du Barreau canadien, Association canadienne des libertés civiles, Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CHARKAOUI c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

**Neutral citation: 2007 SCC 9.**

File Nos.: 30762, 30929, 31178.

2006: June 13, 14, 15; 2007: February 23.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL**

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Fair hearing — Immigration — Removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Judge reviewing reasonableness of certificate must ensure confidentiality of information on which certificate is based if disclosure would be injurious to national security — Named persons in certificates denied opportunity to known case put against them — Whether named persons deprived of their right to life, liberty and security of person in accordance with principles of fundamental justice — If not, whether limit imposed on named persons' constitutional right justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Right to prompt review of detention — Immigration — Removal — Detention of foreign nationals automatic upon issuance of certificate stating they are inadmissible to Canada on grounds of security — Whether detention without warrant or lack of review of detention until 120 days after reasonableness of certificate judicially confirmed infringes guarantee against arbitrary detention — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 9, 10(c).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment — Fundamental justice — Immigration — Extended period of detention pending removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Immigration legislation permitting lengthy and indeterminate detention or lengthy periods subject to onerous release conditions — Whether legislation constitutes cruel and*

**Référence neutre : 2007 CSC 9.**N<sup>os</sup> du greffe : 30762, 30929, 31178.

2006 : 13, 14, 15 juin; 2007 : 23 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Audition équitable — Immigration — Renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Juge saisi de l'examen du caractère raisonnable du certificat tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale — Personnes désignées dans les certificats privées de la possibilité de connaître la preuve pesant contre elles — L'atteinte portée au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des personnes désignées est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? — Si non, l'atteinte au droit constitutionnel des personnes désignées est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention — Immigration — Renvoi — Détention automatique des étrangers dès la délivrance d'un certificat attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — La mise en détention sans mandat ou l'absence de contrôle de la détention pendant 120 jours suivant la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat violent-elles le droit à la protection contre la détention arbitraire? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 9, 10(c).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitement cruel et inusité — Justice fondamentale — Immigration — Période de détention prolongée en attente du renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Loi sur l'immigration permettant la détention prolongée ou pour une durée indéterminée et l'assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une*

*unusual treatment or is inconsistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 12.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Immigration — Removal — Whether deportation scheme applicable only to non-citizens infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).*

*Constitutional law — Rule of law — Immigration — Removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Judge's determination on reasonableness of certificate final — Whether unavailability of appeal infringes rule of law — Whether rule of law prohibits automatic detention or detention on basis of executive decision.*

*Immigration law — Inadmissibility and removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Whether scheme under which certificates issued and detentions ordered constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 10(c), 12, 15 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 77 to 85.*

The *Immigration and Refugee Protection Act* (“*IRPA*”) allows the Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness to issue a certificate declaring that a foreign national or permanent resident is inadmissible to Canada on grounds of security, among others (s. 77), and leading to the detention of the person named in the certificate. The certificate and the detention are both subject to review by a judge of the Federal Court, in a process that may deprive the person of some or all of the information on the basis of which the certificate was issued or the detention ordered (s. 78). Once a certificate is issued, a permanent resident may be detained, and the detention must be reviewed within 48 hours; in the case of a foreign national, the detention is automatic and that person cannot apply for review until 120 days after a judge determines the certificate to be reasonable (ss. 82-84). The judge's determination on the reasonableness of the certificate cannot be appealed or judicially reviewed (s. 80(3)). If the judge finds the certificate to be reasonable, it becomes a removal order, which cannot be appealed and which may be immediately enforced (s. 81).

*longue période — La loi impose-t-elle un traitement cruel et inusité ou est-elle incompatible avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 12.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Immigration — Renvoi — Un régime d'expulsion applicable seulement aux non-citoyens porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).*

*Droit constitutionnel — Primauté du droit — Immigration — Renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat définitive — L'absence de droit d'appel est-elle contraire à la primauté du droit? — La primauté du droit interdit-elle la détention automatique ou la détention fondée sur une décision de l'exécutif?*

*Droit de l'immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Le régime régissant la délivrance de certificats et la détention est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 10(c), 12, 15 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 77 à 85.*

La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* («*LIPR*») permet au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile de délivrer un certificat attestant qu'un étranger ou un résident permanent est interdit de territoire au Canada, notamment pour raison de sécurité (art. 77), et entraînant la détention de la personne désignée dans le certificat. Le certificat et la détention sont assujettis au contrôle d'un juge de la Cour fédérale, effectué selon des règles qui peuvent priver la personne de l'accès à la totalité ou à une partie des renseignements sur la foi desquels le certificat a été délivré ou sa détention ordonnée (art. 78). Après la délivrance du certificat, un résident permanent peut être mis en détention, et sa détention doit être contrôlée dans un délai de 48 heures; dans le cas d'un étranger, la détention est automatique et une demande de contrôle ne peut être présentée que 120 jours après la confirmation par un juge du caractère raisonnable du certificat (art. 82-84). La décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire (par. 80(3)). Le certificat considéré raisonnable par le juge devient une mesure de renvoi, qui est sans appel et peut être exécutée immédiatement (art. 81).

Certificates of inadmissibility have been issued by the Ministers against the appellants C, H and A. While C is a permanent resident, H and A are foreign nationals who had been recognized as Convention refugees. All were living in Canada when they were arrested and detained on the basis of allegations that they constituted a threat to the security of Canada by reason of involvement in terrorist activities. C and H were released on conditions in 2005 and 2006 respectively, but A remains in detention. Both the Federal Court and the Federal Court of Appeal upheld the constitutional validity of the *IRPA*'s certificate scheme.

*Held*: The appeals should be allowed.

- (1) *Procedure for determining reasonableness of certificate and for review of detention*

The procedure under the *IRPA* for determining whether a certificate is reasonable and the detention review procedures infringe s. 7 of the *Charter*. While the deportation of a non-citizen in the immigration context may not in itself engage s. 7, features associated with deportation may do so. Here, s. 7 is clearly engaged because the person named in a certificate faces detention pending the outcome of the proceedings and because the process may lead to the person's removal to a place where his or her life or freedom would be threatened. Further, the *IRPA*'s impairment of the named person's right to life, liberty and security is not in accordance with the principles of fundamental justice. The procedure for determining whether a certificate is reasonable and the detention review procedure fail to assure the fair hearing that s. 7 requires before the state deprives a person of this right. [13-14] [17-18] [65]

The right to a fair hearing comprises the right to a hearing before an independent and impartial magistrate who must decide on the facts and the law, the right to know the case put against one, and the right to answer that case. While the *IRPA* procedures properly reflect the exigencies of the security context, security concerns cannot be used, at the s. 7 stage of the analysis, to excuse procedures that do not conform to fundamental justice. Here, the *IRPA* scheme includes a hearing and meets the requirement of independence and impartiality, but the secrecy required by the scheme denies the person named in a certificate the opportunity to know the case put against him or her, and hence to challenge the government's case. This, in turn, undermines the judge's ability to come to a decision based on all the relevant facts and law. The judges of the Federal Court,

Les ministres ont délivré des certificats d'interdiction de territoire contre les appelants C, H et A. C est un résident permanent, tandis que H et A sont des étrangers qui ont obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention. Ils vivaient tous au Canada au moment de leur arrestation et de leur mise en détention sur le fondement d'allégations selon lesquelles ils constituaient une menace pour la sécurité du Canada en raison de leur participation à des activités terroristes. C et H ont été libérés sous conditions en 2005 et 2006 respectivement, mais A demeure détenu. La Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont confirmé la validité constitutionnelle du régime de certificats établi par la *LIPR*.

*Arrêt* : Les pourvois sont accueillis.

- (1) *Les procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat et de contrôle de la détention*

Les procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat et de contrôle de la détention établies par la *LIPR* contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*. Bien que l'expulsion d'un non-citoyen dans le contexte de l'immigration n'enclenche peut-être pas en soi l'application de l'art. 7, certains éléments rattachés à l'expulsion pourraient l'enclencher. En l'espèce, il est clair que l'art. 7 trouve application, parce que la personne désignée dans un certificat peut être mise en détention jusqu'à l'issue de la procédure et parce que le processus peut entraîner son renvoi vers une destination où sa vie ou sa liberté seraient menacées. De plus, l'atteinte portée par la *LIPR* au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne désignée n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Les procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat et de contrôle de la détention ne garantissent pas l'audition équitable requise par l'art. 7 lorsque l'État porte atteinte à ce droit. [13-14] [17-18] [65]

Le droit à une audition équitable comprend le droit à une audition devant un magistrat indépendant et impartial, qui rend une décision fondée sur les faits et sur le droit, le droit de chacun de connaître la preuve produite contre lui et le droit d'y répondre. Bien que les procédures établies par la *LIPR* tiennent compte, à bon droit, des exigences propres au contexte de la sécurité, les questions de sécurité ne peuvent servir à légitimer, à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, une procédure non conforme à la justice fondamentale. En l'occurrence, le régime établi par la *LIPR* inclut une audition et satisfait à l'exigence de l'indépendance et de l'impartialité du juge, mais le secret requis par le régime empêche la personne désignée de savoir ce qui lui est reproché et, partant, de contester la thèse du gouvernement. Ce qui a ensuite pour effet de miner la capacité du juge

who are required under the *IRPA* to conduct a searching examination of the reasonableness of the certificate, in an independent and judicial fashion and on the material placed before them, do not possess the full and independent powers to gather evidence that exist in an inquisitorial process. At the same time, the person named in a certificate is not given the disclosure and the right to participate in the proceedings that characterize the adversarial process. The result is a concern that the judge, despite his or her best efforts to get all the relevant evidence, may be obliged, perhaps unknowingly, to make the required decision based on only part of the relevant evidence. Similar concerns arise with respect to the requirement that the decision be based on the law. Without knowledge of the information put against him or her, the person named in a certificate may not be in a position to raise legal objections relating to the evidence, or to develop legal arguments based on the evidence. If s. 7 is to be satisfied, either the person must be given the necessary information, or a substantial substitute for that information must be found. The *IRPA* provides neither. [23] [27-31] [38] [45] [50-52] [61] [65]

The infringement of s. 7 is not saved by s. 1 of the *Charter*. While the protection of Canada's national security and related intelligence sources constitutes a pressing and substantial objective, and the non-disclosure of evidence at certificate hearings is rationally connected to this objective, the *IRPA* does not minimally impair the rights of persons named in certificates. Less intrusive alternatives developed in Canada and abroad, notably the use of special counsel to act on behalf of the named persons, illustrate that the government can do more to protect the individual while keeping critical information confidential than it has done in the *IRPA*. [66] [68] [70] [73] [85] [87]

## (2) *Detention of foreign nationals*

The detention of foreign nationals without warrant does not infringe the guarantee against arbitrary detention in s. 9 of the *Charter*. The triggering event for the detention of a foreign national is the signing under s. 77 of the *IRPA* of a certificate stating that the foreign national is inadmissible on grounds of security, violation of human or international rights, serious criminality or organized criminality. The security ground is based on the danger posed by the named person, and

de rendre une décision fondée sur l'ensemble des faits et du droit pertinents. Les juges de la Cour fédérale, qui sont tenus par la *LIPR* de procéder à un examen rigoureux du caractère raisonnable du certificat, de façon indépendante et judiciaire et à partir des renseignements dont ils disposent, ne sont pas investis de tous les pouvoirs indépendants de colliger les éléments de preuve que leur conférerait un processus inquisitoire. Par contre, la personne désignée dans le certificat ne bénéficie ni de la divulgation de la preuve ni du droit de participer à la procédure qui caractérisent un processus contradictoire. En conséquence, on craint que le juge, en dépit des efforts qu'il déploie pour obtenir toute la preuve pertinente, soit obligé — peut-être sans le savoir — de rendre sa décision sur le fondement d'une partie seulement de la preuve pertinente. Des problèmes semblables se posent quant au respect de l'exigence voulant que la décision soit fondée sur le droit. Ne sachant pas ce qui lui est reproché, il se peut que la personne désignée dans le certificat ne soit pas en mesure de soulever une objection juridique contre un élément de preuve ou de faire valoir des arguments de droit fondés sur la preuve. Pour respecter l'art. 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à l'intéressé, soit trouver une autre façon de l'informer pour l'essentiel. La *LIPR* ne prévoit ni l'un ni l'autre. [23] [27-31] [38] [45] [50-52] [61] [65]

La contravention à l'art. 7 n'est pas validée par application de l'article premier de la *Charte*. Bien que la protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue un objectif urgent et réel et que la non-communication d'éléments de preuve dans le cadre d'une audition sur un certificat ait un lien rationnel avec cet objectif, la *LIPR* ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des personnes désignées dans un certificat. Les solutions moins attentatoires conçues au Canada et à l'étranger, notamment le recours à un avocat spécial pour représenter les personnes désignées, démontrent que le législateur peut faire mieux qu'il ne l'a fait dans la *LIPR* pour protéger les individus tout en préservant la confidentialité des renseignements sensibles. [66] [68] [70] [73] [85] [87]

## (2) *Détention des étrangers*

La détention sans mandat des étrangers ne viole pas les droits à la protection contre la détention arbitraire garanti à l'art. 9 de la *Charte*. L'événement à l'origine de la détention d'un étranger est la signature, en vertu de l'art. 77 de la *LIPR*, du certificat attestant que cet étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée. Le motif de la sécurité est basé sur le danger que

therefore provides a rational foundation for the detention. However, the lack of review of the detention of foreign nationals until 120 days after the reasonableness of the certificate has been judicially confirmed (s. 84(2)) infringes the guarantee against arbitrary detention in s. 9 of the *Charter*, which encompasses the right to prompt review of detention under s. 10(c) of the *Charter*. While there may be a need for some flexibility regarding the period for which a suspected terrorist may be detained, this cannot justify the complete denial of a timely detention review. [88-89] [91] [93]

The infringement of ss. 9 and 10(c) is not justified under s. 1 of the *Charter*. The *IRPA* provides permanent residents who pose a danger to national security with a mandatory detention review within 48 hours. It follows that denial of review for foreign nationals for 120 days after the certificate is confirmed does not minimally impair the rights guaranteed by ss. 9 and 10(c). [93-94]

### (3) *Extended periods of detention*

While the s. 12 guarantee against cruel and unusual treatment cannot be used as a mechanism to challenge the overall fairness of a particular legislative regime, indefinite detention without hope of release or recourse to a legal process to procure release may cause psychological stress and therefore constitute cruel and unusual treatment. The *IRPA* in principle imposes detention only pending deportation, but it may in fact permit lengthy and indeterminate detention, or lengthy periods of detention subject to onerous release conditions. The principles of fundamental justice and the guarantee of freedom from cruel and unusual treatment require that, where a person is detained or is subject to onerous conditions of release for an extended period under immigration law, the detention or the conditions must be accompanied by a meaningful process of ongoing review that takes into account the context and circumstances of the individual case. The person must be accorded meaningful opportunities to challenge his or her continued detention or the conditions of his or her release. [97-98] [105] [107]

Extended periods of detention pending deportation under the certificate provisions of the *IRPA* do not violate ss. 7 and 12 of the *Charter* if accompanied by a process that provides regular opportunities for review

représente la personne désignée, et constitue un fondement rationnel pour la détention. Toutefois, l'absence de contrôle de la détention des étrangers avant que ne se soient écoulés 120 jours après la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat (par. 84(2)) porte atteinte à la protection contre la détention arbitraire garantie par l'art. 9 de la *Charte*, qui comprend le droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention garanti par l'al. 10(c) de la *Charte*. Certes, une certaine souplesse peut être nécessaire quant à la durée de la détention d'une personne soupçonnée de terrorisme, mais cela ne saurait justifier l'absence totale de possibilité de faire contrôler promptement la détention. [88-89] [91] [93]

La contravention à l'art. 9 et à l'al. 10(c) n'est pas justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. La *LIPR* assure aux résidents permanents qui posent un danger pour la sécurité nationale le contrôle obligatoire de leur détention dans un délai de 48 heures. Par conséquent, empêcher le contrôle de la détention des étrangers durant les 120 jours qui suivent la confirmation du certificat ne porte pas le moins possible atteinte aux droits que garantissent aux étrangers l'art. 9 et l'al. 10(c). [93-94]

### (3) *Détention prolongée*

Bien que la garantie de l'art. 12 contre tout traitement cruel et inusité ne soit pas un mécanisme pouvant servir à contester globalement le caractère équitable d'un régime législatif particulier, la détention d'une durée indéterminée sans espoir d'être libéré, ni aucune voie de droit pour obtenir une mise en liberté, peut causer un stress psychologique et constituer de ce fait un traitement cruel et inusité. La *LIPR* n'impose en principe la détention qu'en attendant l'expulsion, mais elle peut en fait permettre une détention prolongée ou pour une durée indéterminée, ou l'assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période. Les principes de justice fondamentale et le droit à la protection contre tous traitements cruels ou inusités exigent que la détention d'une personne ou son assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période, en vertu du droit de l'immigration, soient assortis d'un processus valable de contrôle continu qui tienne compte du contexte et des circonstances propres à chaque cas. Chacun doit avoir la possibilité réelle de contester son maintien en détention ou ses conditions de mise en liberté. [97-98] [105] [107]

Les longues périodes de détention en attente de l'expulsion permises par les dispositions de la *LIPR* régissant les certificats ne contreviennent pas aux art. 7 et 12 de la *Charte* lorsqu'elles sont assorties d'un processus

of detention, taking into account all of the relevant factors, including the reasons for detention, the length of the detention, the reasons for the delay in deportation, the anticipated future length of detention, if applicable, and the availability of alternatives to detention. However, this does not preclude the possibility of a judge concluding at a certain point that a particular detention constitutes cruel and unusual treatment or is inconsistent with the principles of fundamental justice. [110-116] [123]

(4) *Differential treatment of citizens and non-citizens*

Since s. 6 of the *Charter* specifically provides for differential treatment of citizens and non-citizens in deportation matters, a deportation scheme that applies to non-citizens, but not to citizens, does not for that reason alone infringe s. 15 of the *Charter*. Even though the detention of some of the appellants has been long, the record does not establish that the detentions at issue have become unhinged from the state's purpose of deportation. [129] [131]

(5) *Rule of law*

The rule of law is not infringed by (1) the unavailability of an appeal of the designated judge's review of the reasonableness of the certificate; or (2) the provision for the issuance of an arrest warrant by the executive in the case of a permanent resident, or for mandatory arrest without a warrant following an executive decision in the case of a foreign national. First, there is no constitutional right to an appeal, nor can such a right be said to flow from the rule of law in the present context. Second, the rule of law does not categorically prohibit automatic detention, or detention on the basis of an executive decision, and the constitutional protections surrounding arrest and detention are set out in the *Charter*. [133] [136-137]

(6) *Remedy*

The *IRPA*'s procedure for the judicial approval of certificates is inconsistent with the *Charter*, and hence of no force or effect. This declaration is suspended for one year from the date of this judgment. If the government chooses to have the reasonableness of C's certificate determined during the one-year suspension period, the existing process under the *IRPA* will apply. After that period, H and A's certificates will lose their "reasonable" status and it will be open to them to apply to have the certificates quashed. Likewise, any certificates or detention reviews occurring after

qui offre la possibilité de faire contrôler régulièrement la détention en fonction de tous les facteurs pertinents, y compris les motifs de la détention, le temps passé en détention, les raisons qui retardent l'expulsion, la durée anticipée du prolongement de la détention, le cas échéant, et l'existence de solutions de rechange à la détention. Cela n'écarte toutefois pas la possibilité que, dans un cas particulier, un juge arrive à la conclusion que la détention constitue un traitement cruel et inusité ou est incompatible avec les principes de justice fondamentale. [110-116] [123]

(4) *Traitement différent des citoyens et des non-citoyens*

Comme l'art. 6 de la *Charte* prévoit expressément un traitement différent pour les citoyens et les non-citoyens en matière d'expulsion, un régime d'expulsion qui s'applique uniquement aux non-citoyens, à l'exclusion des citoyens, n'est pas de ce seul fait contraire à l'art. 15 de la *Charte*. En dépit de la longue détention de certains des appelants le dossier n'établit pas l'absence de lien entre les détentions en cause et l'objectif de l'État d'expulser les intéressés. [129] [131]

(5) *La primauté du droit*

Ni (1) l'absence d'un droit d'appel de la conclusion du juge désigné portant que le certificat est raisonnable, ni (2) les dispositions qui permettent au pouvoir exécutif de lancer un mandat d'arrestation, dans le cas d'un résident permanent, ou prévoient l'arrestation obligatoire sans mandat à la suite d'une décision du pouvoir exécutif, dans le cas d'un étranger, ne sont incompatibles avec la primauté du droit. Premièrement, le droit d'appel n'est pas garanti par la Constitution et on ne peut affirmer que ce droit découle de la primauté du droit dans le présent contexte. Deuxièmement, la primauté du droit n'interdit pas catégoriquement la détention automatique, ni la détention ordonnée par l'exécutif, et les protections constitutionnelles en cas d'arrestation et de détention sont énoncées dans la *Charte*. [133] [136-137]

(6) *Réparation*

La procédure de confirmation judiciaire des certificats établie par la *LIPR* est incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. L'effet de la présente déclaration est suspendu pour un an à compter de la date du présent jugement. Si le gouvernement décide de faire examiner le caractère raisonnable du certificat visant C pendant cette période, la procédure existante prévue par la *LIPR* s'appliquera. Après ce délai, les certificats visant H et A perdront le caractère « raisonnable » qui leur a été reconnu et ils pourront en demander l'annulation. De même, l'examen d'un certificat et le contrôle de la



the one-year delay will be subject to the new process devised by Parliament. Further, s. 84(2), which denies a prompt hearing to foreign nationals by imposing a 120-day embargo, after confirmation of the certificate, on applications for release, is struck, and s. 83 is modified so as to allow for review of the detention of a foreign national both before and after the certificate has been deemed reasonable. [139-141]

### Cases Cited

**Referred to:** *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Jaballah (Re)* (2006), 148 C.R.R. (2d) 1, 2006 FC 1230; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, 2005 SCC 51; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *United States of America v. Ferras*, [2006] 2 S.C.R. 77, 2006 SCC 33; *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554, 2006 SCC 15; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 FC 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 F.C.R. 389, 2005 FC 248; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100, 2005 SCC 40; *R. v. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64; *R. v. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186; *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, [2005] 2 S.C.R. 286, 2005 SCC 44; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350; Eur. Court H.R., *Chahal v. United Kingdom*, judgment of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions 1996-V*; *M. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] 2 All E.R. 863,

détention effectués après l'expiration de cette période de un an seront assujettis au nouveau processus conçu par le législateur. De plus, le par. 84(2), qui nie aux étrangers détenus le droit à une audition dans un bref délai, en interdisant toute demande de mise en liberté pendant une période de 120 jours suivant la confirmation du certificat, est radié et l'art. 83 est modifié pour permettre le contrôle de la détention d'un étranger tant avant qu'après qu'il soit statué sur le caractère raisonnable du certificat. [139-141]

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Jaballah (Re)*, [2006] A.C.F. n° 1706 (QL), 2006 CF 1230; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, 2005 CSC 51; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, [2006] 2 R.C.S. 77, 2006 CSC 33; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, 2006 CSC 15; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 CF 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389, 2005 CF 248; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, 2005 CSC 40; *R. c. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64; *R. c. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350; Cour eur. D.H., *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions 1996-V*; *M. c. Secretary*

[2004] EWCA Civ 324, aff'g [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), March 8, 2004; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *Slivenko v. Latvia* [GC], No. 48321/99, ECHR 2003-X; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Wiles*, [2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84; *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214; Eur. Court H.R., *Soering* case, judgment of 7 July 1989, Series A, No. 161; *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 F.C.R. 528, 2003 FC 882; *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171; *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 321, 2006 FC 628; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 270 F.T.R. 1, 2005 FC 1645; *R. v. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983; *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *Zündel, Re* (2004), 331 N.R. 180, 2004 FCA 394.

### Statutes and Regulations Cited

*Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41.  
*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (U.K.), 2001, c. 24, s. 23.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37 to 39, 38.01, 38.02, 38.04.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 6(1), 7, 9, 10(c), 11(d), 12, 15, 24(1).  
*Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21 (later R.S.C. 1985, c. C-23).  
*Constitution Act, 1867*, s. 96.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487.055, 503(1).  
*Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 4.  
*Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2 (formerly *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52), ss. 39(2), (6), (9), (10), 40(1), 40.1.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 55 to 58, 77 to 85, 112, 115.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, r. 248.  
*Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (U.K.), 1997, c. 68, s. 6(1), (4).  
*Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003*, S.I. 2003/1034, rr. 35, 36, 38.

*of State for the Home Department*, [2004] 2 All E.R. 863, [2004] EWCA Civ 324, conf. [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), 8 mars 2004; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas c. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, CEDH 2003-X; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Wiles*, [2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84; *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214; Cour eur. D.H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A, n° 161; *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 R.C.F. 528, 2003 CF 882; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1114 (QL); *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 321, 2006 CF 628; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] A.C.F. n° 1994 (QL), 2005 CF 1645; *R. c. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983; *A. c. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *Zündel, Re*, [2004] A.C.F. n° 1982 (QL), 2004 CAF 394.

### Lois et règlements cités

*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (R.-U.), 2001, ch. 24, art. 23.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 6(1), 7, 9, 10(c), 11(d), 12, 15, 24(1).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055, 503(1).  
*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 96.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2 (auparavant *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52), art. 39(2), (6), (9), (10), 40(1), 40.1.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 55 à 58, 77 à 85, 112, 115.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37 à 39, 38.01, 38.02, 38.04.  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, ch. 21 (maintenant L.R.C. 1985, ch. C-23).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 4.  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, règle 248.  
*Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (R.-U.), 1997, ch. 68, art. 6(1), (4).  
*Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003*, S.I. 2003/1034, règles 35, 36, 38.

### Treaties and Other International Instruments

*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221, arts. 5, 14.

### Authors Cited

- Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities*. Ottawa: The Commission, 2006.
- Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*. Ottawa: The Commission, 2006.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, 1<sup>st</sup> Sess., 37th Parl., April 26, 2001 (online: <http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?SourceID=54760>).
- Canada. Security Intelligence Review Committee. *Annual Report 1988-1989*. Ottawa: The Committee, 1989.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).
- Hugessen, James K. "Watching the Watchers: Democratic Oversight", in David Daubney et al., eds., *Terrorism, Law and Democracy: How is Canada changing following September 11?* Montréal: Thémis, 2002, 381.
- Rankin, Murray. "The Security Intelligence Review Committee: Reconciling National Security with Procedural Fairness" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173.
- Roach, Kent. "Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law" (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102.
- Stewart, Hamish. "Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional?" (2005), 54 *U.N.B.L.J.* 235.
- United Kingdom. House of Commons Constitutional Affairs Committee. *The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*, 7th Report, Sess. 2004-05, vol. 1. London: Stationery Office, 2005.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Décary and Létourneau J.J.A.), [2005] 2 F.C.R. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 328 N.R. 201, 126 C.R.R. (2d) 298, 42 Imm. L.R. (3d) 165, [2004] F.C.J. No. 2060 (QL), 2004 FCA 421, upholding a decision of Noël J., [2004] 3 F.C.R. 32, 253 F.T.R. 22, 38 Imm. L.R. (3d) 56, [2003] F.C.J. No. 1816 (QL), 2003 FC 1419, refusing to declare

### Traité et autres instruments internationaux

*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, art. 5, 14.

### Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, *Témoignages*, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 26 avril 2001 (en ligne : <http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?COM=212&SourceId=54760&SwitchLanguage=1>).
- Canada. Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. *Rapport annuel 1988-1989*. Ottawa : Le Comité, 1989.
- Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*. Ottawa : La Commission, 2006.
- Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*. Ottawa : La Commission, 2006.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).
- Hugessen, James K. « Watching the Watchers : Democratic Oversight », dans David Daubney et autres, dir., *Terrorisme, droit et démocratie : Comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre?* Montréal : Thémis, 2002, 381.
- Rankin, Murray. « The Security Intelligence Review Committee : Reconciling National Security with Procedural Fairness » (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173.
- Roach, Kent. « Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law » (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102.
- Royaume-Uni. House of Commons Constitutional Affairs Committee. *The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*, 7th Report, Sess. 2004-05, vol. 1. London : Stationery Office, 2005.
- Stewart, Hamish. « Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional? » (2005), 54 *R.D. U.N.-B.* 235.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Décary et Létourneau), [2005] 2 R.C.F. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 328 N.R. 201, 126 C.R.R. (2d) 298, 42 Imm. L.R. (3d) 165, [2004] A.C.F. n° 2060 (QL), 2004 CAF 421, qui a maintenu la décision du juge Noël, [2004] 3 R.C.F. 32, 253 F.T.R. 22, 38 Imm. L.R. (3d) 56, [2003] A.C.F. n° 1816 (QL),

parts of the *Immigration and Refugee Protection Act* unconstitutional at the request of the appellant Charkaoui. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Sexton and Sharlow J.J.A.), [2005] 3 F.C.R. 142, 251 D.L.R. (4th) 13, 330 N.R. 73, 45 Imm. L.R. (3d) 163, [2005] F.C.J. No. 213 (QL), 2005 FCA 54, upholding a decision of Blanchard J., [2004] 4 F.C.R. 327, 249 F.T.R. 53, 38 Imm. L.R. (3d) 117, [2004] F.C.J. No. 509 (QL), 2004 FC 420, refusing to declare parts of the *Immigration and Refugee Protection Act* unconstitutional at the request of the appellant Almrei. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Décary and Létourneau J.J.A.) (2005), 340 N.R. 286, [2005] F.C.J. No. 1467 (QL), 2005 FCA 285, upholding a decision of Dawson J. (2005), 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65, [2005] F.C.J. No. 481 (QL), 2005 FC 393, refusing to declare parts of the *Immigration and Refugee Protection Act* unconstitutional at the request of the appellant Harkat. Appeal allowed.

*Johanne Doyon and Julius H. Grey*, for the appellant Charkaoui.

*John Norris and Barbara Jackman*, for the appellant Almrei.

*Paul D. Copeland and Matt Webber*, for the appellant Harkat.

*Bernard Laprade, Normand Lemyre and Daniel Latulippe*, for the respondents (30762).

*Urszula Kaczmarczyk, Donald A. MacIntosh and Cheryl D. Mitchell*, for the respondents (30929).

*Bernard Laprade, Urszula Kaczmarczyk and Donald A. MacIntosh*, for the respondents (31178).

*John Corelli and Ian Bulmer*, for the intervener the Attorney General of Ontario (30762, 31178).

*Shaun Nakatsuru and Michael Doi*, for the intervener the Attorney General of Ontario (30929).

2003 CF 1419, qui a refusé de déclarer inconstitutionnelles certaines parties de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à la demande de l'appellant Charkaoui. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Sexton et Sharlow), [2005] 3 R.C.F. 142, 251 D.L.R. (4th) 13, 330 N.R. 73, 45 Imm. L.R. (3d) 163, [2005] A.C.F. n° 213 (QL), 2005 CAF 54, qui a maintenu une décision du juge Blanchard, [2004] 4 R.C.F. 327, 249 F.T.R. 53, 38 Imm. L.R. (3d) 117, [2004] A.C.F. n° 509 (QL), 2004 CF 420, qui a refusé de déclarer inconstitutionnelles certaines parties de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à la demande de l'appellant Almrei. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Décary et Létourneau) (2005), 340 N.R. 286, [2005] A.C.F. n° 1467 (QL), 2005 CAF 285, qui a maintenu une décision de la juge Dawson (2005), 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65, [2005] A.C.F. n° 481 (QL), 2005 CF 393, qui a refusé de déclarer inconstitutionnelles certaines parties de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à la demande de l'appellant Harkat. Pourvoi accueilli.

*Johanne Doyon et Julius H. Grey*, pour l'appellant Charkaoui.

*John Norris et Barbara Jackman*, pour l'appellant Almrei.

*Paul D. Copeland et Matt Webber*, pour l'appellant Harkat.

*Bernard Laprade, Normand Lemyre et Daniel Latulippe*, pour les intimés (30762).

*Urszula Kaczmarczyk, Donald A. MacIntosh et Cheryl D. Mitchell*, pour les intimés (30929).

*Bernard Laprade, Urszula Kaczmarczyk et Donald A. MacIntosh*, pour les intimés (31178).

*John Corelli et Ian Bulmer*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario (30762, 31178).

*Shaun Nakatsuru et Michael Doi*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario (30929).

*Michael Bossin, Owen M. Rees, Vanessa Gruben and Thomas G. Conway*, for the intervener Amnesty International.

*Gregory P. DelBigio and Jason B. Gratl*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Lorne Waldman*, for the intervener the Canadian Bar Association.

*Edward L. Greenspan, Q.C., and David N. Tice*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Sharryn Aiken, Marie Chen and Mary Eberts*, for the interveners the Canadian Council for Refugees, the African Canadian Legal Clinic, the International Civil Liberties Monitoring Group and the National Anti-Racism Council of Canada.

*R. Douglas Elliott and Gabriel R. Fahel*, for the intervener the Canadian Arab Federation.

*David Baker and Faisal Bhabha*, for the interveners the Canadian Council on American-Islamic Relations and the Canadian Muslim Civil, Liberties Association.

*Michael Code*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Neil Finkelstein and Catherine Beagan Flood*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

*Sujit Choudhry and Robert A. Centa*, for the interveners the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Introduction

One of the most fundamental responsibilities of a government is to ensure the security of its

*Michael Bossin, Owen M. Rees, Vanessa Gruben et Thomas G. Conway*, pour l'intervenante Amnistie internationale.

*Gregory P. DelBigio et Jason B. Gratl*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*Lorne Waldman*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

*Edward L. Greenspan, c.r., et David N. Tice*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Sharryn Aiken, Marie Chen et Mary Eberts*, pour les intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles et National Anti-Racism Council of Canada.

*R. Douglas Elliott et Gabriel R. Fahel*, pour l'intervenante la Fédération canado-arabe.

*David Baker et Faisal Bhabha*, pour les intervenants Canadian Council on American-Islamic Relations et Canadian Muslim Civil Liberties Association.

*Michael Code*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Neil Finkelstein et Catherine Beagan Flood*, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

*Sujit Choudhry et Robert A. Centa*, pour les intervenantes University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

## I. Introduction

L'une des responsabilités les plus fondamentales d'un gouvernement est d'assurer la sécurité de

citizens. This may require it to act on information that it cannot disclose and to detain people who threaten national security. Yet in a constitutional democracy, governments must act accountably and in conformity with the Constitution and the rights and liberties it guarantees. These two propositions describe a tension that lies at the heart of modern democratic governance. It is a tension that must be resolved in a way that respects the imperatives both of security and of accountable constitutional governance.

In this case, we are confronted with a statute, the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”), that attempts to resolve this tension in the immigration context by allowing the Minister of Citizenship and Immigration (the “Minister”), and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (collectively “the ministers”) to issue a certificate of inadmissibility leading to the detention of a permanent resident or foreign national deemed to be a threat to national security. The certificate and the detention are both subject to review by a judge, in a process that may deprive the person named in the certificate of some or all of the information on the basis of which the certificate was issued or the detention ordered. The question is whether the solution that Parliament has enacted conforms to the Constitution, and in particular the guarantees in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that protect against unjustifiable intrusions on liberty, equality and the freedom from arbitrary detention and from cruel and unusual treatment.

I conclude that the *IRPA* unjustifiably violates s. 7 of the *Charter* by allowing the issuance of a certificate of inadmissibility based on secret material without providing for an independent agent at the stage of judicial review to better protect the named person’s interests. I also conclude that some of the time limits in the provisions for continuing detention of a foreign national violate ss. 9 and

ses citoyens. Pour y parvenir, il peut arriver qu’il doive agir sur la foi de renseignements qu’il ne peut divulguer ou détenir des personnes qui constituent une menace pour la sécurité nationale. En revanche, dans une démocratie constitutionnelle, le gouvernement doit agir de manière responsable, en conformité avec la Constitution et les droits et libertés qu’elle garantit. Ces deux propositions illustrent une tension inhérente au système de gouvernance démocratique moderne. Cette tension ne peut être réglée que dans le respect des impératifs à la fois de la sécurité et d’une gouvernance constitutionnelle responsable.

Le pourvoi porte sur une loi qui est censée régler cette tension dans le contexte de l’immigration, soit la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »). Celle-ci autorise le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (le « ministre ») et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (collectivement « les ministres ») à délivrer un certificat d’interdiction de territoire entraînant la détention d’un résident permanent ou d’un étranger considéré comme constituant un danger pour la sécurité nationale. Le certificat et la détention sont assujettis au contrôle d’un juge. La procédure de contrôle se déroule selon des règles qui peuvent priver la personne désignée dans le certificat de l’accès à la totalité ou à une partie des renseignements sur la foi desquels le certificat a été délivré ou sa détention ordonnée. Il s’agit en l’espèce de savoir si la solution retenue par le législateur est conforme à la Constitution, et plus particulièrement si elle respecte les garanties incluses dans la *Charte canadienne des droits et libertés* contre toute atteinte injustifiable à la liberté, à l’égalité, à la protection contre la détention arbitraire et à la protection contre tout traitement cruel et inusité.

Je conclus que la *LIPR* contrevient de manière injustifiable à l’art. 7 de la *Charte* en autorisant la délivrance d’un certificat d’interdiction de territoire sur la foi de documents secrets, sans prévoir la participation d’un représentant indépendant à l’étape du contrôle judiciaire pour garantir le plus grand respect des intérêts de la personne désignée. Je conclus également que certains des délais

10(c) because they are arbitrary. I find that s. 12 has not been shown to be violated since a meaningful detention review process offers relief against the possibility of indefinite detention. Finally, I find that there is no breach of the s. 15 equality right.

## II. Background

4 The provisions of the *IRPA* at issue in this case, reproduced in the Appendix, are part of Canada's immigration law. Their purpose is to permit the removal of non-citizens living in Canada — permanent residents and foreign nationals — on various grounds, including connection with terrorist activities. The scheme permits deportation on the basis of confidential information that is not to be disclosed to the person named in the certificate or anyone acting on the person's behalf or in his or her interest. The scheme was meant to “facilitat[e] the early removal of persons who are inadmissible on serious grounds, including persons posing a threat to the security of Canada” (*Clause by Clause Analysis* (2001), at p. 72). In reality, however, it may also lead to long periods of incarceration.

5 The *IRPA* requires the ministers to sign a certificate declaring that a foreign national or permanent resident is inadmissible to enter or remain in Canada on grounds of security, among others: s. 77. A judge of the Federal Court then reviews the certificate to determine whether it is reasonable: s. 80. If the state so requests, the review is conducted *in camera* and *ex parte*. The person named in the certificate has no right to see the material on the basis of which the certificate was issued. Non-sensitive material may be disclosed; sensitive or confidential material must not be disclosed if the government objects. The named person and his or her lawyer cannot see undisclosed material, although the ministers and the reviewing judge may rely on it. At the end of the day, the judge must provide the person with a summary of the case against him or her — a summary that does not

prévus par les dispositions permettant de maintenir un étranger en détention contreviennent à l'art. 9 et à l'al. 10c), parce qu'ils sont arbitraires. Je conclus qu'aucune contravention à l'art. 12 n'a été démontrée, étant donné qu'un processus valable de contrôle de la détention offre un recours contre la possibilité d'une détention d'une durée indéterminée. Enfin, je conclus à l'absence de violation du droit à l'égalité garanti par l'art. 15.

## II. Les faits

Les dispositions en cause de la *LIPR*, reproduites en annexe, font partie intégrante du droit canadien de l'immigration. Elles visent à permettre le renvoi de non-citoyens qui vivent au Canada — résidents permanents et étrangers — pour divers motifs, y compris un lien avec des activités terroristes. Ce régime autorise l'expulsion sur la foi de renseignements confidentiels qui ne sont communiqués ni à la personne désignée dans le certificat ni à qui que ce soit qui agirait en son nom ou défendrait ses intérêts. Il avait pour objectif de [TRADUCTION] « facilit[er] le renvoi rapide des personnes interdites de territoire pour des motifs graves, notamment celles qui constituent un danger pour la sécurité du Canada » (*Clause by Clause Analysis* (2001), p. 72). Or, dans les faits, il peut aussi entraîner de longues périodes d'incarcération.

La *LIPR* exige que les ministres signent un certificat attestant qu'un étranger ou un résident permanent est interdit de territoire pour raison de sécurité, de sorte qu'il n'est autorisé ni à entrer ni à demeurer au Canada : art. 77. Un juge de la Cour fédérale examine ensuite le certificat afin de déterminer s'il est raisonnable : art. 80. Si l'État le demande, l'examen se déroule à huis clos et en l'absence de l'intéressé. La personne désignée dans le certificat n'a pas le droit de prendre connaissance des documents sur la foi desquels le certificat a été délivré. Les renseignements qui ne sont pas sensibles peuvent être communiqués. Par contre, les renseignements sensibles ou confidentiels ne peuvent pas être divulgués si le gouvernement s'oppose à leur divulgation. Ni la personne désignée ni son avocat ne peuvent prendre connaissance des renseignements tenus secrets, même si les ministres et le juge peuvent

disclose material that might compromise national security. If the judge determines that the certificate is reasonable, there is no appeal and no way to have the decision judicially reviewed: s. 80(3).

The consequences of the issuance and confirmation of a certificate of inadmissibility vary, depending on whether the person is a permanent resident of Canada or a foreign national whose right to remain in Canada has not yet been confirmed. Permanent residents who the ministers have reasonable grounds to believe are a danger to national security *may* be held in detention. In order to detain them, the ministers must issue a warrant stating that the person is a threat to national security or to another person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal. Foreign nationals, meanwhile, *must* be detained once a certificate is issued: under s. 82(2), the detention is automatic. While the detention of a permanent resident must be reviewed within 48 hours, a foreign national, on the other hand, must apply for review, but may not do so until 120 days after a judge of the Federal Court determines the certificate to be reasonable. In both cases, if the judge finds the certificate to be reasonable, it becomes a removal order. Such an order deprives permanent residents of their status; their detention is then subject to review on the same basis as that of other foreign nationals.

The removal order cannot be appealed and may be immediately enforced, thus eliminating the requirement of holding or continuing an examination or an admissibility hearing: s. 81(b). The detainee, whether a permanent resident or a foreign national, may no longer apply for protection: s. 81(c). Additionally, a refugee or a protected person determined to be inadmissible on any of the grounds for a certificate loses the protection of the

s'appuyer sur eux. En définitive, le juge fournit à l'intéressé un résumé de la preuve présentée contre lui — résumé qui ne divulgue aucun élément susceptible de porter atteinte à la sécurité nationale. Si le juge conclut que le certificat est raisonnable, sa décision n'est pas susceptible d'appel et il n'existe aucun moyen de la soumettre au contrôle judiciaire : par. 80(3).

Les conséquences de la délivrance et de la confirmation d'un certificat d'interdiction de territoire diffèrent selon que l'intéressé est un résident permanent du Canada ou un étranger dont le droit de demeurer au Canada n'a pas encore été confirmé. Les résidents permanents dont les ministres ont des motifs raisonnables de croire qu'ils constituent un danger pour la sécurité nationale *peuvent* être mis en détention. Pour ce faire, les ministres doivent lancer un mandat indiquant qu'ils constituent une menace soit pour la sécurité nationale soit pour la sécurité d'autrui ou qu'ils se soustrairont vraisemblablement à la procédure ou au renvoi. Pour leur part, les étrangers *doivent* être mis en détention dès la délivrance du certificat : selon le par. 82(2), la mise en détention est automatique. La détention d'un résident permanent doit être contrôlée dans un délai de 48 heures, tandis qu'un étranger doit présenter une demande pour faire contrôler sa détention et n'est pas autorisé à présenter sa demande avant l'expiration d'un délai de 120 jours après la décision d'un juge de la Cour fédérale concluant au caractère raisonnable du certificat. Dans les deux cas, le certificat considéré raisonnable par le juge devient une mesure de renvoi. À la suite de cette mesure, les résidents permanents perdent leur statut; leur détention est alors contrôlée de la même manière que celle des autres étrangers.

La mesure de renvoi est sans appel et peut être exécutée immédiatement, ce qui écarte l'obligation d'effectuer ou de poursuivre un contrôle ou une enquête. Qu'il soit un résident permanent ou un étranger, le détenu ne peut plus présenter une demande de protection : art. 81. En outre, une personne protégée ou un réfugié qui est interdit de territoire pour l'un ou l'autre des motifs de délivrance d'un certificat ne bénéficie plus du principe



principle of non-refoulement under s. 115(1) if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada: s. 115(2). This means that he or she may, at least in theory, be deported to torture.

8 A permanent resident detained under a certificate is entitled to a review of his or her detention every six months. Under s. 83(3), a judge must order the detention of a permanent resident to be continued if the judge is satisfied that the person continues to pose a danger to security or to the safety of another, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

9 The detention of foreign nationals, on the other hand, is mandatory. If a foreign national has not been removed within 120 days of the certificate being found reasonable by a judge, however, the judge may order the person released on appropriate conditions if “satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any person”: s. 84(2). Even if released, the foreign national may be deported.

10 Mr. Charkaoui is a permanent resident, while Messrs. Harkat and Almrei are foreign nationals who had been recognized as Convention refugees. All were living in Canada when they were arrested and detained. At the time of the decisions on appeal, all had been detained for some time — since 2003, 2002 and 2001 respectively. In 2001, a judge of the Federal Court determined Mr. Almrei’s certificate to be reasonable; another determined Mr. Harkat’s certificate to be reasonable in 2005. The reasonableness of Mr. Charkaoui’s certificate has yet to be determined. Messrs. Charkaoui and Harkat were released on conditions in 2005 and 2006 respectively, but Mr. Harkat has been advised that he will be deported to Algeria, which he is contesting in other proceedings. Mr. Almrei remains in detention. In all these cases, the detentions were based on allegations that the individuals constituted a threat to the security of Canada by reason of involvement

du non-refoulement énoncé au par. 115(1) si, selon le ministre, cette personne ne devrait pas être présente au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu’elle constitue pour la sécurité du Canada : par. 115(2). Elle pourrait donc, du moins en théorie, être renvoyée dans un pays où elle risque la torture.

Le résident permanent détenu à la suite de la délivrance d’un certificat a le droit de faire contrôler sa détention tous les six mois. Selon le par. 83(3), le juge ordonne le maintien en détention du résident permanent, s’il est convaincu que ce dernier constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui ou qu’il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

Par contre, la détention des étrangers est obligatoire. Un juge peut mettre en liberté, aux conditions qu’il estime indiquées, un étranger dont la mesure de renvoi n’a pas été exécutée 120 jours après qu’un juge ait conclu au caractère raisonnable du certificat, « sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui » : par. 84(2). L’étranger peut être expulsé même s’il a été remis en liberté.

M. Charkaoui est un résident permanent, tandis que MM. Harkat et Almrei sont des étrangers qui ont obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention. Ils vivaient tous au Canada au moment de leur arrestation et de leur mise en détention. Au moment des décisions prononcées en appel, ils étaient tous détenus depuis un certain temps — soit depuis 2003, 2002 et 2001 respectivement. En 2001, un juge de la Cour fédérale a statué que le certificat visant M. Almrei était raisonnable; un autre juge a conclu au caractère raisonnable du certificat visant M. Harkat en 2005. Aucune décision n’a encore été rendue sur le caractère raisonnable du certificat visant M. Charkaoui. MM. Charkaoui et Harkat ont été libérés sous conditions en 2005 et 2006 respectivement. M. Harkat a néanmoins été informé qu’il serait expulsé en Algérie et il conteste cette décision dans une autre procédure. M. Almrei est toujours détenu. Ils ont tous été mis

in terrorist activities. In the course of their detentions, all three appellants challenged, unsuccessfully, the constitutionality of the *IRPA*'s certificate scheme and detention review process.

### III. Issues

The appellants argue that the *IRPA*'s certificate scheme under which their detentions were ordered is unconstitutional. They argue that it violates five provisions of the *Charter*: the s. 7 guarantee of life, liberty and security of the person; the s. 9 guarantee against arbitrary detention; the s. 10(c) guarantee of a prompt review of detention; the s. 12 guarantee against cruel and unusual treatment; and the s. 15 guarantee of equal protection and equal benefit of the law. They also allege violations of unwritten constitutional principles. I discuss these claims under the following headings:

- A. Does the *procedure* under the *IRPA* for determining the reasonableness of the certificate infringe s. 7 of the *Charter*, and if so, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?
- B. Does the *detention* of permanent residents or foreign nationals under the *IRPA* infringe ss. 7, 9, 10(c) or 12 of the *Charter*, and if so, are the infringements justified under s. 1 of the *Charter*?
- C. Do the certificate and detention review procedures *discriminate* between citizens and non-citizens, contrary to s. 15 of the *Charter*, and if so, is the discrimination justified under s. 1 of the *Charter*?

en détention sur le fondement d'allégations selon lesquelles ils constituaient une menace pour la sécurité du Canada en raison de leur participation à des activités terroristes. Au cours de leur détention, les trois appelants ont contesté, sans succès, la constitutionnalité du régime de certificats et de la procédure de contrôle de la détention établis par la *LIPR*.

### III. Les questions en litige

Les appelants invoquent l'inconstitutionnalité du régime de certificats établi dans la *LIPR*, en application duquel leur mise en détention a été ordonnée. Ils font valoir que ce régime enfreint cinq dispositions de la *Charte* soit : l'art. 7, qui garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; l'art. 9, qui accorde une protection contre la détention arbitraire; l'al. 10c), qui garantit à chacun le droit de faire contrôler promptement la légalité de sa détention; l'art. 12, qui garantit le droit à la protection contre tout traitement cruel et inusité; et l'art. 15, qui garantit à tous le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi. Ils allèguent aussi la violation de principes constitutionnels non écrits. J'examinerai ces prétentions sous les rubriques suivantes :

- A. La *procédure* d'examen du caractère raisonnable du certificat établie dans la *LIPR* contrevient-elle à l'art. 7 de la *Charte*? Dans l'affirmative, cette contravention est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?
- B. La *détention* de résidents permanents ou d'étrangers sous le régime de la *LIPR* contrevient-elle aux art. 7, 9, 10c) ou 12 de la *Charte*? Dans l'affirmative, ces contraventions sont-elles justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*?
- C. Les procédures d'examen des certificats et de contrôle de la détention créent-elles, entre les citoyens et les non-citoyens, une *discrimination* interdite par l'art. 15 de la *Charte*? Dans l'affirmative, cette discrimination est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

D. Are the *IRPA* certificate provisions inconsistent with the constitutional principle of the rule of law?

A. *Does the Procedure Under the IRPA for Determining the Reasonableness of the Certificate Infringe Section 7 of the Charter, and if so, Is the Infringement Justified Under Section 1 of the Charter?*

1. Is Section 7 of the Charter Engaged?

12 Section 7 of the *Charter* guarantees the right to life, liberty and security of the person, and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice. This requires a claimant to prove two matters: first, that there has been or could be a deprivation of the right to life, liberty and security of the person, and second, that the deprivation was not or would not be in accordance with the principles of fundamental justice. If the claimant succeeds, the government bears the burden of justifying the deprivation under s. 1, which provides that the rights guaranteed by the *Charter* are subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

13 The provisions at issue, found at Division 9 of Part 1 of the *IRPA*, clearly deprive detainees such as the appellants of their liberty. The person named in a certificate can face detention pending the outcome of the proceedings. In the case of a foreign national, this detention is automatic and lasts at least until 120 days *after* the certificate is deemed reasonable. For both foreign nationals and permanent residents, the period of detention can be, and frequently is, several years. Indeed, Mr. Almrei remains in detention and does not know when, if ever, he will be released.

14 The detainee's security may be further affected in various ways. The certificate process may lead to removal from Canada, to a place where his or

D. Les dispositions de la *LIPR* concernant les certificats sont-elles incompatibles avec le principe constitutionnel de la primauté du droit?

A. *La procédure d'examen du caractère raisonnable du certificat établie dans la LIPR contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte? Dans l'affirmative, cette contravention est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?*

1. L'article 7 de la Charte trouve-t-il application?

L'article 7 de la *Charte* garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et précise qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le réclamant a donc le fardeau de prouver deux éléments : premièrement, qu'il a subi ou qu'il pourrait subir une atteinte à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; deuxièmement, que cette atteinte ne respecte pas ou ne respecterait pas les principes de justice fondamentale. Si le réclamant réussit à faire cette preuve, le gouvernement a le fardeau de justifier l'atteinte en application de l'article premier, selon lequel les droits garantis par la *Charte* ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Les dispositions en cause, qui figurent dans la section 9 de la partie 1 de la *LIPR*, privent clairement les détenus comme les appelants de leur liberté. En effet, les personnes désignées dans un certificat peuvent être mises en détention jusqu'à l'issue de la procédure. Pour un étranger, cette détention est automatique et elle dure au moins 120 jours *après* la confirmation du caractère raisonnable du certificat. Tant pour les étrangers que pour les résidents permanents, la période de détention peut être de plusieurs années et atteint souvent cette durée. De fait, M. Almrei est toujours détenu et il ignore quand il sera remis en liberté, s'il l'est un jour.

En outre, il peut être porté atteinte à la sécurité du détenu de diverses autres façons. Le processus de délivrance d'un certificat peut entraîner

her life or freedom would be threatened: see e.g. *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 207, *per* Wilson J. A certificate may bring with it the accusation that one is a terrorist, which could cause irreparable harm to the individual, particularly if he or she is eventually deported to his or her home country. Finally, a person who is determined to be inadmissible on grounds of security loses the protection of s. 115(1) of the *IRPA*, which means that under s. 115(2), he or she can be deported to torture if the Minister is of the opinion that the person is a danger to the security of Canada.

In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, this Court stated, at para. 76, that “barring extraordinary circumstances, deportation to torture will generally violate the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*.” More recently, the Federal Court has ruled that another certificate detainee is at risk of torture if deported, and that there were no exceptional circumstances justifying such a deportation: *Jaballah (Re)* (2006), 148 C.R.R. (2d) 1, 2006 FC 1230. The appellants claim that they would be at risk of torture if deported to their countries of origin. But in each of their cases, this remains to be proven as part of an application for protection under the provisions of Part 2 of the *IRPA*. The issue of deportation to torture is consequently not before us here.

The individual interests at stake suggest that s. 7 of the *Charter*, the purpose of which is to protect the life, liberty and security of the person, is engaged, and this leads directly to the question whether the *IRPA*'s impingement on these interests conforms to the principles of fundamental justice. The government argues, relying on *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, 2005 SCC 51, that s. 7 does not apply because this is an immigration matter. The comment from that case on which the government relies was made in response to a claim that to deport a non-citizen violates s. 7 of the *Charter*. In

son renvoi du Canada vers une destination où sa vie ou sa liberté seraient menacées : voir, p. ex., *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 207, la juge Wilson. Un certificat peut aussi présenter une personne comme un terroriste, ce qui risque de lui causer un tort irréparable, surtout si elle est expulsée par la suite vers son pays d'origine. Finalement, une personne interdite de territoire pour raison de sécurité perd la protection accordée par le par. 115(1) de la *LIPR*, ce qui signifie qu'elle peut, en application du par. 115(2), être expulsée vers une destination où elle risque la torture si le ministre est d'avis qu'elle constitue un danger pour la sécurité du Canada.

Dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 76, la Cour a affirmé que « sauf circonstances extraordinaires, une expulsion impliquant un risque de torture violera généralement les principes de justice fondamentale protégés par l'art. 7 de la *Charte* ». Plus récemment, la Cour fédérale a statué qu'une autre personne détenue en vertu d'un certificat risque la torture si elle est expulsée, et qu'aucune circonstance exceptionnelle ne justifie son expulsion : *Jaballah (Re)*, [2006] A.C.F. n° 1706 (QL), 2006 CF 1230. Les appelants soutiennent qu'ils risquent la torture s'ils sont expulsés vers leur pays d'origine. Mais dans chacun de leurs cas, le risque de torture reste à démontrer dans le cadre d'une demande de protection aux termes de la partie 2 de la *LIPR*. Par conséquent, nous ne sommes pas saisis en l'espèce de la question de l'expulsion comportant un risque de torture.

Les intérêts personnels en jeu indiquent que l'art. 7 de la *Charte*, qui vise à protéger la vie, la liberté et la sécurité de la personne, trouve application. Ce qui nous amène directement à la question de savoir si l'atteinte portée à ces intérêts par la *LIPR* est conforme aux principes de justice fondamentale. Le gouvernement soutient que l'art. 7 ne s'applique pas parce qu'il s'agit d'une affaire d'immigration. Il se fonde à cet égard sur l'arrêt *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, 2005 CSC 51. L'affirmation sur laquelle s'appuie le gouvernement a été faite en réponse à une prétention selon laquelle l'expulsion

considering this claim, the Court, *per* McLachlin C.J., noted, at para. 46, citing *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 733, that “[t]he most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in Canada”. The Court added: “Thus the deportation of a non-citizen in itself cannot implicate the liberty and security interests protected by s. 7” (*Medovarski*, at para. 46 (emphasis added)).

17 *Medovarski* thus does not stand for the proposition that proceedings related to deportation in the immigration context are immune from s. 7 scrutiny. While the deportation of a non-citizen in the immigration context may not *in itself* engage s. 7 of the *Charter*, some features associated with deportation, such as detention in the course of the certificate process or the prospect of deportation to torture, may do so.

18 In determining whether s. 7 applies, we must look at the interests at stake rather than the legal label attached to the impugned legislation. As Professor Hamish Stewart writes:

Many of the principles of fundamental justice were developed in criminal cases, but their application is not restricted to criminal cases: they apply whenever one of the three protected interests is engaged. Put another way, the principles of fundamental justice apply in *criminal* proceedings, not because they are criminal proceedings, but because the liberty interest is always engaged in criminal proceedings. [Emphasis in original.]

(“Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional?” (2005), 54 *U.N.B.L.J.* 235, at p. 242)

I conclude that the appellants’ challenges to the fairness of the process leading to possible deportation and the loss of liberty associated with detention raise important issues of liberty and security, and that s. 7 of the *Charter* is engaged.

d’un non-citoyen contrevenait à l’art. 7 de la *Charte*. En statuant sur cet argument, la Cour, sous la plume de la juge en chef McLachlin, a cité au par. 46 l’arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 733, précisant que « [l]e principe le plus fondamental du droit de l’immigration veut que les non-citoyens n’aient pas un droit absolu d’entrer ou de demeurer au Canada ». La Cour a ajouté « À elle seule, l’expulsion d’un non-citoyen ne peut mettre en cause les droits à la liberté et à la sécurité garantis par l’art. 7 » (*Medovarski*, par. 46 (je souligne)).

Ainsi, *Medovarski* ne permet pas d’affirmer que la procédure d’expulsion, dans le contexte de l’immigration, échappe à l’examen fondé sur l’art. 7. Si l’expulsion d’un non-citoyen dans le contexte de l’immigration n’enclenche peut-être pas *en soi* l’application de l’art. 7 de la *Charte*, certains éléments rattachés à l’expulsion, telles la détention au cours du processus de délivrance et d’examen d’un certificat ou l’éventualité d’un renvoi vers un pays où il existe un risque de torture, pourraient en entraîner l’application.

Pour déterminer si l’art. 7 s’applique, nous devons tenir compte des intérêts en cause plutôt que de la caractérisation juridique de la loi contestée. Comme l’écrit le professeur Hamish Stewart :

[TRADUCTION] De nombreux principes de justice fondamentale ont été élaborés dans le cadre de causes criminelles. Cependant, leur application ne se limite pas à ce type de cause : ils s’appliquent dès lors que l’un des trois droits protégés est en jeu. Autrement dit, les principes de justice fondamentale s’appliquent aux instances *criminelles*, non pas parce qu’il s’agit d’instances criminelles, mais parce que le droit à la liberté y est toujours en jeu. [En italique dans l’original.]

(« Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional? » (2005), 54 *R.D. U.N.-B.* 235, p. 242)

Je conclus que les arguments des appelants touchant l’équité du processus qui peut mener à l’expulsion et la perte de liberté liée à la détention soulèvent d’importantes questions quant à la liberté et à la sécurité et que l’art. 7 de la *Charte* trouve application.

2. How Do Security Considerations Affect the Section 7 Analysis?

Section 7 of the *Charter* requires that laws that interfere with life, liberty and security of the person conform to the principles of fundamental justice — the basic principles that underlie our notions of justice and fair process. These principles include a guarantee of procedural fairness, having regard to the circumstances and consequences of the intrusion on life, liberty or security: *Suresh*, at para. 113.

Section 7 of the *Charter* requires not a particular type of process, but a fair process having regard to the nature of the proceedings and the interests at stake: *United States of America v. Ferras*, [2006] 2 S.C.R. 77, 2006 SCC 33, at para. 14; *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554, 2006 SCC 15, at para. 47; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at pp. 656-57. The procedures required to meet the demands of fundamental justice depend on the context (see *Rodgers*; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361; *Chiarelli*, at pp. 743-44; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41, at paras. 20-21). Societal interests may be taken into account in elucidating the applicable principles of fundamental justice: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 98.

Unlike s. 1, s. 7 is not concerned with whether a limit on life, liberty or security of the person is *justified*, but with whether the limit has been imposed in a way that respects the principles of fundamental justice. Hence, it has been held that s. 7 does not permit “a free-standing inquiry . . . into whether a particular legislative measure ‘strikes the right balance’ between individual and societal interests in general” (*Malmo-Levine*, at para. 96). Nor is “achieving the right balance . . . itself an overarching principle of fundamental justice” (*ibid.*). As the majority in *Malmo-Levine* noted, to hold otherwise “would entirely collapse the s. 1 inquiry into s. 7” (*ibid.*). This in turn would relieve the state from its

2. Comment les considérations relatives à la sécurité influencent-elles l’analyse fondée sur l’art. 7?

L’article 7 de la *Charte* exige que les lois qui portent atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne respectent les principes de justice fondamentale — c’est-à-dire les principes fondamentaux qui sous-tendent notre conception de la justice et de l’équité procédurale. Ces principes comprennent une garantie d’équité procédurale, liée aux circonstances et conséquences de l’atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité : *Suresh*, par. 113.

L’article 7 de la *Charte* exige non pas un type particulier de procédure, mais une procédure équitable eu égard à la nature de l’instance et des intérêts en cause : *États-Unis d’Amérique c. Ferras*, [2006] 2 R.C.S. 77, 2006 CSC 33, par. 14; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, 2006 CSC 15, par. 47; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 656-657. Les mesures procédurales requises par la justice fondamentale dépendent du contexte (voir *Rodgers*; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 361; *Chiarelli*, p. 743-744; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41, par. 20-21). On peut prendre les intérêts sociétaux en considération pour clarifier les principes applicables de justice fondamentale : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 98.

Contrairement à l’article premier, l’art. 7 ne soulève pas la question de savoir si l’atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est *justifiée*, mais plutôt celle de savoir si l’atteinte a été portée en conformité avec les principes de justice fondamentale. Par conséquent, il a été statué que l’art. 7 n’autorise pas la tenue d’« un examen distinct pour décider si une mesure législative donnée établit un “juste équilibre” entre les droits de l’individu et les intérêts de la société en général » (*Malmo-Levine*, par. 96). La Cour ne croyait pas non plus que « l’établissement d’un juste équilibre constitue en soi un principe de justice fondamentale dominant » (*ibid.*). Comme l’a noté la

19

20

21

burden of justifying intrusive measures, and require the *Charter* complainant to show that the measures are not justified.

22 The question at the s. 7 stage is whether the principles of fundamental justice relevant to the case have been observed in substance, having regard to the context and the seriousness of the violation. The issue is whether the process is fundamentally unfair to the affected person. If so, the deprivation of life, liberty or security of the person simply does not conform to the requirements of s. 7. The inquiry then shifts to s. 1 of the *Charter*, at which point the government has an opportunity to establish that the flawed process is nevertheless justified having regard, notably, to the public interest.

23 It follows that while administrative constraints associated with the context of national security may inform the analysis on whether a particular process is fundamentally unfair, security concerns cannot be used to excuse procedures that do not conform to fundamental justice at the s. 7 stage of the analysis. If the context makes it impossible to adhere to the principles of fundamental justice in their usual form, adequate substitutes may be found. But the principles must be respected to pass the hurdle of s. 7. That is the bottom line.

24 In the instant case, the context is the detention, incidental to their removal or an attempt to remove them from the country, of permanent residents and foreign nationals who the ministers conclude pose a threat to national security. This context may impose certain administrative constraints that may be properly considered at the s. 7 stage. Full disclosure of the information relied on may not be possible. The executive branch of government may be required to act quickly, without recourse, at

majorité dans *Malmo-Levine*, le raisonnement contraire « intègre entièrement l'examen que commande l'article premier à l'analyse fondée sur l'art. 7 » (*ibid.*). Ainsi, l'État se trouverait libéré du fardeau de justifier les mesures attentatoires et la personne qui invoque la *Charte* aurait l'obligation de démontrer que les mesures contestées ne sont pas justifiées.

À l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, il s'agit de savoir si les principes de justice fondamentale pertinents ont été respectés pour l'essentiel, compte tenu du contexte et de la gravité de l'atteinte. Il faut se demander si la procédure est fondamentalement inéquitable envers la personne touchée. Dans l'affirmative, l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'est tout simplement pas conforme aux exigences de l'art. 7. Il faut alors passer à l'étape de l'application de l'article premier de la *Charte*, à laquelle le gouvernement peut démontrer que la procédure irrégulière est néanmoins justifiée compte tenu, notamment, de l'intérêt public.

Ainsi, bien que l'analyse visant à déterminer si une procédure est fondamentalement inéquitable puisse tenir compte de contraintes administratives particulières liées au contexte de sécurité nationale, les questions de sécurité ne peuvent servir à légitimer, à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, une procédure non conforme à la justice fondamentale. Dans les cas où le contexte ne permet pas l'utilisation des moyens habituels de satisfaire aux principes de justice fondamentale, il est possible de recourir à d'autres moyens convenables. La procédure doit néanmoins être conforme aux principes de justice fondamentale pour résister à l'analyse dictée par l'art. 7. C'est ce qui est essentiel.

Le pourvoi a pour contexte la détention de résidents permanents et d'étrangers, que les ministres considèrent comme une menace pour la sécurité nationale, accessoirement à leur renvoi ou à une tentative de les renvoyer du Canada. Ce contexte peut engendrer certaines contraintes administratives qui peuvent, à bon droit, être prises en considération à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7. Tous les renseignements qui servent de fondement à l'affaire ne peuvent peut-être pas être divulgués.

least in the first instance, to the judicial procedures normally required for the deprivation of liberty or security of the person.

At the same time, it is a context that may have important, indeed chilling, consequences for the detainee. The seriousness of the individual interests at stake forms part of the contextual analysis. As this Court stated in *Suresh*, “[t]he greater the effect on the life of the individual by the decision, the greater the need for procedural protections to meet the common law duty of fairness and the requirements of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*” (para. 118). Thus, “factual situations which are closer or analogous to criminal proceedings will merit greater vigilance by the courts”: *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1077, *per* Iacobucci J.

The potential consequences of deportation combined with allegations of terrorism have been under a harsh spotlight due to the recent report of the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. Mr. Arar, a Canadian citizen born in Syria, was detained by American officials and deported to Syria. The report concludes that it is “very likely that, in making the decisions to detain and remove Mr. Arar to Syria, the U.S. authorities relied on information about Mr. Arar provided by the RCMP”, including unfounded suspicions linking Mr. Arar to terrorist groups: *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations* (2006) (“Arar Inquiry”), at p. 30. In Syria, Mr. Arar was tortured and detained under inhumane conditions for over 11 months. In his report, Commissioner O’Connor recommends enhanced review and accountability mechanisms for agencies dealing with national security, including not only the Royal Canadian Mounted Police, but also Citizenship and Immigration Canada and the Canada Border Services Agency. He notes that these immigration-related institutions can have an

Il est possible que le pouvoir exécutif doive agir rapidement, sans recourir, du moins au départ, à la procédure judiciaire exigée normalement lorsqu’il y a atteinte à la liberté ou à la sécurité d’une personne.

Par ailleurs, ce contexte risque d’avoir des conséquences importantes — en fait, terrifiantes — pour la personne détenue. L’importance des intérêts individuels en jeu fait partie de l’analyse contextuelle. Comme la Cour l’a affirmé dans *Suresh* : « Plus l’incidence de la décision sur la vie de l’intéressé est grande, plus les garanties procédurales doivent être importantes afin que soient respectées l’obligation d’équité en common law et les exigences de la justice fondamentale consacrées par l’art. 7 de la *Charte* » (par. 118). Ainsi, « les tribunaux devront être plus vigilants en ce qui concerne les situations de fait qui se rapprochent davantage des procédures criminelles ou qui leur sont analogues » : *Dehghani c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, p. 1077, le juge Iacobucci.

Les conséquences possibles d’un renvoi combiné à des allégations de terrorisme sont cruellement ressorties dans le rapport récent de la Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. Citoyen canadien né en Syrie, M. Arar a été détenu par les autorités américaines et expulsé vers la Syrie. Le rapport a conclu qu’en « prenant les décisions de détenir M. Arar puis de le renvoyer en Syrie, les autorités américaines se sont très probablement appuyées sur l’information concernant M. Arar que leur avait fournie la GRC », notamment des soupçons non fondés reliant M. Arar à des groupes terroristes : *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations* (2006) (« Commission Arar »), p. 32. En Syrie, M. Arar a été torturé et détenu durant 11 mois dans des conditions inhumaines. Dans son rapport, le commissaire O’Connor a recommandé un renforcement des mécanismes d’examen et de reddition de compte pour les organismes menant des activités reliées à la sécurité nationale, ce qui inclut non seulement la Gendarmerie royale du Canada, mais aussi Citoyenneté et Immigration Canada et

25

26



important impact on individual rights but that there is a lack of transparency surrounding their activities because their activities often involve sensitive national security information that cannot be disclosed to the public: *A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities* (2006), at pp. 562-65. Moreover, the sensitive nature of security information means that investigations lead to fewer prosecutions. This, in turn, restricts the ability of courts to guarantee individual rights: “Unless charges are laid, . . . the choice of investigative targets, methods of information collection and exchange, and means of investigation generally will not be subject to judicial scrutiny, media coverage or public debate” (p. 439).

l'Agence des services frontaliers du Canada. Il a fait remarquer que ces organismes reliés à l'immigration peuvent avoir une forte incidence sur les droits individuels, mais qu'ils manquent de transparence dans leurs activités parce que celles-ci impliquent souvent des renseignements sensibles touchant la sécurité nationale qui ne peuvent être rendus publics : *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale* (2006), p. 623-627. En outre, en raison de la nature sensible des renseignements de sécurité, les enquêtes donnent lieu à moins de poursuites, ce qui restreint pour les tribunaux la possibilité de garantir les droits individuels : « à moins que des accusations ne soient déposées, le choix des cibles des enquêtes, les méthodes de collecte et d'échange d'information et les méthodes d'enquête en général ne feront pas l'objet d'examen judiciaire, de couverture médiatique ou de discussion publique » (p. 487-488).

27

The procedures required to conform to the principles of fundamental justice must reflect the exigencies of the security context. Yet they cannot be permitted to erode the essence of s. 7. The principles of fundamental justice cannot be reduced to the point where they cease to provide the protection of due process that lies at the heart of s. 7 of the *Charter*. The protection may not be as complete as in a case where national security constraints do not operate. But to satisfy s. 7, meaningful and substantial protection there must be.

Les mesures requises pour assurer la justice fondamentale doivent tenir compte des exigences propres au contexte de la sécurité. Il faut toutefois s'assurer que l'essence de l'art. 7 demeure intacte. Les principes de justice fondamentale ne peuvent être réduits au point de ne plus offrir la protection de l'application régulière de la loi qui constitue le fondement même de l'art. 7 de la *Charte*. Il se peut que cette protection ne soit pas aussi complète qu'en l'absence de contraintes liées à la sécurité nationale. Mais il demeure qu'il ne saurait y avoir conformité avec l'art. 7 sans une protection véritable et substantielle.

### 3. Relevant Principles of Fundamental Justice

### 3. Les principes pertinents de justice fondamentale

28

The overarching principle of fundamental justice that applies here is this: before the state can detain people for significant periods of time, it must accord them a fair judicial process: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46. “It is an ancient and venerable principle that no person shall lose his or her liberty without due process according to the law, which must involve a meaningful judicial process”: *Ferras*, at para. 19. This principle emerged in the

Le principe primordial de justice fondamentale applicable ici est le suivant : l'État ne peut détenir longtemps une personne sans lui avoir préalablement permis de bénéficier d'une procédure judiciaire équitable : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46. « C'est un ancien principe vénérable que nul ne peut être privé de sa liberté sans avoir pu bénéficier de l'application régulière de la loi, qui doit comporter un processus

era of feudal monarchy, in the form of the right to be brought before a judge on a motion of *habeas corpus*. It remains as fundamental to our modern conception of liberty as it was in the days of King John.

This basic principle has a number of facets. It comprises the right to a *hearing*. It requires that the hearing be *before an independent and impartial magistrate*. It demands a *decision by the magistrate on the facts and the law*. And it entails the *right to know the case put against one*, and the *right to answer that case*. Precisely how these requirements are met will vary with the context. But for s. 7 to be satisfied, each of them must be met in substance.

The *IRPA* process includes a hearing. The process consists of two phases, one executive and one judicial. There is no hearing at the executive phase that results in issuance of the certificate. However, this is followed by a review before a judge, where the named person is afforded a hearing. Thus, the first requirement, that of a hearing, is met.

Questions arise, however, on the other requirements, namely: that the judge be independent and impartial; that the judge make a judicial decision based on the facts and the law; and finally, that the named person be afforded an opportunity to meet the case put against him or her by being informed of that case and being allowed to question or counter it. I conclude that the *IRPA* scheme meets the first requirement of independence and impartiality, but fails to satisfy the second and third requirements, which are interrelated here.

#### 4. Is the Judge Independent and Impartial?

Although the scope of the required hearing can vary according to context (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2

judiciaire valable » : *Ferras*, par. 19. Ce principe a vu le jour à l'époque de la monarchie féodale, sous la forme du droit de comparaître devant un juge à la suite d'une demande d'*habeas corpus*. Il demeure aussi fondamental dans notre conception moderne de la liberté qu'il l'était à l'époque du Roi Jean.

Ce principe de base comporte de nombreuses facettes, y compris le droit à une *audition*. Il commande que cette audition se déroule *devant un magistrat indépendant et impartial*, et que la *décision du magistrat soit fondée sur les faits et sur le droit*. Il emporte le *droit de chacun de connaître la preuve produite contre lui* et le *droit d'y répondre*. La façon précise de se conformer à ces exigences variera selon le contexte. Mais pour respecter l'art. 7, il faut satisfaire pour l'essentiel à chacune d'elles.

Le processus établi par la *LIPR* comporte une audition. Il comprend deux étapes, l'une de nature exécutive, l'autre de nature judiciaire. Il n'y a pas d'audition à l'étape de nature exécutive qui mène à la délivrance du certificat. Celle-ci est toutefois suivie d'un examen par un juge désigné, à l'occasion duquel la personne désignée a droit à une audition. Par conséquent, le processus répond à la première exigence, soit la tenue d'une audition.

Les autres exigences soulèvent toutefois les questions suivantes : le juge est-il indépendant et impartial? Le juge prononce-t-il un jugement fondé sur les faits et sur le droit? Enfin, la personne désignée a-t-elle la possibilité de répondre aux allégations formulées contre elle en prenant connaissance de la preuve et en ayant la possibilité de la contester ou de présenter une contre-preuve? Je conclus que le régime établi par la *LIPR* répond à la première exigence, soit celle de l'indépendance et de l'impartialité du juge, mais ne satisfait ni à la deuxième ni à la troisième, qui sont interreliées en l'espèce.

#### 4. Le juge est-il indépendant et impartial?

Même si la portée de l'audition requise peut varier selon le contexte (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2

29

30

31

32

S.C.R. 817), a hearing must include “[a]n independent judicial phase and an impartial judge” (*Ferras*, at para. 25). This requirement is also consistent with the unwritten constitutional principle of judicial independence: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3. It has also been called “the cornerstone of the common law duty of procedural fairness” (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42 (“*Re Bagri*”), at para. 81), and is necessary in order to ensure judicial impartiality: *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 139. It is not enough that the judge in fact be independent and impartial; fundamental justice requires that the judge also appear to be independent and impartial. This flows from the fact that judicial independence has two facets: actual independence and perceived independence (*Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689).

R.C.S. 817), elle doit comprendre « [u]ne étape judiciaire indépendante et un juge impartial » (*Ferras*, par. 25). Cette exigence est aussi compatible avec le principe constitutionnel non écrit de l’indépendance judiciaire : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3. Cette indépendance a aussi été décrite comme « la pierre d’assise de l’obligation d’équité procédurale reconnue par la common law » (*Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42 (« *Re Bagri* »), par. 81) et elle est nécessaire pour garantir l’impartialité judiciaire : *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 139. Il ne suffit pas que ce juge soit indépendant et impartial en réalité; la justice fondamentale exige en effet qu’il le soit aussi en apparence. Cette règle découle du fait que l’indépendance judiciaire a deux facettes : l’indépendance réelle et la perception d’indépendance (*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689).

33 The *IRPA* scheme provides for the certificate issued by the ministers to be reviewed by a “designated judge”, a judge of the Federal Court of Canada. The question here is whether, from an institutional perspective, the role assigned to designated judges under the *IRPA* leads to a perception that independence and impartiality are compromised.

Selon le régime créé par la *LIPR*, le certificat délivré par les ministres doit être examiné par un « juge désigné », un juge de la Cour fédérale du Canada. La question qui se pose en l’espèce est celle de savoir si, du point de vue institutionnel, le rôle confié aux juges désignés par la *LIPR* crée l’impression que leur indépendance et leur impartialité est compromise.

34 The designated judge has been aptly described as the “cornerstone of the procedure established by Parliament” in the *IRPA* (*Charkaoui (Re)*, [2004] 3 F.C.R. 32, 2003 FC 1419, at para. 120, *per* Noël J.). The judge is the sole avenue of review for the named person and the only person capable of providing the essential judicial component of the process.

Le juge désigné a été décrit avec justesse comme la « pierre angulaire de la procédure établie par le législateur » dans la *LIPR* (*Charkaoui (Re)*, [2004] 3 R.C.F. 32, 2003 CF 1419, par. 120, le juge Noël). Le juge est l’unique voie de recours pour la personne désignée et la seule personne capable de conférer au processus son caractère judiciaire essentiel.

35 When reviewing the certificate, the judge sees all the material relied on by the government. But if the government claims confidentiality for certain material, the judge cannot share this material with the named person. The judge must make his or her decision without hearing any objections the named person might be able to make, were he or she granted access to the whole of the record. Part of the hearing may be held *in camera*, with only the

Lorsqu’il examine le certificat, le juge prend connaissance de tous les renseignements sur lesquels s’est fondé le gouvernement. Néanmoins, si ce dernier invoque la confidentialité de certains renseignements, le juge ne peut les communiquer à la personne désignée. Il doit donc rendre sa décision sans entendre les objections que la personne désignée pourrait faire valoir si elle avait accès au dossier en entier. Une partie de l’audience peut se

judge and the government lawyers in the room. The named person is not there. His or her lawyer is not there. There is no one to speak for the person or to test the evidence put against him or her.

These circumstances may give rise to a perception that the designated judge under the *IRPA* may not be entirely independent and impartial as between the state and the person named in the certificate. Speaking at a conference in March 2002, Hugessen J. of the Federal Court expressed unease with the role assigned to designated judges under the *IRPA*:

We do not like this process of having to sit alone hearing only one party, and looking at the materials produced by only one party . . . .

If there is one thing that I learned in my practice at the Bar, and I have managed to retain it through all these years, it is that good cross-examination requires really careful preparation and a good knowledge of your case. And by definition, judges do not do that. . . . [W]e do not have any knowledge except what is given to us and when it is only given to us by one party we are not well suited to test the materials that are put before us. [Emphasis added.]

(J. K. Hugessen, “Watching the Watchers: Democratic Oversight”, in D. Daubney et al., eds., *Terrorism, Law and Democracy: How is Canada changing following September 11?* (2002), 381, at p. 384)

Three related concerns arise with respect to independence and impartiality. First is the concern that the *IRPA* may be perceived to deprive the judge of his or her independent judicial role and co-opt the judge as an agent of the executive branch of government. Second is the concern that the designated judge functions as an investigative officer rather than a judge. Third is the concern that the judge, whose role includes compensating for the fact that the named person may not have access to material and may not be present at the hearing, will become associated with this person’s case.

dérouler à huis clos en présence uniquement du juge et des avocats du gouvernement. Ni la personne désignée ni son avocat ne sont présents. Personne n’est là pour parler au nom de la personne désignée ou pour contester les éléments de preuve produits contre elle.

Ces circonstances peuvent créer l’impression que le juge désigné sous le régime de la *LIPR* n’est peut-être pas complètement indépendant et impartial à l’égard de l’État et de la personne désignée dans le certificat. Dans le cadre d’une conférence, en mars 2002, le juge Hugessen de la Cour fédérale a exprimé sa réticence devant le rôle confié aux juges désignés par la *LIPR* :

[TRADUCTION] Nous n’aimons pas ce processus qui consiste à entendre seulement une partie et à prendre connaissance des documents produits par une seule partie . . .

S’il est une chose que j’ai apprise dans l’exercice de la profession d’avocat, et que je n’ai pas oubliée après toutes ces années, c’est qu’un bon contre-interrogatoire demande une préparation très minutieuse et une bonne connaissance de la cause. Or, par définition, les juges ne font pas ce genre de travail. [ . . . ] [N]ous ne connaissons rien de la cause à part ce qu’on nous en dit et lorsque l’information que nous recevons émane d’une seule partie, nous ne sommes pas vraiment en mesure d’en apprécier la valeur. [Je souligne.]

(J. K. Hugessen, « Watching the Watchers : Democratic Oversight », dans D. Daubney et autres, dir., *Terrorisme, droit et démocratie : Comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre?* (2002), 381, p. 384)

Trois problèmes se posent relativement à l’indépendance et à l’impartialité. Premièrement, la *LIPR* peut être perçue comme dépouillant le juge de sa fonction de magistrat indépendant pour lui attribuer le rôle de mandataire du pouvoir exécutif. Deuxièmement, le juge désigné agirait comme un enquêteur plutôt que comme un juge. Troisièmement, comme son rôle consiste aussi à pallier la possibilité que la personne désignée n’ait pas accès à l’information et ne puisse assister à l’audience, le juge pourrait devenir associé à la cause de cette personne.

38

The first concern is linked to the degree of deference that the judge accords to the ministers' conclusion that the facts supported the issuance of a certificate and the detention of the named person. Judges working under the process have eschewed an overly deferential approach, insisting instead on a searching examination of the reasonableness of the certificate on the material placed before them: *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 FC 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299, 2004 FCA 421, at para. 74. They are correct to do so, having regard to the language of the provision, the history of its adoption, and the role of the designated judge.

39

First, an active role for the designated judge is justified by the language of the *IRPA* and the standards of review it establishes. The statute requires the designated judge to determine whether the certificate is "reasonable", and emphasizes factual scrutiny by instructing the judge to do so "on the basis of the information and evidence available" (s. 80(1)). This language, as well as the accompanying factual, legal and administrative context, leads to the conclusion that the designated judge must review the certificate on a standard of reasonableness. Likewise, since the ministers' decision to detain a permanent resident is based on "reasonable grounds to believe" (s. 82(1)), "[i]t is logical to assume that in subsequent reviews by a designated judge, the same standard will be used" (*Charkaoui (Re)*, [2005] 3 F.C.R. 389, 2005 FC 248, at para. 30). The "reasonable grounds to believe" standard requires the judge to consider whether "there is an objective basis . . . which is based on compelling and credible information": *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100, 2005 SCC 40, at para. 114. "Reasonable grounds to believe" is the appropriate standard for judges to apply when reviewing a continuation of detention under the certificate provisions of the *IRPA*. The *IRPA* therefore does not ask the designated judge to be deferential, but, rather, asks him or her to engage in a searching review.

Le premier problème tient au degré de retenue du juge envers la conclusion des ministres selon laquelle les faits justifiaient la délivrance du certificat et la détention de la personne désignée. Dans le contexte de ce processus, les juges évitent de faire preuve d'une retenue excessive, insistant plutôt sur un examen rigoureux du caractère raisonnable du certificat à partir des renseignements dont ils disposent : *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 CF 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299, 2004 CAF 421, par. 74. C'est à bon droit qu'ils agissent ainsi, étant donné le libellé de la disposition législative, l'historique de son adoption et le rôle du juge désigné.

Premièrement, le libellé de la *LIPR* et la norme de contrôle qu'elle établit justifient que le juge désigné joue un rôle actif. La loi exige que les juges désignés décident du « caractère raisonnable » des certificats et insiste sur l'examen minutieux des faits en donnant instruction au juge de rendre sa décision « compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose » (par. 80(1)). Ces termes, ainsi que leur contexte factuel, juridique et administratif, mènent à la conclusion que le juge désigné doit examiner le certificat selon la norme du caractère raisonnable. De même, comme la décision des ministres de détenir un résident permanent est fondée sur « des motifs raisonnables de croire » (par. 82(1)), « [i] est logique de penser que lors de révisions subséquentes par un juge désigné, la même norme sera utilisée » (*Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389, 2005 CF 248, par. 30). La norme des « motifs raisonnables de croire » exige que le juge se demande s'il existe « un fondement objectif reposant sur des renseignements concluants et dignes de foi » : *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, 2005 CSC 40, par. 114. C'est la norme des « motifs raisonnables de croire » que les juges doivent appliquer lorsqu'ils contrôlent le maintien en détention sous le régime des dispositions de la *LIPR* régissant les certificats. La *LIPR* n'impose pas une grande retenue au juge désigné, mais l'oblige à procéder à un examen approfondi.

This interpretation of the *IRPA* is confirmed by statements made in the course of the adoption of the scheme. While it was considering the *IRPA*, the Standing Committee on Citizenship and Immigration was informed that the role of the designated judge would be to avoid treatment that is unfair, arbitrary, or in violation of due process (Transcript of the Standing Committee on Citizenship and Immigration, Thursday, April 26, 2001 (online)).

Finally, the fact that the designated judge may have access to more information than the ministers did in making their initial decision to issue a certificate and detain suggests that the judge possesses relative expertise on the matters at issue and is no mere rubber stamp: *Charkaoui (Re)*, 2003 FC 1419, at para. 125.

I conclude that a non-deferential role for the designated judge goes some distance toward alleviating the first concern, that the judge will be perceived to be in the camp of the government.

The second concern is that the judge may be seen to function more as an investigator than as an independent and impartial adjudicator. The law is clear that the principles of fundamental justice are breached if a judge is reduced to an executive, investigative function. At the same time, the mere fact that a judge is required to assist in an investigative activity does not deprive the judge of the requisite independence. In *Re Bagri*, the Court considered whether a provision of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that provides for a judge to assist the state in gathering evidence in the investigation of a terrorist offence violated s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. Under s. 83.28, a judge can order a person to attend before the judge (or before another judge) to give information on a suspected past or future terrorism offence, and supervise the taking of the person's statement. The hearing can take place *in camera*, and its very existence can be kept secret. Critics of s. 83.28 argued that it co-opts the presiding judge into performing an

Cette interprétation de la *LIPR* est corroborée par des déclarations faites durant le processus d'adoption du régime. Les témoignages présentés au Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration qui étudiait la *LIPR* lui ont révélé que le rôle du juge désigné consiste à éviter tout traitement injuste ou arbitraire et à garantir l'application régulière de la loi (Transcription des travaux du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, le jeudi 26 avril 2001 (en ligne)).

Enfin, le fait que le juge désigné ait accès à plus de renseignements que les ministres n'en avaient à leur disposition pour prendre leur décision initiale de délivrer un certificat et de mettre l'intéressé en détention porte à croire que le juge est relativement bien placé pour apprécier les questions en litige et ne se contente pas d'entériner machinalement cette décision : *Charkaoui (Re)*, 2003 CF 1419, par. 125.

Je conclus qu'attribuer au juge désigné un rôle qui ne l'oblige pas à faire preuve de retenue contribue à atténuer le premier problème, soit la possibilité que le juge soit perçu comme appartenant au camp du gouvernement.

Deuxièmement, on craint que le juge soit perçu davantage comme un enquêteur que comme un arbitre indépendant et impartial. Il est clair en droit qu'il serait contraire aux principes de justice fondamentale que le juge exerce une fonction purement exécutive, qui se limite à une enquête. Par contre, le simple fait qu'un juge soit appelé à participer à une activité d'enquête ne le prive pas de l'indépendance requise. Dans *Re Bagri*, la Cour devait décider si une disposition du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui autorise un juge à aider l'État à rechercher des éléments de preuve dans le cadre d'une enquête sur une infraction de terrorisme contrevient à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*. L'article 83.28 permet au juge d'ordonner qu'une personne comparaisse devant lui (ou devant un autre juge) pour fournir de l'information sur une infraction de terrorisme commise ou appréhendée et à superviser son interrogatoire. L'audience peut se dérouler à huis clos et même sa tenue peut être gardée secrète. Les critiques formulées contre l'art.

40

41

42

43

investigative rather than an adjudicative role. The majority held that the provision violates neither s. 7 of the *Charter* nor the unwritten principle of judicial independence. It stressed that s. 83.28 gives judges broad discretion to vary the terms of the order made under it and to ensure that constitutional and common law values are respected. It also noted that judges routinely participate in investigations in the criminal context and that their role in these situations is to “act as a check against state excess” (para. 86), and emphasized that in the context of investigative hearings the judge was not asked to question the individual or challenge the evidence, but merely to mediate and ensure the fairness of the proceeding. However, it warned that “once legislation invokes the aid of the judiciary, we must remain vigilant to ensure that the integrity of its role is not compromised or diluted” (para. 87).

83.28 voulaient qu’il permette au juge d’exercer des fonctions d’enquête plutôt que sa fonction juridictionnelle. La majorité a conclu que cette disposition ne viole ni l’art. 7 de la *Charte* ni le principe non écrit de l’indépendance judiciaire. Elle a précisé que l’art. 83.28 confère au juge un vaste pouvoir discrétionnaire pour fixer et modifier les modalités de l’ordonnance rendue en application de cet article et pour veiller au respect des valeurs reconnues par la Constitution et par la common law. La majorité a aussi souligné que les juges participent courageusement à des enquêtes dans le contexte criminel et que, dans ces situations, leur rôle consiste à « refréner les excès de l’État » (par. 86). Elle a insisté sur le fait que, dans le cadre d’une enquête, le juge n’était pas appelé à poser des questions à l’intéressé ni à contester les éléments de preuve, mais simplement à agir comme médiateur et à garantir l’équité procédurale. Par contre, elle a prévenu que « dès qu’une mesure législative requiert l’aide du pouvoir judiciaire, il faut veiller à ce que l’intégrité du rôle de ce dernier ne soit ni compromise ni diminuée » (par. 87).

44

The *IRPA* provisions before the Court, like s. 83.28 of the *Criminal Code*, preserve the essential elements of the judicial role. It is even clearer in this case than in *Re Bagri* that the process established by the legislation at issue is not purely investigative; the judge’s task of determining whether the certificate is “reasonable” seems on its face closer to adjudicative review of an executive act than to investigation. On the other hand, the provisions seem to require the judge to actively vet the evidence, an activity that the Court viewed as suspect in *Re Bagri*. Noël J., the designated judge for Mr. Charkaoui’s case, stated:

Les dispositions de la *LIPR* en cause, à l’instar de l’art. 83.28 du *Code criminel*, préservent les éléments essentiels de la fonction judiciaire. Il est encore plus clair en l’espèce que dans *Re Bagri* que le processus établi par la loi n’est pas strictement de la nature d’une enquête; la tâche du juge de décider du « caractère raisonnable » du certificat semble d’emblée s’apparenter davantage au contrôle judiciaire d’un acte de l’exécutif qu’à une enquête. D’autre part, les dispositions semblent exiger que le juge passe concrètement les éléments de preuve au crible, tâche qui paraissait suspecte aux yeux de la Cour dans *Re Bagri*. Le juge Noël, juge désigné dans la cause de M. Charkaoui, a affirmé :

Designated judges preside over hearings and hear the Minister’s witnesses. They examine witnesses themselves as the need arises. They examine the documents carefully to determine which information is related to security and which information is not. In order to do so, they examine, among other things, the sources of the information, the way in which it was obtained, the reliability of the sources and the

Le juge désigné préside les audiences et entend les témoins présentés par les ministres. Au besoin, il interroge lui-même ces témoins. Il examine soigneusement la documentation pour déterminer quels renseignements sont liés à la sécurité et lesquels ne le sont pas. Pour ce faire, il examine entre autres les sources des renseignements, la façon dont ces renseignements ont été obtenus, la fiabilité des sources et la méthode

method used, and whether it is possible to corroborate the information by other means.

(2003 FC 1419, at para. 101)

These comments suggest that while the designated judge may be more involved in vetting and skeptically scrutinizing the evidence than would be the case in a normal judicial hearing, the judge is nevertheless performing the adjudicative function of evaluation, rather than the executive function of investigation. However, care must be taken to avoid allowing the investigative aspect of the process to overwhelm its adjudicative aspect.

The third concern is that the judge's role as sole protector of the named person's interest may associate the judge, in fact or perception, with that interest. A judge who is obliged to take on a "defence" role in the absence of counsel may unconsciously become associated with that camp: *R. v. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64, at p. 71; *R. v. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186 (Ont. C.A.), at p. 191. This concern must be balanced against the opposite concern that the judge may appear to be part of the government scheme and hence in the government's camp. The critical consideration, however, is that the *IRPA* permits — indeed requires — the judge to conduct the review in an independent and judicial fashion. Provided the judge does so, the scheme cannot be condemned on the ground that he or she is, in fact or perception, in the named person's camp.

I conclude that, on its face, the *IRPA* process is designed to preserve the independence and impartiality of the designated judge, as required by s. 7. Properly followed by judges committed to a searching review, it cannot be said to compromise the perceived independence and impartiality of the designated judge.

I note that this conclusion conclusively rebuts the appellant Charkaoui's contention that the *IRPA* breaches the unwritten constitutional principle of

utilisée, ainsi que la possibilité de corroborer ces renseignements par d'autres moyens lorsque cela est possible.

(2003 CF 1419, par. 101)

Ces commentaires indiquent que, même si un juge désigné participe davantage au criblage et à l'examen critique des éléments de preuve que dans le cadre d'une audition judiciaire normale, il continue d'exercer sa fonction judiciaire d'évaluation, plutôt que la fonction exécutive d'enquête. Il faut toutefois veiller à ce que le volet d'enquête du processus n'en supplante pas le volet judiciaire.

Troisièmement, on craint que le juge, en raison de son rôle de protecteur unique des intérêts de la personne désignée, puisse être associé, en réalité ou en apparence, aux intérêts de cette personne. Un juge tenu d'assumer le rôle de la « défense » en l'absence d'un avocat pourrait devenir inconsciemment associé à ce camp : *R. c. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64, p. 71; *R. c. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186 (C.A. Ont.), p. 191. Cette crainte doit être soupesée en regard de l'éventualité opposée que le juge soit perçu comme faisant partie intégrante du régime gouvernemental et appartenant au camp du gouvernement. La considération déterminante est toutefois que la *LIPR* permet au juge — lui enjoint en fait — de procéder au contrôle en agissant comme un magistrat indépendant exerçant des fonctions judiciaires. Dans la mesure où le juge agit effectivement ainsi, le régime ne peut être condamné sous prétexte que le juge se rangerait, en réalité ou en apparence, dans le camp de la personne désignée.

Je conclus qu'il ressort, à la simple lecture de la *LIPR*, que le processus qu'elle établit est conçu de façon à préserver l'indépendance et l'impartialité du juge désigné, comme l'exige l'art. 7. On ne saurait dire que l'indépendance et l'impartialité apparentes du juge désigné sont compromises, lorsque les juges appliquent correctement ce processus en procédant à un examen approfondi.

Soulignons que cette conclusion réfute définitivement la prétention de M. Charkaoui selon laquelle la *LIPR* contrevient au principe constitutionnel non

45

46

47



judicial independence affirmed in *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, [2005] 2 S.C.R. 286, 2005 SCC 44.

5. Is the Decision Based on the Facts and the Law?

48

To comply with s. 7 of the *Charter*, the magistrate must make a decision based on the facts and the law. In the extradition context, the principles of fundamental justice have been held to require, “at a minimum, a meaningful judicial assessment of the case on the basis of the evidence and the law. A judge considers the respective rights of the litigants or parties and makes findings of fact on the basis of evidence and applies the law to those findings. Both facts and law must be considered for a true adjudication. Since *Bonham's Case* [(1610), 8 Co. Rep. 113b, 77 E.R. 646], the essence of a judicial hearing has been the treatment of facts revealed by the evidence in consideration of the substantive rights of the parties as set down by law” (*Ferras*, at para. 25). The individual and societal interests at stake in the certificate of inadmissibility context suggest similar requirements.

49

The *IRPA* process at issue seeks to meet this requirement by placing material before the judge for evaluation. As a practical matter, most if not all of the material that the judge considers is produced by the government and can be vetted for reliability and sufficiency only by the judge. The normal standards used to ensure the reliability of evidence in court do not apply: s. 78(j). The named person may be shown little or none of the material relied on by the ministers and the judge, and may thus not be in a position to know or challenge the case against him or her. It follows that the judge's decision, while based on the evidence before him or her, may not be based on all of the evidence available.

50

There are two types of judicial systems, and they ensure that the full case is placed before the judge in two different ways. In inquisitorial systems, as in

écrit de l'indépendance judiciaire reconnu dans *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44.

5. La décision est-elle fondée sur les faits et sur le droit?

Pour se conformer à l'art. 7 de la *Charte*, le magistrat doit rendre une décision fondée sur les faits et sur le droit. Dans le contexte de l'extradition, il a été jugé que la justice fondamentale « impose aux tribunaux au moins l'obligation de procéder à une appréciation valable de l'affaire en fonction de la preuve et du droit. Le juge examine les droits respectifs des parties et, d'après la preuve, tire des conclusions de fait auxquelles il applique le droit. Il doit examiner autant les faits que le droit pour arriver à une conclusion valable. Depuis l'affaire *Bonham* [(1610), 8 Co. Rep. 113b, 77 E.R. 646], l'essence d'une audience judiciaire est de traiter les faits révélés par la preuve selon les droits substantiels que la loi confère aux parties » (*Ferras*, par. 25). Les intérêts individuels et sociétaux en jeu dans le contexte des certificats d'interdiction de territoire supposent l'application d'une exigence semblable.

Le processus établi par la *LIPR* est censé répondre à cette exigence par la production de renseignements soumis à l'appréciation du juge. En pratique, la plupart sinon la totalité des documents examinés par le juge sont produits par le gouvernement et seul le juge peut les passer au crible pour déterminer s'ils sont fiables et suffisants. Les normes servant habituellement à garantir la fiabilité de la preuve soumise aux tribunaux ne s'appliquent pas : al. 78j). Il se peut que la personne désignée ne puisse pas prendre connaissance de la totalité ou d'une grande partie des renseignements sur lesquels s'appuient les ministres et le juge, et qu'elle ne soit donc pas en mesure de connaître ou de contester les allégations formulées contre elle. Par conséquent, le juge peut rendre une décision qui, bien que fondée sur la preuve dont il dispose, n'est pas fondée sur tous les éléments de preuve disponibles.

Il existe deux types de systèmes de justice, qui garantissent de deux manières différentes que le juge dispose d'une preuve complète. Dans un système de

Continental Europe, the judge takes charge of the gathering of evidence in an independent and impartial way. By contrast, an adversarial system, which is the norm in Canada, relies on the parties — who are entitled to disclosure of the case to meet, and to full participation in open proceedings — to produce the relevant evidence. The designated judge under the *IRPA* does not possess the full and independent powers to gather evidence that exist in the inquisitorial process. At the same time, the named person is not given the disclosure and the right to participate in the proceedings that characterize the adversarial process. The result is a concern that the designated judge, despite his or her best efforts to get all the relevant evidence, may be obliged — perhaps unknowingly — to make the required decision based on only part of the relevant evidence. As Hugessen J. has noted, the adversarial system provides “the real warranty that the outcome of what we do is going to be fair and just” (p. 385); without it, the judge may feel “a little bit like a fig leaf” (Proceedings of the March 2002 Conference, at p. 386).

Judges of the Federal Court have worked assiduously to overcome the difficulties inherent in the role the *IRPA* has assigned to them. To their credit, they have adopted a pseudo-inquisitorial role and sought to seriously test the protected documentation and information. But the role remains *pseudo*-inquisitorial. The judge is not afforded the power to independently investigate all relevant facts that true inquisitorial judges enjoy. At the same time, since the named person is not given a full picture of the case to meet, the judge cannot rely on the parties to present missing evidence. The result is that, at the end of the day, one cannot be sure that the judge has been exposed to the whole factual picture.

Similar concerns arise with respect to the requirement that the decision be based on the law. Without knowledge of the information put against him or her, the named person may not be in a position to raise legal objections relating to the evidence, or

type inquisitoire, comme on en retrouve notamment sur le continent européen, le juge dirige la collecte des éléments de preuve de façon impartiale et indépendante. Par contraste, un système contradictoire, qui constitue la norme au Canada, compte sur les parties — qui ont le droit de connaître les allégations formulées contre elles et de participer pleinement à une procédure publique — pour qu’elles produisent les éléments de preuve pertinents. Sous le régime de la *LIPR*, le juge désigné n’est pas investi de tous les pouvoirs indépendants de colliger les éléments de preuve que lui conférerait le processus inquisitoire. Par contre, la personne désignée ne bénéficie ni de la divulgation de la preuve ni du droit de participer à la procédure qui caractérisent le processus contradictoire. En conséquence, on craint que le juge désigné, en dépit des efforts qu’il déploie pour obtenir toute la preuve pertinente, puisse être obligé — peut-être sans le savoir — de rendre la décision requise sur le fondement d’une partie seulement de la preuve pertinente. Comme l’a noté le juge Hugessen, le système contradictoire [TRADUCTION] « garantit réellement que l’issue de notre travail sera équitable et juste » (p. 385); sans lui, le juge pourrait avoir « un peu le sentiment d’être une feuille de vigne » (Actes de la conférence de mars 2002, p. 386).

Les juges de la Cour fédérale ont travaillé avec acharnement pour surmonter les difficultés inhérentes au rôle que la *LIPR* leur a confié. Ils sont louables d’avoir assumé un rôle pseudo-inquisitoire et essayé de vérifier sérieusement les documents et les renseignements protégés. Leur rôle demeure néanmoins *pseudo*-inquisitoire. Le juge n’a pas, contrairement aux juges d’un véritable système inquisitoire, le pouvoir d’enquêter de façon indépendante sur tous les faits pertinents. Par ailleurs, comme la personne désignée n’est pas pleinement informée de ce qu’on lui reproche, le juge ne peut pas compter sur les parties pour lui présenter la preuve manquante. En définitive, on ne peut jamais avoir la certitude que le juge a pu prendre connaissance de tous les faits.

Des problèmes semblables se posent quant au respect de l’exigence voulant que la décision soit fondée sur le droit. Ne sachant pas ce qui lui est reproché, il se peut que la personne désignée ne soit pas en mesure de soulever une objection juridique

to develop legal arguments based on the evidence. The named person is, to be sure, permitted to make legal representations. But without disclosure and full participation throughout the process, he or she may not be in a position to put forward a full legal argument.

6. Is the “Case to Meet” Principle Satisfied?

53 Last but not least, a fair hearing requires that the affected person be informed of the case against him or her, and be permitted to respond to that case. This right is well established in immigration law. The question is whether the procedures “provide an adequate opportunity for [an affected person] to state his case and know the case he has to meet” (*Singh*, at p. 213). Similarly, in *Suresh*, the Court held that a person facing deportation to torture under s. 53(1)(b) of the former *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, must “[n]ot only . . . be informed of the case to be met . . . [but] also be given an opportunity to challenge the information of the Minister where issues as to its validity arise” (para. 123).

54 Under the *IRPA*’s certificate scheme, the named person may be deprived of access to some or all of the information put against him or her, which would deny the person the ability to know the case to meet. Without this information, the named person may not be in a position to contradict errors, identify omissions, challenge the credibility of informants or refute false allegations. This problem is serious in itself. It also underlies the concerns, discussed above, about the independence and impartiality of the designated judge, and the ability of the judge to make a decision based on the facts and law.

55 Confidentiality is a constant preoccupation of the certificate scheme. The judge “shall ensure” the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence if, in the opinion of the judge, disclosure would be

contre un élément de preuve ou de faire valoir des arguments de droit fondés sur la preuve. Certes, la personne désignée est autorisée à présenter des arguments juridiques. Toutefois, sans la divulgation de la preuve et sans sa pleine participation du début à la fin du processus, elle n’est peut-être pas en mesure de préparer une argumentation complète sur les questions de droit.

6. Le principe selon lequel une partie a le droit de savoir ce qu’on lui reproche est-il respecté?

Dernier élément, qui n’est toutefois pas le moindre, une audition équitable suppose que l’intéressé soit informé des allégations formulées contre lui et ait la possibilité d’y répondre. Ce droit est bien établi en droit de l’immigration. Il s’agit de savoir si la procédure offre « à la personne [visée] une possibilité suffisante d’exposer sa cause et de savoir ce qu’elle doit prouver » (*Singh*, p. 213). De même, dans *Suresh*, la Cour a statué qu’une personne susceptible d’être expulsée vers un pays où elle risque la torture, en application de l’al. 53(1)(b) de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, « doit non seulement être informé[e] des éléments invoqués contre [elle], mais aussi avoir la possibilité de contester l’information recueillie par la ministre lorsque sa validité peut être mise en doute » (par. 123).

Sous le régime de certificats établi dans la *LIPR*, il est possible que la personne désignée n’ait pas accès à la totalité ou à une partie des renseignements produits contre elle, ce qui l’empêche de savoir ce qu’elle doit prouver. Il se peut que, privée de ces renseignements, elle ne soit pas en mesure de corriger les erreurs, relever les omissions, attaquer la crédibilité des informateurs ou réfuter les faussetés. Ce problème est sérieux en soi. De surcroît, il alimente les craintes mentionnées précédemment concernant l’indépendance et l’impartialité du juge désigné et sa capacité à rendre une décision fondée sur les faits et sur le droit.

La confidentialité constitue une préoccupation constante dans le régime de certificats. Le juge « est tenu » de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte,

injurious to national security or to the safety of any person: s. 78(b). At the request of either minister “at any time during the proceedings”, the judge “shall hear” information or evidence in the absence of the named person and his or her counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person: s. 78(e). The judge “shall provide” the named person with a summary of information that enables him or her to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but the summary cannot include anything that would, in the opinion of the judge, be injurious to national security or to the safety of any person: s. 78(h). Ultimately, the judge may have to consider information that is not included in the summary: s. 78(g). In the result, the judge may be required to decide the case, wholly or in part, on the basis of information that the named person and his or her counsel never see. The named person may know nothing of the case to meet, and although technically afforded an opportunity to be heard, may be left in a position of having no idea as to what needs to be said.

The same concerns arise with respect to the detention review process under ss. 83 and 84 of the *IRPA*. Section 78 applies to detention reviews under s. 83, and it has been found to apply to detention reviews under s. 84(2): *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 142, 2005 FCA 54, at paras. 71-72.

The right to know the case to be met is not absolute. Canadian statutes sometimes provide for *ex parte* or *in camera* hearings, in which judges must decide important issues after hearing from only one side. In *Rodgers*, the majority of this Court declined to recognize notice and participation as invariable constitutional norms, emphasizing a context-sensitive approach to procedural fairness. And in *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31, the Court, *per* Rothstein J., held that while “[h]earing from both sides of an issue is a principle to be departed from only in exceptional circumstances”, in the ordinary case, a judge would be

selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui : al. 78b). À la demande de l’un ou l’autre des ministres, présentée en tout temps au cours de la procédure, le juge « examine », en l’absence de la personne désignée et de son conseil, des renseignements ou des éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui : al. 78e). Le juge « fournit » un résumé des renseignements à la personne désignée, afin de lui permettre d’être suffisamment informée des circonstances ayant donné lieu au certificat. Toutefois, ce résumé ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon le juge, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui : al. 78h). En définitive, le juge peut devoir tenir compte de renseignements qui ne font pas partie du résumé : al. 78g). Ainsi, il peut arriver que le juge doive rendre sa décision entièrement ou en partie sur la foi de renseignements que la personne désignée et son avocat ne verront jamais. La personne désignée pourrait ignorer totalement ce qu’on lui reproche et, même si elle a techniquement la possibilité d’être entendue, n’avoir aucune idée de la preuve qu’elle doit présenter.

Le même problème se pose relativement à la procédure de contrôle de la détention établie aux art. 83 et 84 de la *LIPR*. L’article 78 s’applique au contrôle de la détention visé à l’art. 83 et il a été jugé applicable au contrôle de la détention visé au par. 84(2) : *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 142, 2005 CAF 54, par. 71-72.

Le droit d’une partie de connaître la preuve qui pèse contre elle n’est pas absolu. Les lois canadiennes prévoient parfois la tenue d’audiences à huis clos ou *ex parte* au cours desquelles les juges doivent trancher des questions importantes après avoir entendu les arguments d’une seule partie. Dans *Rodgers*, la majorité de la Cour a refusé de reconnaître qu’un préavis et la participation à l’audition constituent des normes constitutionnelles immuables, insistant sur le principe voulant que l’équité procédurale dépende du contexte. Dans *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31, le juge Rothstein, au nom de la Cour, a précisé que, si « [s]eules des

“well equipped . . . to determine whether a record is subject to [solicitor-client] privilege” without the assistance of counsel on both sides (para. 21).

58

More particularly, the Court has repeatedly recognized that national security considerations can limit the extent of disclosure of information to the affected individual. In *Chiarelli*, this Court found that the Security Intelligence Review Committee could, in investigating certificates under the former *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52 (later R.S.C. 1985, c. I-2), refuse to disclose details of investigation techniques and police sources. The context for elucidating the principles of fundamental justice in that case included the state’s “interest in effectively conducting national security and criminal intelligence investigations and in protecting police sources” (p. 744). In *Suresh*, this Court held that a refugee facing the possibility of deportation to torture was entitled to disclosure of all the information on which the Minister was basing his or her decision, “[s]ubject to privilege or similar valid reasons for reduced disclosure, such as safeguarding confidential public security documents” (para. 122). And, in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, the Court upheld the section of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, that mandates *in camera* and *ex parte* proceedings where the government claims an exemption from disclosure on grounds of national security or maintenance of foreign confidences. The Court made clear that these societal concerns formed part of the relevant context for determining the scope of the applicable principles of fundamental justice (paras. 38-44).

circonstances exceptionnelles peuvent justifier une dérogation au principe selon lequel il faut entendre le point de vue des deux parties sur une question », en revanche, ordinairement, les juges sont « en mesure de déterminer si un document est protégé » par le secret professionnel de l’avocat, sans l’aide des avocats des deux parties (par. 21).

Plus particulièrement, la Cour a reconnu à de nombreuses reprises que des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l’étendue de la divulgation de renseignements à l’intéressé. Dans *Chiarelli*, la Cour a reconnu la légalité de la non-communication des détails relatifs aux méthodes d’enquête et aux sources utilisées par la police dans le cadre de la procédure d’examen des attestations par le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité sous le régime de l’ancienne *Loi sur l’immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52 (plus tard L.R.C. 1985, ch. I-2). Dans cette cause, le contexte en fonction duquel les principes de justice fondamentale ont été précisés comprenait l’« intérêt [de l’État] à mener efficacement les enquêtes en matière de sécurité nationale et de criminalité et à protéger les sources de renseignements de la police » (p. 744). Dans *Suresh*, la Cour a jugé qu’un réfugié susceptible d’être expulsé vers un pays où il risquait la torture avait le droit d’être informé de tous les renseignements sur lesquels la ministre avait fondé sa décision « sous réserve du caractère privilégié de certains documents ou de l’existence d’autres motifs valables d’en restreindre la communication, comme la nécessité de préserver la confidentialité de documents relatifs à la sécurité publique » (par. 122). De plus, dans *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, la Cour a confirmé la constitutionnalité de l’article de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, qui prescrit la tenue d’une audience à huis clos et *ex parte* lorsque le gouvernement invoque l’exception relative à la sécurité nationale ou aux renseignements confidentiels de source étrangère pour se soustraire à son obligation de communication. La Cour a alors clairement indiqué que ces préoccupations d’ordre social font partie du contexte pertinent dont il faut tenir compte pour déterminer la portée des principes applicables de justice fondamentale (par. 38-44).

In some contexts, substitutes for full disclosure may permit compliance with s. 7 of the *Charter*. For example, in *Rodgers*, the majority of the Court upheld the constitutionality of *ex parte* hearings for applications under s. 487.055 of the *Criminal Code* to take DNA samples from listed multiple offenders, on the ground that the protections Parliament had put in place were adequate (paras. 51-52). Similarly, in *Chiarelli*, the Court upheld the lack of disclosure on the basis that the information disclosed by way of summary and the opportunity to call witnesses and cross-examine RCMP witnesses who testified *in camera* satisfied the requirements of fundamental justice. And in *Ruby*, the Court held that the substitute measures provided by Parliament satisfied the constitutional requirements of procedural fairness (para. 42). Arbour J. stated: “In such circumstances, fairness is met through other procedural safeguards such as subsequent disclosure, judicial review and rights of appeal” (para. 40).

Where limited disclosure or *ex parte* hearings have been found to satisfy the principles of fundamental justice, the intrusion on liberty and security has typically been less serious than that effected by the *IRPA*: *Rodgers*, at para. 53. It is one thing to deprive a person of full information where fingerprinting is at stake, and quite another to deny him or her information where the consequences are removal from the country or indefinite detention. Moreover, even in the less intrusive situations, courts have insisted that disclosure be as specific and complete as possible.

In the context of national security, non-disclosure, which may be extensive, coupled with the grave intrusions on liberty imposed on a detainee, makes it difficult, if not impossible, to find substitute procedures that will satisfy s. 7. Fundamental justice requires substantial compliance with the venerated principle that a person whose liberty is in jeopardy must be given an opportunity to know the

Dans certains contextes, des solutions de rechange à la divulgation complète peuvent satisfaire à l’art. 7 de la *Charte*. Par exemple, dans *Rodgers*, la majorité de la Cour a confirmé la constitutionnalité de l’audition *ex parte* d’une demande présentée en vertu de l’art. 487.055 du *Code criminel* en vue du prélèvement d’échantillons d’ADN de récidivistes désignés parce que les garanties mises en place par le législateur étaient adéquates (par. 51-52). De même, dans *Chiarelli*, la Cour a confirmé la constitutionnalité de la non-communication parce que la divulgation des renseignements dans le résumé, la possibilité de faire entendre des témoins et celle de contre-interroger les témoins de la GRC qui avaient déposé à huis clos répondaient aux exigences de la justice fondamentale. Dans *Ruby*, la Cour a statué que les solutions de rechange prévues par le législateur satisfaisaient aux exigences constitutionnelles d’équité procédurale (par. 42). La juge Arbour a affirmé : « [e]n pareils cas, l’équité est assurée par d’autres garanties procédurales telles que la communication subséquente de la preuve, le contrôle judiciaire et le droit d’appel » (par. 40).

Lorsque la communication limitée ou les audiences *ex parte* ont été jugées conformes aux principes de justice fondamentale, l’atteinte à la liberté et à la sécurité était généralement moins sérieuse que celle portée par la *LIPR* : *Rodgers*, par. 53. C’est une chose de ne pas communiquer tous les renseignements à une personne lorsque seul est en jeu le prélèvement de ses empreintes digitales, c’en est une tout autre de refuser de lui transmettre des renseignements lorsqu’elle peut être renvoyée du pays ou détenue pendant une période indéterminée. Qui plus est, même dans les situations moins attentatoires, les juges ont insisté sur la nécessité de divulguer l’information la plus précise et la plus complète possible.

La non-communication dans le contexte de la sécurité nationale, dont l’étendue peut être assez vaste, ajoutée aux graves atteintes portées à la liberté d’une personne détenue, rend difficile, voire impossible, le recours à une solution de rechange qui satisfasse à l’art. 7. La justice fondamentale exige que soit respecté, pour l’essentiel, le principe vénérable voulant qu’une personne dont la liberté

case to meet, and an opportunity to meet the case. Yet the imperative of the protection of society may preclude this. Information may be obtained from other countries or from informers on condition that it not be disclosed. Or it may simply be so critical that it cannot be disclosed without risking public security. This is a reality of our modern world. If s. 7 is to be satisfied, either the person must be given the necessary information, or a substantial substitute for that information must be found. Neither is the case here.

est menacée ait la possibilité de connaître la preuve produite contre elle et d'y répondre. Or, il se peut que la nécessité de protéger la société exclue cette possibilité. Des renseignements peuvent avoir été fournis par des pays ou des informateurs à la condition qu'ils ne soient pas divulgués. Il peut aussi arriver que des renseignements soient sensibles au point de ne pouvoir être communiqués sans que la sécurité publique soit compromise. C'est là une réalité de la société moderne. Pour respecter l'art. 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à la personne visée, soit trouver une autre façon de l'informer pour l'essentiel. Ni l'un ni l'autre n'a été fait en l'espèce.

62 The only protection the *IRPA* accords the named person is a review by a designated judge to determine whether the certificate is reasonable. The ministers argue that this is adequate in that it maintains a “delicate balance” between the right to a fair hearing and the need to protect confidential security intelligence information. The appellants, on the other hand, argue that the judge’s efforts, however conscientious, cannot provide an effective substitute for informed participation.

La seule protection que la *LIPR* accorde à la personne désignée est l'examen du certificat par un juge désigné qui détermine s'il est raisonnable. Les ministres soutiennent que cette protection est adéquate et qu'elle crée un [TRADUCTION] « équilibre délicat » entre le droit à une audition équitable et la nécessité de préserver la confidentialité du renseignement de sécurité. Pour leur part, les appelants font valoir que les efforts du juge, aussi consciencieux soient-ils, ne constituent pas un substitut valable à la participation éclairée.

63 I agree with the appellants. The issue at the s. 7 stage, as discussed above, is not whether the government has struck the right balance between the need for security and individual liberties; that is the issue at the stage of s. 1 justification of an established limitation on a *Charter* right. The question at the s. 7 stage is whether the basic requirements of procedural justice have been met, either in the usual way or in an alternative fashion appropriate to the context, having regard to the government’s objective and the interests of the person affected. The fairness of the *IRPA* procedure rests entirely on the shoulders of the designated judge. Those shoulders cannot by themselves bear the heavy burden of assuring, in fact and appearance, that the decision on the reasonableness of the certificate is impartial, is based on a full view of the facts and law, and reflects the named person’s knowledge of the case to meet. The judge, working under the constraints imposed by the *IRPA*, simply cannot fill the vacuum left by the removal of the traditional guarantees of

Je partage l'opinion des appelants. Rappelons qu'il ne s'agit pas de savoir, à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, si le gouvernement a atteint le bon équilibre entre la nécessité de préserver la sécurité et les libertés individuelles; cette question ne se pose qu'à l'étape de l'application de l'article premier, lorsqu'il s'agit de justifier une atteinte déjà établie à un droit protégé par la *Charte*. À l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, il faut déterminer si les exigences fondamentales de la justice en matière de procédure ont été respectées, soit de la manière habituelle, soit d'une autre façon adaptée au contexte, compte tenu de l'objectif du gouvernement et des intérêts de la personne touchée. Le caractère équitable de la procédure établie par la *LIPR* repose entièrement sur les épaules du juge désigné. Ce dernier ne peut, à lui seul, s'acquitter du lourd fardeau de s'assurer que, tant en apparence qu'en réalité, la décision sur le caractère raisonnable du certificat soit impartiale, repose sur l'ensemble des faits et du droit et témoigne de la

a fair hearing. The judge sees only what the ministers put before him or her. The judge, knowing nothing else about the case, is not in a position to identify errors, find omissions or assess the credibility and truthfulness of the information in the way the named person would be. Although the judge may ask questions of the named person when the hearing is reopened, the judge is prevented from asking questions that might disclose the protected information. Likewise, since the named person does not know what has been put against him or her, he or she does not know what the designated judge needs to hear. If the judge cannot provide the named person with a summary of the information that is sufficient to enable the person to know the case to meet, then the judge cannot be satisfied that the information before him or her is sufficient or reliable. Despite the judge's best efforts to question the government's witnesses and scrutinize the documentary evidence, he or she is placed in the situation of asking questions and ultimately deciding the issues on the basis of incomplete and potentially unreliable information.

The judge is not helpless; he or she can note contradictions between documents, insist that there be at least some evidence on the critical points, and make limited inferences on the value and credibility of the information from its source. Nevertheless, the judge's activity on behalf of the named person is confined to what is presented by the ministers. The judge is therefore not in a position to compensate for the lack of informed scrutiny, challenge and counter-evidence that a person familiar with the case could bring. Such scrutiny is the whole point of the principle that a person whose liberty is in jeopardy must know the case to meet. Here that principle has not merely been limited; it has been effectively gutted. How can one meet a case one does not know?

connaissance par la personne désignée des allégations formulées contre elle. Le juge, assujéti aux contraintes fixées par la *LIPR*, ne peut tout simplement pas combler le vide créé par le retrait des garanties traditionnelles quant à la tenue d'une audition équitable. Le juge ne voit que ce que les ministres portent à sa connaissance. Ignorant tout du reste de la cause, il n'est pas en mesure de déceler les erreurs ou les omissions ni d'évaluer la crédibilité et la véracité des renseignements comme la personne désignée pourrait le faire. Même si le juge peut poser des questions à cette personne à la reprise de l'instance en sa présence, il doit éviter celles qui pourraient révéler des renseignements protégés. De même, comme la personne désignée ignore les allégations formulées contre elle, elle ignore quels renseignements elle doit fournir au juge désigné. Si le juge ne peut fournir à la personne désignée un résumé des renseignements qui soit suffisant pour que cette dernière sache quelle preuve elle doit produire, le juge ne peut être convaincu que les renseignements dont il dispose sont suffisants ou fiables. Peu importe les efforts qu'il déploie pour interroger les témoins du gouvernement et examiner la preuve documentaire, le juge se retrouve dans une situation où il doit poser des questions et, ultimement, rendre sa décision en s'appuyant sur des renseignements incomplets, qui ne sont peut-être pas fiables.

Certes, le juge dispose de certains moyens : il peut relever les contradictions entre les documents, insister pour qu'on lui fournisse au moins certains éléments de preuve sur les points cruciaux et tirer des conclusions limitées quant à la valeur et à la crédibilité des renseignements que lui fournit sa source. Néanmoins, sa participation au nom de la personne désignée se limite à ce que les ministres lui soumettent. Par conséquent, le juge n'est pas en mesure de compenser l'absence d'examen éclairé, de contestation et de contre-preuve par une personne qui serait au fait de la cause. Or, pareil examen est précisément ce que requiert le principe selon lequel une personne dont la liberté est en jeu doit savoir ce qu'on lui reproche. En l'espèce, ce principe n'a pas été simplement restreint, il a été vidé de sa substance. Comment peut-on réfuter des allégations dont on ignore tout?



7. Conclusion on Section 7

65

In the *IRPA*, an attempt has been made to meet the requirements of fundamental justice essentially through one mechanism — the designated judge charged with reviewing the certificate of inadmissibility and the detention. To Parliament's credit, a sincere attempt has been made to give the designated judge the powers necessary to discharge the role in an independent manner, based on the facts and the law. Yet, the secrecy required by the scheme denies the named person the opportunity to know the case put against him or her, and hence to challenge the government's case. This, in turn, undermines the judge's ability to come to a decision based on all the relevant facts and law. Despite the best efforts of judges of the Federal Court to breathe judicial life into the *IRPA* procedure, it fails to assure the fair hearing that s. 7 of the *Charter* requires before the state deprives a person of life, liberty or security of the person. I therefore conclude that the *IRPA*'s procedure for determining whether a certificate is reasonable does not conform to the principles of fundamental justice as embodied in s. 7 of the *Charter*. The same conclusion necessarily applies to the detention review procedures under ss. 83 and 84 of the *IRPA*.

8. Is the Limit Justified Under Section 1 of the Charter?

66

The *Charter* does not guarantee rights absolutely. The state is permitted to limit rights — including the s. 7 guarantee of life, liberty and security — if it can establish that the limits are demonstrably justifiable in a free and democratic society. This said, violations of s. 7 are not easily saved by s. 1. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, Lamer J. (as he then was) stated, for the majority:

Section 1 may, for reasons of administrative expediency, successfully come to the rescue of an otherwise

7. Conclusion sur l'art. 7

La *LIPR* est censée répondre aux exigences de la justice fondamentale essentiellement grâce à un mécanisme — soit l'examen du caractère raisonnable du certificat d'interdiction de territoire et le contrôle de la détention par le juge désigné. Il faut reconnaître que le législateur a essayé sincèrement de conférer au juge désigné les pouvoirs nécessaires pour qu'il s'acquitte de sa tâche de manière indépendante, en se fondant sur les faits et sur le droit. Cependant, le secret requis par le processus empêche la personne désignée de savoir ce qui lui est reproché et, partant, de contester la thèse du gouvernement. Ce qui a ensuite pour effet de miner la capacité du juge de rendre une décision fondée sur l'ensemble des faits et du droit pertinents. En dépit des efforts déployés par les juges de la Cour fédérale pour insuffler un caractère judiciaire à la procédure établie par la *LIPR*, elle ne garantit pas la tenue de l'audition équitable dont une personne doit bénéficier en vertu de l'art. 7 de la *Charte* avant que l'État porte atteinte à son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne. Par conséquent, je conclus que la procédure d'examen du caractère raisonnable d'un certificat établie par la *LIPR* n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte*. Cette conclusion vaut nécessairement aussi pour le contrôle de la détention prévu aux art. 83 et 84 de la *LIPR*.

8. Cette limite est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?

La *Charte* ne protège pas les droits de façon absolue. En effet, l'État est autorisé à restreindre les droits garantis — y compris le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne protégé par l'art. 7 — dans des limites dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cela dit, les atteintes aux droits protégés par l'art. 7 ne sont pas faciles à valider par application de l'article premier. Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a affirmé, au nom de la majorité :

L'article premier peut, pour des motifs de commodité administrative, venir sauver ce qui constituerait par

violation of s. 7, but only in cases arising out of exceptional conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics, and the like. [p. 518]

The rights protected by s. 7 — life, liberty, and security of the person — are basic to our conception of a free and democratic society, and hence are not easily overridden by competing social interests. It follows that violations of the principles of fundamental justice, specifically the right to a fair hearing, are difficult to justify under s. 1: *G. (J.)*. Nevertheless, the task may not be impossible, particularly in extraordinary circumstances where concerns are grave and the challenges complex.

The test to be applied in determining whether a violation can be justified under s. 1, known as the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), requires a pressing and substantial objective and proportional means. A finding of proportionality requires: (a) means rationally connected to the objective; (b) minimal impairment of rights; and (c) proportionality between the effects of the infringement and the importance of the objective.

The protection of Canada's national security and related intelligence sources undoubtedly constitutes a pressing and substantial objective. Moreover, the *IRPA*'s provisions regarding the non-disclosure of evidence at certificate hearings are rationally connected to this objective. The facts on this point are undisputed. Canada is a net importer of security information. This information is essential to the security and defence of Canada, and disclosure would adversely affect its flow and quality: see *Ruby*. This leaves the question whether the means Parliament has chosen, i.e. a certificate procedure leading to detention and deportation of non-citizens on the ground that they pose a threat to Canada's security, minimally impairs the rights of non-citizens.

ailleurs une violation de l'art. 7, mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite. [p. 518]

Les droits protégés par l'art. 7 — la vie, la liberté et la sécurité de la personne — constituent le fondement même de notre conception d'une société libre et démocratique et peuvent difficilement être supplantés par des intérêts sociaux divergents. En conséquence, les dérogations aux principes de justice fondamentale, plus précisément au droit à une audition équitable, sont difficiles à justifier en application de l'article premier : *G. (J.)*. Toutefois, leur justification n'est pas nécessairement impossible, surtout dans des circonstances extraordinaires mettant en cause des préoccupations sérieuses et des problèmes complexes.

Le test servant à déterminer si une atteinte est justifiée au sens de l'article premier, établi dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige que cette restriction vise un objectif urgent et réel et qu'elle soit proportionnée, c'est-à-dire a) qu'elle ait un lien rationnel avec l'objectif poursuivi, b) qu'elle porte le moins possible atteinte aux droits et c) que son effet attentatoire soit proportionnel à l'importance de l'objectif poursuivi.

La protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue assurément un objectif urgent et réel. Les dispositions de la *LIPR* prévoyant la non-communication d'éléments de preuve dans le cadre d'une audition sur un certificat ont un lien rationnel avec cet objectif. Les faits à cet égard ne sont pas contestés. Le Canada est un importateur net de renseignements sur la sécurité. Or, ces derniers sont essentiels pour la sécurité et la défense du Canada, et leur divulgation nuirait à la circulation et à la qualité de ces renseignements : voir *Ruby*. Il reste donc à déterminer si le moyen choisi par le législateur, c'est-à-dire une procédure de délivrance et d'examen de certificats entraînant la détention et l'expulsion des non-citoyens qui constituent un danger pour la sécurité du Canada, porte le moins possible atteinte à leurs droits.

67

68

69

The realities that confront modern governments faced with the challenge of terrorism are stark. In the interest of security, it may be necessary to detain persons deemed to pose a threat. At the same time, security concerns may preclude disclosure of the evidence on which the detention is based. But these tensions are not new. As we shall see, Canada has already devised processes that go further in preserving s. 7 rights while protecting sensitive information; until recently, one of these solutions was applicable in the security certificate context. Nor are these tensions unique to Canada: in the specific context of anti-terrorism legislation, the United Kingdom uses special counsel to provide a measure of protection to the detained person's interests, while preserving the confidentiality of information that must be kept secret. These alternatives suggest that the *IRPA* regime, which places on the judge the entire burden of protecting the person's interest, does not minimally impair the rights of non-citizens, and hence cannot be saved under s. 1 of the *Charter*.

(a) *Less Intrusive Alternatives*

70

This is not the first time Canada has had to reconcile the demands of national security with the procedural rights guaranteed by the *Charter*. In a number of legal contexts, Canadian government institutions have found ways to protect sensitive information while treating individuals fairly. In some situations, the solution has involved the use of special counsel, in a manner closely approximating an adversarial process.

71

The Security Intelligence Review Committee ("SIRC") is an independent review body that monitors the activities of the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS"). Established in 1984 under the *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21 (now R.S.C. 1985, c. C-23), SIRC is composed of three to five members of the Privy Council who are not currently serving in Parliament. Under the former *Immigration Act*,

Les gouvernements modernes aux prises avec le terrorisme font face à de graves réalités. Dans l'intérêt de la sécurité, il peut être nécessaire de détener des personnes considérées comme une menace. Par contre, des préoccupations relatives à la sécurité peuvent empêcher la divulgation des éléments de preuve sur lesquels se fonde leur détention. Or, ces tensions ne sont pas nouvelles. Comme nous le verrons, le Canada a déjà établi des processus qui sauvegardent davantage les droits garantis par l'art. 7, tout en protégeant l'information sensible; jusqu'à tout récemment, l'une de ces solutions s'appliquait dans le contexte des attestations de sécurité. Ces tensions ne sont pas non plus particulières au Canada. Dans le contexte spécifique de la législation antiterroriste, le Royaume-Uni fait appel à un avocat spécial pour protéger les intérêts de la personne détenue tout en préservant la confidentialité des renseignements qui doivent rester secrets. Ces autres solutions indiquent que le régime établi par la *LIPR*, qui fait porter entièrement au juge le fardeau de protéger les intérêts de la personne, ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des non-citoyens et ne peut donc être validé par application de l'article premier de la *Charte*.

a) *Les solutions moins attentatoires*

Ce n'est pas la première fois que le Canada doit concilier les impératifs de la sécurité nationale et les droits procéduraux garantis par la *Charte*. Dans plusieurs contextes juridiques, des institutions gouvernementales canadiennes ont trouvé des façons de protéger des renseignements sensibles tout en accordant aux personnes un traitement juste. Dans certains cas, la solution comportait le recours à un avocat spécial, un processus très semblable au processus contradictoire.

Le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (« CSARS ») est un organisme d'examen indépendant qui surveille les activités du Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS »). Constitué en 1984 par la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, ch. 21 (maintenant L.R.C. 1985, ch. C-23), le CSARS se compose de trois à cinq membres du Conseil privé qui ne sont pas en fonction

SIRC had the power to vet findings of inadmissibility based on alleged threats to national security; a ministerial certificate could not be issued without a SIRC investigation. If the Minister of Employment and Immigration and the Solicitor General were of the opinion that a non-citizen was inadmissible due to involvement in organized crime, espionage, subversion, acts of violence, etc., they were first obliged to make a report to SIRC: *Immigration Act*, s. 39(2). SIRC would then investigate the grounds for the report, providing the affected person with “a statement summarizing such information available to it as will enable the person to be as fully informed as possible of the circumstances giving rise to the report”: s. 39(6). After completing its investigation, SIRC would send a report to the Governor in Council containing its recommendation as to whether a security certificate should be issued: s. 39(9). A copy of the same report would be provided to the non-citizen: s. 39(10). If the Governor in Council was satisfied that the non-citizen was inadmissible on appropriate grounds, he or she could then direct the Minister of Employment and Immigration to issue a security certificate: s. 40(1).

Empowered to develop its own investigative procedures, SIRC established a formal adversarial process, with “a court-like hearing room” and “procedures that mirrored judicial proceedings as much as possible”. The process also included an independent panel of lawyers with security clearances to act as counsel to SIRC (M. Rankin, “The Security Intelligence Review Committee: Reconciling National Security with Procedural Fairness” (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173, at p. 179).

A SIRC member presiding at a hearing had the discretion to balance national security against procedural fairness in determining how much information could be disclosed to the affected person. The non-citizen and his or her counsel would normally be present in the hearing room, except

au Parlement. Sous le régime de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, le CSARS avait le pouvoir de contrôler les déclarations d’inadmissibilité fondées sur la possibilité de menaces à la sécurité nationale; une attestation du ministre ne pouvait être délivrée sans une enquête du CSARS. Si le ministre de l’Emploi et de l’Immigration et le solliciteur général étaient d’avis qu’un non-citoyen était inadmissible en raison de sa participation notamment à des activités du crime organisé ou à des actes d’espionnage, de subversion ou de violence, ils devaient d’abord en faire rapport au CSARS : *Loi sur l’immigration*, par. 39(2). Le CSARS faisait ensuite enquête sur les motifs exposés au rapport et envoyait à la personne visée par le rapport « un résumé des informations dont il dispose » afin de lui permettre « d’être informé[e] le mieux possible des circonstances qui ont donné lieu » au rapport : par. 39(6). Une fois son enquête complétée, le CSARS devait envoyer au gouverneur en conseil un rapport contenant ses recommandations quant à l’opportunité de délivrer une attestation de sécurité : par. 39(9). Une copie de ce rapport devait être envoyée au non-citoyen : par. 39(10). Si le gouverneur en conseil était d’avis que le non-citoyen était inadmissible pour l’un des motifs prévus, il pouvait alors ordonner au ministre de l’Emploi et de l’Immigration de délivrer une attestation de sécurité : par. 40(1).

Habilité à établir ses propres procédures d’enquête, le CSARS a instauré un processus contradictoire officiel ainsi qu’une [TRADUCTION] « salle d’audience similaire à celle d’un tribunal » et « des procédures aussi identiques que possible à des procédures judiciaires ». Le processus comprenait également un groupe indépendant d’avocats ayant les habilitations de sécurité voulues et chargés de conseiller le CSARS (M. Rankin, « The Security Intelligence Review Committee: Reconciling National Security with Procedural Fairness » (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173, p. 179).

Les membres du CSARS présidant l’audience pouvaient établir un équilibre entre la sécurité nationale et l’équité procédurale en déterminant les renseignements qui pouvaient être communiqués à l’intéressé. Le non-citoyen et son avocat pouvaient normalement être présents dans la salle d’audience,

when sensitive national security evidence was tendered. (The presiding SIRC member would decide whether to exclude the non-citizen during certain testimony.) At such a juncture, independent, security-cleared SIRC counsel would act on behalf of the non-citizen. The SIRC counsel were instructed to cross-examine witnesses for CSIS “with as much vigour as one would expect from the complainant’s counsel” (Rankin, at p. 184; SIRC *Annual Report 1988-1989* (1989) (“SIRC *Annual Report*”), at p. 64). At the end of this *ex parte* portion of the hearing, the excluded person would be brought back into the room and provided with a summary, which would include “the gist of the evidence, without disclosing the national security information” (SIRC *Annual Report*, at p. 64). The SIRC counsel would negotiate the contents of the summary with CSIS, under the supervision of the presiding SIRC member (*ibid.*). The affected person and his or her counsel would then be allowed to ask their own questions, and to cross-examine on the basis of the summary (Rankin, at p. 184).

sauf lorsque des éléments de preuve sensibles relatifs à la sécurité nationale étaient présentés. (Le membre du CSARS présidant l’audience déterminait s’il fallait exclure le non-citoyen lors de l’audition de certains témoins.) Le cas échéant, un avocat indépendant du CSARS ayant l’habilitation de sécurité voulue représentait le non-citoyen. Les avocats du CSARS avaient le mandat de contre-interroger les témoins du SCRS [TRADUCTION] « avec un zèle égal à celui dont ferait normalement preuve l’avocat du plaignant » (Rankin, p. 184; *Rapport annuel 1988-1989* du CSARS (1989) (« Rapport annuel du CSARS »), p. 67). À la fin de cette partie de l’audition tenue *ex parte*, la personne exclue était ramenée dans la salle et avait droit à un résumé comprenant « les grandes lignes de la preuve qui [venait] d’être présentée, sans rien divulguer de ce qui peut avoir trait à l’intérêt national » (*Rapport annuel* du CSARS, p. 67). L’avocat du CSARS négociait le contenu du résumé avec le SCRS, sous la surveillance du membre du CSARS qui présidait l’audience (*ibid.*). L’intéressé et son avocat pouvaient alors poser leurs propres questions et contre-interroger les témoins à partir de ce résumé (Rankin, p. 184).

74 In the words of Professor Rankin, SIRC’s procedures represented “an attempt to preserve the best features of the adversarial process with its insistence on vigorous cross-examination, but not to run afoul of the requirements of national security” (p. 185). These procedures illustrate how special counsel can provide not only an effective substitute for informed participation, but can also help bolster actual informed participation by the affected person. Since the special counsel had a role in determining how much information would be included in the summary, disclosure was presumably more complete than would otherwise have been the case. Sensitive national security information was still protected, but the executive was required to justify the breadth of this protection.

Comme l’a écrit le professeur Rankin, ces procédures du CSARS constituaient [TRADUCTION] « une tentative de préserver les meilleurs éléments du processus contradictoire, qui met l’accent sur un contre-interrogatoire vigoureux, sans toutefois aller à l’encontre des exigences de la sécurité nationale » (p. 185). La procédure du CSARS montre que le recours à l’avocat spécial peut non seulement offrir une solution de rechange efficace à la participation éclairée, mais peut aussi contribuer à favoriser une véritable participation éclairée de l’intéressé. Étant donné que l’avocat spécial intervenait dans la détermination des renseignements à inclure dans le résumé, il faut supposer que la divulgation était plus complète qu’elle ne l’aurait été sans sa participation. Les renseignements sensibles touchant la sécurité nationale demeuraient protégés, mais le pouvoir exécutif devait justifier l’étendue de cette protection.

75 In 1988 Parliament added s. 40.1 to the *Immigration Act* to empower the Minister and the

En 1988, le législateur a ajouté l’art. 40.1 à la *Loi sur l’immigration* pour autoriser le ministre et

Solicitor General to issue security certificates in respect of foreign nationals. Section 40.1 effectively bypassed the SIRC investigation process where foreign nationals were concerned, instead referring the certificate to a designated judge of the Federal Court for subsequent review. Security certificates in respect of permanent residents remained subject to SIRC scrutiny until 2002, when Parliament repealed the *Immigration Act* and replaced it with the *IRPA*.

Certain elements of SIRC process may be inappropriate to the context of terrorism. Where there is a risk of catastrophic acts of violence, it would be foolhardy to require a lengthy review process *before* a certificate could be issued. But it was not suggested before this Court that SIRC's special counsel system had not functioned well in connection with the review of certificates under the *Immigration Act*, nor was any explanation given for why, under the new system for vetting certificates and reviewing detentions, a special counsel process had not been retained.

The SIRC process is not the only example of the Canadian legal system striking a better balance between the protection of sensitive information and the procedural rights of individuals. A current example is found in the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 (“*CEA*”), which permits the government to object to the disclosure of information on grounds of public interest, in proceedings to which the Act applies: ss. 37 to 39. Under the recent amendments to the *CEA* set out in the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, a participant in a proceeding who is required to disclose or expects to disclose potentially injurious or sensitive information, or who believes that such information might be disclosed, must notify the Attorney General about the potential disclosure, and the Attorney General may then apply to the Federal Court for an order prohibiting the disclosure of the information: ss. 38.01, 38.02, 38.04. The judge enjoys considerable discretion in deciding whether the information should be disclosed. If the judge concludes that disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence or national

le solliciteur général à délivrer des attestations de sécurité à l'égard des étrangers. Cet article permettait de contourner dans ce cas le processus d'enquête du CSARS et de renvoyer pour examen à un juge désigné de la Cour fédérale le certificat visant l'étranger. Les attestations de sécurité à l'égard des résidents permanents sont demeurées assujetties aux enquêtes du CSARS jusqu'en 2002, lorsque le législateur a abrogé la *Loi sur l'immigration* pour la remplacer par la *LIPR*.

Certains éléments du processus du CSARS peuvent être inadaptés au contexte du terrorisme. Devant un risque d'actes de violence catastrophiques, il serait téméraire d'exiger un long processus d'examen *avant* qu'un certificat soit délivré. Mais on n'a pas laissé entendre devant notre Cour que la procédure faisant appel à un avocat spécial du CSARS n'avait pas bien fonctionné pour l'examen des certificats sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, ni expliqué pourquoi le recours à un avocat spécial n'a pas été retenu dans le nouveau processus d'examen des certificats et de contrôle de la détention.

Dans le système juridique canadien, l'exemple du CSARS n'est pas le seul cas où un juste équilibre a été établi entre la protection des renseignements sensibles et les droits procéduraux individuels. On en trouve un autre exemple dans l'actuelle *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« *LPC* »), qui permet au gouvernement, dans le cadre des procédures visées par la Loi, de s'opposer à la divulgation de renseignements pour des raisons d'intérêt public : art. 37 à 39. Les modifications apportées récemment à la *LPC* par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, obligent tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer, prévoit divulguer ou s'attend à ce que soient divulgués des renseignements qu'il croit sensibles ou potentiellement préjudiciables à aviser le procureur général de la possibilité de divulgation. Ce dernier peut alors demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance interdisant la divulgation des renseignements : art. 38.01, 38.02 et 38.04. Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour décider si les renseignements devraient être divulgués. S'il conclut que la divulgation de

security, but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may order the disclosure of all or part of the information, on such conditions as he or she sees fit. No similar residual discretion exists under the *IRPA*, which requires judges not to disclose information the disclosure of which would be injurious to national security or to the safety of any person. Moreover, the *CEA* makes no provision for the use of information that has not been disclosed. While the *CEA* does not address the same problems as the *IRPA*, and hence is of limited assistance here, it illustrates Parliament's concern under other legislation for striking a sensitive balance between the need for protection of confidential information and the rights of the individual.

renseignements serait préjudiciable pour les relations internationales ou pour la défense ou la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur celles qui justifient la non-divulgation, le juge peut ordonner la divulgation de tout ou partie des renseignements aux conditions qu'il estime indiquées. La *LIPR* ne confère aucun pouvoir discrétionnaire résiduel semblable; elle commande aux juges de garantir la confidentialité des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. En outre, la *LPC* ne contient aucune disposition relative à l'utilisation des renseignements qui n'ont pas été divulgués. Bien que la *LPC* ne traite pas du même problème que la *LIPR* et, qu'en conséquence, elle ne soit que d'une utilité limitée en l'espèce, elle illustre le souci qu'a eu le législateur, dans une autre loi, d'établir un équilibre subtil entre la nécessité de protéger les renseignements confidentiels et les droits des individus.

78

Crown and defence counsel in the recent Air India trial (*R. v. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350) were faced with the task of managing security and intelligence information and attempting to protect procedural fairness. The Crown was in possession of the fruits of a 17-year-long investigation into the terrorist bombing of a passenger aircraft and a related explosion in Narita, Japan. It withheld material on the basis of relevance, national security privilege and litigation privilege. Crown and defence counsel came to an agreement under which defence counsel obtained consents from their clients to conduct a preliminary review of the withheld material, on written undertakings not to disclose the material to anyone, including the client. Disclosure in a specific trial, to a select group of counsel on undertakings, may not provide a working model for general deportation legislation that must deal with a wide variety of counsel in a host of cases. Nevertheless, the procedures adopted in the Air India trial suggest that a search should be made for a less intrusive solution than the one found in the *IRPA*.

Dans le récent procès concernant Air India (*R. c. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350), les avocats du ministère public et de la défense ont été appelés à gérer des renseignements de sécurité et à tenter de protéger l'équité procédurale. Le ministère public avait en main le fruit de 17 longues années d'enquête sur l'attentat terroriste perpétré contre un avion de passagers ainsi que sur une explosion liée à la même affaire survenue à Narita, au Japon. Il a retenu des renseignements en invoquant la pertinence, le privilège de la sécurité nationale et le privilège relatif au litige. Le ministère public et la défense ont convenu que les avocats de la défense obtiendraient le consentement de leurs clients pour procéder à un examen préliminaire des documents retenus après s'être engagés par écrit à ne pas en divulguer le contenu à qui que ce soit, y compris leurs clients. La divulgation dans le cadre d'un procès spécifique, à un groupe limité d'avocats sous réserve d'engagements, ne constitue peut-être pas une solution pratique dans le contexte d'une loi générale sur l'expulsion qui suppose l'intervention de nombreux avocats différents dans un très grand nombre de causes. Néanmoins, les procédures adoptées pour le procès concernant Air India indiquent qu'il faut chercher une solution moins attentatoire que celle retenue dans la *LIPR*.

The Arar Inquiry provides another example of the use of special counsel in Canada. The Commission had to examine confidential information related to the investigation of terrorism plots while preserving Mr. Arar's and the public's interest in disclosure. The Commission was governed by the *CEA*. To help assess claims for confidentiality, the Commissioner was assisted by independent security-cleared legal counsel with a background in security and intelligence, whose role was to act as *amicus curiae* on confidentiality applications. The scheme's aim was to ensure that only information that was rightly subject to national security confidentiality was kept from public view. There is no indication that these procedures increased the risk of disclosure of protected information.

Finally, I note the special advocate system employed by the Special Immigration Appeals Commission ("SIAC") in the United Kingdom. SIAC and the special advocate system were created in response to *Chahal v. United Kingdom*, 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, p. 1831, in which the European Court of Human Rights had held that the procedure then in place was inadequate. The court in *Chahal* commented favourably on the idea of security-cleared counsel instructed by the court, identifying it as being Canadian in origin (perhaps referring to the procedure developed by SIRC).

The U.K.'s special advocate system resembles the Canadian SIRC model. Section 6(1) of the *Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (U.K.), 1997, c. 68, states that the special advocate is appointed to "represent the interests of an appellant" in any proceedings before SIAC from which the appellant and his or her legal representatives are excluded. Section 6(4), however, specifies that the special advocate "shall not be responsible to the person whose interests he is appointed

La Commission Arar offre un autre exemple du recours à des avocats spéciaux au Canada. La Commission devait examiner des renseignements confidentiels concernant des enquêtes sur des complots terroristes tout en protégeant les intérêts de M. Arar et du public à ce que ces renseignements soient divulgués. La Commission était régie par la *LPC*. Pour l'aider à évaluer les allégations de confidentialité, le commissaire bénéficiait de l'assistance d'un conseiller juridique indépendant, ayant une habilitation de sécurité et de l'expérience en matière de renseignement et de sécurité, qui devait agir en qualité d'*amicus curiae* relativement aux demandes fondées sur la confidentialité. Ce processus visait à garantir que seuls les renseignements qui devaient à bon droit être gardés secrets pour des motifs de sécurité nationale soient soustraits à la connaissance du public. Rien n'indique que cette procédure ait accru le risque de divulgation de renseignements protégés.

Enfin, soulignons l'existence du système de représentant spécial utilisé par la Special Immigration Appeals Commission (« SIAC ») au Royaume-Uni. Cette dernière et le système de représentant spécial ont été créés en réponse à la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, p. 1831, selon laquelle la procédure en place à l'époque était inadéquate. Dans cette décision, la cour a émis des commentaires favorables au concept d'un avocat qui posséderait une habilitation de sécurité et recevrait ses instructions de la cour, précisant que ce concept était d'origine canadienne (faisant peut-être allusion à la procédure instaurée par le CSARS).

Le système de représentant spécial du Royaume-Uni ressemble au modèle canadien utilisé par le CSARS. Le paragraphe 6(1) de la *Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (R.-U.), 1997, ch. 68, prévoit que le représentant spécial est nommé pour [TRADUCTION] « représenter les intérêts d'un appelant » dans toute procédure dont est saisie la SIAC et dont sont exclus l'appelant et son conseiller juridique. Par contre, le par. 6(4) précise que le représentant spécial [TRADUCTION]



to represent”. Rule 35 of the *Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003*, S.I. 2003/1034, sets out the special advocate’s three main functions: (1) to make submissions to the Commission at any hearings from which the appellant and the appellant’s representatives are excluded; (2) to cross-examine witnesses at any such hearings; and (3) to make written submissions to the Commission. After seeing the protected information, the special advocate may not communicate with the appellant or the appellant’s representative without authorization from the Commission: rule 36. If the special advocate requests such authorization, the Commission gives the Secretary of State an opportunity to object to the proposed communication before deciding whether to authorize it: rule 38.

82

The use of special advocates has received widespread support in Canadian academic commentary. Professor Roach, for example, criticizes the Court of Appeal’s conclusion in *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, that such a measure is not constitutionally required:

In my view, this approach was in error because *in camera* and *ex parte* hearings offend basic notions of a fair hearing and special advocates constitute one example of an approach that is a more proportionate response to reconciling the need to keep some information secret and the need to ensure as much fairness and adversarial challenge as possible. [Emphasis added.]

(K. Roach, “Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law” (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102, at p. 120)

83

This said, the U.K.’s special advocate system has also been criticized for not going far enough. In April 2005, the House of Commons Constitutional Affairs Committee published a report on the operation of SIAC and the use of special advocates (*The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*). The Committee listed three important disadvantages faced by special advocates: (1) once they have seen the confidential material, they

« n’est pas responsable envers la personne dont il est chargé de représenter les intérêts ». La règle 35 des *Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003*, S.I. 2003/1034, précise les trois principales fonctions du représentant spécial : (1) présenter des observations à la Commission à toutes les audiences dont l’appelant et son représentant sont exclus; (2) contre-interroger les témoins durant ces audiences; et (3) présenter des observations écrites à la Commission. Selon la règle 36, le représentant spécial ne peut communiquer ni avec l’appelant ni avec son représentant après avoir pris connaissance des renseignements protégés, sauf avec l’autorisation de la Commission. Si le représentant spécial demande une telle autorisation, la Commission accorde au secrétaire d’État l’occasion de s’opposer à la communication avant de décider s’il y a lieu de l’autoriser : règle 38.

Le recours aux représentants spéciaux bénéficie d’un large appui dans la doctrine canadienne. Le professeur Roach, par exemple, critique la conclusion de la Cour d’appel dans *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, selon laquelle une telle mesure n’est pas requise par la Constitution :

[TRADUCTION] À mon avis, ce raisonnement était erroné parce que la tenue d’audiences à huis clos et *ex parte* heurtent la notion fondamentale d’audition équitable et que les représentants spéciaux constituent un exemple de réponse plus proportionnée au besoin de concilier la nécessité de garder certains renseignements secrets et celle de garantir le plus possible l’équité du processus et sa nature contradictoire. [Je souligne.]

(K. Roach, « Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law » (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102, p. 120)

Cela dit, on a aussi reproché au système de représentant spécial du Royaume-Uni de ne pas aller assez loin. Le Comité sur les affaires constitutionnelles de la Chambre des communes a publié, en avril 2005, un rapport sur le fonctionnement de la SIAC et sur le recours aux représentants spéciaux (*The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*). Le Comité a énuméré trois désavantages importants avec lesquels les représentants

cannot, subject to narrow exceptions, take instructions from the appellant or the appellant's counsel; (2) they lack the resources of an ordinary legal team, for the purpose of conducting in secret a full defence; and (3) they have no power to call witnesses (para. 52).

Despite these difficulties, SIAC itself has commented favourably on the assistance provided by special advocates, stating that as a result of the "rigorous cross-examination" of the government's evidence by the special advocate, it was satisfied that the government's assertions were unsupported by the evidence (*M. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), March 8, 2004, at para. 10). The England and Wales Court of Appeal upheld SIAC's decision: [2004] 2 All E.R. 863, [2004] EWCA Civ 324.

(b) *The IRPA Scheme Does Not Minimally Impair the Named Person's Rights*

Parliament is not required to use the *perfect*, or least restrictive, alternative to achieve its objective: *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. However, bearing in mind the deference that is owed to Parliament in its legislative choices, the alternatives discussed demonstrate that the *IRPA* does not minimally impair the named person's rights.

Under the *IRPA*, the government effectively decides what can be disclosed to the named person. Not only is the named person not shown the information and not permitted to participate in proceedings involving it, but no one but the judge may look at the information with a view to protecting the named person's interests. Why the drafters of the legislation did not provide for special counsel to objectively review the material with a view to protecting the named person's interest, as was formerly done for the review of security certificates by

spéciaux doivent composer : (1) après avoir pris connaissance des renseignements secrets, ils ne peuvent plus, sous réserve de rares exceptions, recevoir d'instructions de l'appelant ou de son avocat; (2) pour les aider à assurer une défense pleine et entière en secret, ils ne disposent pas d'une équipe de juristes comme c'est le cas habituellement; (3) ils ne sont pas habilités à assigner des témoins (par. 52).

En dépit de ces difficultés, la SIAC elle-même a fait des commentaires favorables sur l'aide fournie par les représentants spéciaux, affirmant qu'en raison du [TRADUCTION] « contre-interrogatoire rigoureux » des témoins du gouvernement par le représentant spécial, elle était convaincue que les allégations du gouvernement n'étaient pas étayées par la preuve (*M. c. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), 8 mars 2004, par. 10). La Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles a confirmé la décision de la SIAC : [2004] 2 All E.R. 863, [2004] EWCA Civ 324.

b) *Le régime établi par la LIPR ne porte pas le moins possible atteinte aux droits de la personne désignée*

Pour atteindre son objectif, le législateur n'est pas tenu d'utiliser la solution *parfaite*, ou celle qui soit la moins attentatoire : *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Cependant, tout en gardant à l'esprit le respect dû aux choix législatifs du Parlement, j'estime que les solutions mentionnées démontrent que la *LIPR* ne porte pas le moins possible atteinte aux droits de la personne désignée.

Sous le régime de la *LIPR*, le gouvernement détermine en fait ce qui peut être divulgué à la personne désignée. Non seulement cette dernière n'a pas accès aux renseignements et n'est pas autorisée à participer à la procédure qui la concerne, mais seul le juge peut prendre connaissance des renseignements pour protéger les intérêts de la personne désignée. Rien n'explique pourquoi les rédacteurs de la loi n'ont pas prévu qu'un avocat spécial examine objectivement les documents pour protéger les intérêts de la personne désignée, comme cela

84

85

86

SIRC and is presently done in the United Kingdom, has not been explained. The special counsel system may not be perfect from the named person's perspective, given that special counsel cannot reveal confidential material. But, without compromising security, it better protects the named person's s. 7 interests.

87

I conclude that the *IRPA*'s procedures for determining whether a certificate is reasonable and for detention review cannot be justified as minimal impairments of the individual's right to a judicial determination on the facts and the law and right to know and meet the case. Mechanisms developed in Canada and abroad illustrate that the government can do more to protect the individual while keeping critical information confidential than it has done in the *IRPA*. Precisely what more should be done is a matter for Parliament to decide. But it is clear that more must be done to meet the requirements of a free and democratic society.

B. *Does the Detention of Permanent Residents or Foreign Nationals Under the IRPA Infringe Sections 7, 9, 10(c) or 12 of the Charter, and if so, Are the Infringements Justified Under Section 1 of the Charter?*

1. Time Constraints on Review for Foreign Nationals: Breach of Section 9 or Section 10(c)?

88

Section 9 of the *Charter* guarantees freedom from arbitrary detention. This guarantee expresses one of the most fundamental norms of the rule of law. The state may not detain arbitrarily, but only in accordance with the law. The appellant Mr. Almrei argues that detention under the *IRPA* is arbitrary with respect to foreign nationals, first because it permits their detention without warrant and without regard to their personal circumstances, and second because it prevents review until 120 days

se faisait pour l'examen des attestations de sécurité par le CSARS et comme cela se fait présentement au Royaume-Uni. Du point de vue de la personne désignée, le recours à un avocat spécial n'est peut-être pas parfait puisque celui-ci ne peut communiquer l'information confidentielle. En revanche, un tel système protège mieux les droits de la personne désignée garantis par l'art. 7 et ce, sans compromettre la sécurité.

Je conclus que les procédures d'examen du caractère raisonnable des certificats et de contrôle de la détention établies par la *LIPR* ne peuvent se justifier parce qu'elles ne portent pas le moins possible atteinte au droit d'une personne à une décision judiciaire fondée sur les faits et sur le droit, et à son droit de connaître la preuve qui pèse contre elle et d'y répondre. Des mécanismes conçus au Canada et à l'étranger démontrent que le législateur peut faire mieux qu'il ne l'a fait dans la *LIPR* pour protéger les individus tout en préservant la confidentialité des renseignements sensibles. C'est au législateur qu'il appartient de déterminer précisément quels correctifs doivent être apportés, mais il est évident qu'il doit faire davantage pour satisfaire aux exigences d'une société libre et démocratique.

B. *La détention de résidents permanents ou d'étrangers sous le régime de la LIPR contre-vient-elle aux art. 7, 9, 10(c) ou 12 de la Charte? Dans l'affirmative, ces contraventions sont-elles justifiées au sens de l'article premier de la Charte?*

1. Les délais qui précèdent le contrôle de la détention des étrangers violent-ils l'art. 9 ou l'al. 10c)?

L'article 9 de la *Charte* garantit le droit à la protection contre la détention arbitraire. Cette garantie exprime une des normes les plus fondamentales de la primauté du droit. L'État ne peut pas détenir une personne arbitrairement. Une personne ne peut être mise en détention qu'en conformité avec le droit. M. Almrei soutient que la détention autorisée par la *LIPR* est arbitraire à l'égard des étrangers parce que, premièrement, elle permet leur détention sans mandat et sans égard à leur situation personnelle

after the certificate is confirmed. In both respects, foreign nationals are treated differently than permanent residents.

I would reject Mr. Almrei's argument that automatic detention of foreign nationals is arbitrary because it is effected without regard to the personal circumstances of the detainee. Detention is not arbitrary where there are "standards that are rationally related to the purpose of the power of detention": P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 46-5. The triggering event for the detention of a foreign national is the signing of a certificate stating that the foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality. The security ground is based on the danger posed by the named person, and therefore provides a rational foundation for the detention. *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, in which this Court struck down a provision of the *Criminal Code* requiring that an accused acquitted of an offence on the basis of an insanity defence be detained automatically without a hearing, is distinguishable. The Court held that it was arbitrary to require the detention of persons acquitted by reason of mental disorder without the application of any standard whatsoever, because "[n]ot all of these individuals will be dangerous": at p. 1013, *per* Lamer C.J. But in the national security context, the signature of a certificate under s. 77 of the *IRPA* on the ground of security is necessarily related to the dangerousness of the individual. While not all the other grounds for the issuance of a certificate under s. 77(1) are conclusive of the danger posed by the named person, danger is not the only constitutional basis upon which an individual can be detained, and arbitrariness of detention under the other grounds was not argued.

This leaves Mr. Almrei's argument that the *IRPA* imposes arbitrary detention because it prevents review of the detention of foreign nationals until 120 days after the certificate is confirmed.

et, deuxièmement, elle interdit le contrôle de la détention pendant 120 jours après la confirmation du certificat. À ces deux égards, les étrangers sont traités différemment des résidents permanents.

Je rejetterais l'argument de M. Almrei selon lequel la détention automatique des étrangers est arbitraire parce qu'elle s'applique sans qu'il soit tenu compte de la situation personnelle du détenu. La détention n'est pas arbitraire quand elle se fonde sur des [TRADUCTION] « critères qui ont un lien rationnel avec l'objectif visé par l'attribution du pouvoir de détention » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 46-5. L'événement à l'origine de la détention d'un étranger est la signature du certificat attestant que ce dernier est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée. Le motif de la sécurité est basé sur le danger que représente la personne désignée, et constitue un fondement rationnel pour la détention. Il faut établir une distinction avec l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, qui a annulé les dispositions du *Code criminel* prévoyant la détention automatique, sans audition, d'un accusé acquitté pour cause d'aliénation mentale. Dans cette affaire, la Cour a statué que la détention obligatoire des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale, sans l'application de quelque norme que ce soit, était arbitraire parce que « ces personnes ne sont pas toutes dangereuses » : p. 1013, le juge en chef Lamer. Or, dans le contexte de la sécurité nationale, la signature d'un certificat pour raison de sécurité en vertu de l'art. 77 de la *LIPR* a nécessairement un lien avec le caractère dangereux de l'individu. Bien que tous les autres motifs de délivrance d'un certificat prévus au par. 77(1) ne soient pas probants quant au danger que pose la personne désignée, le danger n'est pas le seul motif valable du point de vue constitutionnel pour lequel une personne peut être détenue et le caractère arbitraire de la détention pour ces autres motifs n'a pas été plaidé.

Il reste donc à examiner l'argument de M. Almrei selon lequel la *LIPR* inflige une détention arbitraire parce qu'elle interdit tout contrôle de la détention des étrangers dans les 120 jours suivant

Whether through *habeas corpus* or statutory mechanisms, foreign nationals, like others, have a right to prompt review to ensure that their detention complies with the law. This principle is affirmed in s. 10(c) of the *Charter*. It is also recognized internationally: see *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); art. 5 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 (“*European Convention on Human Rights*”); *Slivenko v. Latvia* [GC], No. 48321/99, ECHR 2003-X, p. 229. While the government accepts this principle, it argues that the 120-day period in s. 84(2) is sufficiently prompt, relying, as did the courts below, on the fact that foreign nationals can apply for release and depart from Canada at any time.

la confirmation du certificat. Les étrangers ont, au même titre que les autres, le droit de faire contrôler la légalité de leur détention, que ce soit par *habeas corpus* ou par un mécanisme d’origine législative. Ce principe est consacré à l’al. 10c) de la *Charte*. Il est aussi reconnu à l’échelle internationale : voir *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas c. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); l’art. 5 de la *Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 (« *Convention européenne des droits de l’homme* »); *Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, CEDH 2003-X, p. 289. Bien que le gouvernement souscrive à ce principe, il fait valoir que la période de 120 jours prévue au par. 84(2) permet un examen suffisamment rapide, se fondant à cet égard, comme les juridictions inférieures, sur le fait que les étrangers peuvent à tout moment demander leur libération pour quitter le Canada.

91 The lack of review for foreign nationals until 120 days after the reasonableness of the certificate has been judicially determined violates the guarantee against arbitrary detention in s. 9 of the *Charter*, a guarantee which encompasses the right to prompt review of detention under s. 10(c) of the *Charter*. Permanent residents named in certificates are entitled to an automatic review within 48 hours. The same time frame for review of detention applies to both permanent residents and foreign nationals under s. 57 of the *IRPA*. And under the *Criminal Code*, a person who is arrested with or without a warrant is to be brought before a judge within 24 hours, or as soon as possible: s. 503(1). These provisions indicate the seriousness with which the deprivation of liberty is viewed, and offer guidance as to acceptable delays before this deprivation is reviewed.

L’absence de contrôle de la détention des étrangers avant que ne se soient écoulés 120 jours après la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat porte atteinte à la protection contre la détention arbitraire garantie par l’art. 9 de la *Charte*, une garantie qui comprend le droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention énoncé à l’al. 10c) de la *Charte*. Les résidents permanents désignés dans un certificat ont droit à un contrôle automatique dans les 48 heures. L’article 57 de la *LIPR* fixe le même délai pour le contrôle de la détention des étrangers et des résidents permanents. De plus, le *Code criminel* exige qu’une personne mise en état d’arrestation avec ou sans mandat comparaisse devant un juge dans un délai de 24 heures ou le plus tôt possible : art. 503(1). Ces dispositions révèlent à quel point la privation de liberté est considérée comme grave et peuvent servir de guide quant aux délais acceptables pour le contrôle de cette privation.

92 The government submits that the detention provisions, and more specifically the absence of review for foreign nationals until 120 days after the certificate has been determined to be reasonable, reflect its objective of creating a timely removal process for individuals thought to constitute a danger to national security, and asserts that

Le gouvernement soutient que les dispositions relatives à la détention, et plus précisément l’absence de contrôle de la détention des étrangers dans les 120 jours suivant la confirmation du caractère raisonnable du certificat, reflètent son objectif de créer un processus de renvoi rapide des personnes dont on croit qu’elles constituent un danger pour

when the provisions were drafted, it was thought that the removal process would be so fast that there would be no need for review. This is more an admission of the excessiveness of the 120-day period than a justification.

It is clear that there may be a need for some flexibility regarding the period for which a suspected terrorist may be detained. Confronted with a terrorist threat, state officials may need to act immediately, in the absence of a fully documented case. It may take some time to verify and document the threat. Where state officials act expeditiously, the failure to meet an arbitrary target of a fixed number of hours should not mean the automatic release of the person, who may well be dangerous. However, this cannot justify the complete denial of a timely detention review. Permanent residents who pose a danger to national security are also meant to be removed expeditiously. If this objective can be pursued while providing permanent residents with a mandatory detention review within 48 hours, then how can a denial of review for foreign nationals for 120 days after the certificate is confirmed be considered a minimal impairment?

I conclude that the lack of timely review of the detention of foreign nationals violates s. 9 and s. 10(c) and cannot be saved by s. 1.

2. Do Extended Periods of Detention Under the Scheme Violate Section 7 or the Section 12 Guarantee Against Cruel and Unusual Treatment?

The question at this point is whether the extended detention that may occur under the *IRPA* violates the guarantee against cruel and unusual treatment under s. 12 of the *Charter*. The threshold for breach of s. 12 is high. As stated by Lamer J. in *Smith*, treatment or punishment is cruel and unusual if

la sécurité nationale. Il ajoute qu'au moment de rédiger les dispositions pertinentes, le législateur croyait que le processus de renvoi serait à ce point rapide qu'aucun contrôle ne serait nécessaire. Par cette affirmation, le gouvernement admet le caractère excessif de la période de 120 jours plus qu'il ne la justifie.

Certes, une certaine souplesse peut être nécessaire quant à la durée de la détention d'une personne soupçonnée de terrorisme. Devant une menace terroriste, les autorités peuvent devoir agir sur-le-champ, même si leur dossier n'est pas assez bien documenté. Il faut parfois un certain temps pour vérifier et documenter la menace. Si les autorités agissent rapidement, le fait qu'elles ne réussissent pas à respecter un délai arbitraire représentant un nombre précis d'heures ne devrait pas entraîner la remise en liberté automatique d'une personne qui peut fort bien être dangereuse. Toutefois, cela ne saurait justifier l'absence totale de possibilité de faire contrôler promptement la détention. Les résidents permanents qui posent un danger pour la sécurité nationale sont eux aussi censés être renvoyés promptement. S'il est possible d'atteindre cet objectif tout en accordant aux résidents permanents le contrôle automatique de leur détention dans les 48 heures, comment le refus de permettre le contrôle de la détention des étrangers dans les 120 jours suivant la confirmation du certificat peut-il être considéré comme une atteinte minimale?

Je conclus que l'impossibilité pour les étrangers de faire contrôler leur détention promptement enfreint l'art. 9 et l'al. 10c) et ne peut être validée par l'article premier de la *Charte*.

2. La détention prolongée permise par le régime viole-t-elle l'art. 7 ou le droit à la protection contre tout traitement cruel et inusité garanti par l'art. 12?

À ce stade, il s'agit de savoir si la détention prolongée possible sous le régime de la *LIPR* viole le droit à la protection contre tout traitement cruel et inusité garanti par l'art. 12 de la *Charte*. Le seuil de violation de l'art. 12 est élevé. Comme l'a affirmé le juge Lamer dans *Smith*, pour être cruels ou inusités,

93

94

95

it is “so excessive as to outrage [our] standards of decency”: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1067; also *R. v. Wiles*, [2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84, at para. 4.

le traitement ou la peine doivent être « excessi[fs] au point de ne pas être compatible[s] avec la dignité humaine » : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1067; voir aussi *R. c. Wiles*, [2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84, par. 4.

96

The s. 12 issue of cruel and unusual treatment is intertwined with s. 7 considerations, since the indefiniteness of detention, as well as the psychological stress it may cause, is related to the mechanisms available to the detainee to regain liberty. It is not the detention itself, or even its length, that is objectionable. Detention itself is never pleasant, but it is only cruel and unusual in the legal sense if it violates accepted norms of treatment. Denying the means required by the principles of fundamental justice to challenge a detention may render the detention arbitrarily indefinite and support the argument that it is cruel or unusual. (The same may be true of onerous conditions of release that seriously restrict a person’s liberty without affording an opportunity to challenge the restrictions.) Conversely, a system that permits the detainee to challenge the detention and obtain a release if one is justified may lead to the conclusion that the detention is not cruel and unusual: see *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214 (T.D.), *per* Rothstein J. (as he then was).

La question de la peine cruelle et inusitée au sens de l’art. 12 est étroitement liée aux considérations relatives à l’art. 7, puisque le caractère indéterminé de la détention ainsi que le stress psychologique qui en découle sont liés aux mécanismes offerts au détenu pour recouvrer sa liberté. Ce n’est pas la détention en soi, ni même sa durée, qui est condamnable. Il est vrai que la détention en soi n’est jamais agréable, mais elle n’est cruelle et inusitée au sens juridique que si elle déroge aux normes de traitement reconnues. L’absence des moyens requis par les principes de justice fondamentale pour contester une détention peut en faire une détention d’une durée indéterminée arbitraire et servir à étayer l’argument selon lequel elle est cruelle ou inusitée. (Cela pourrait aussi valoir pour des conditions de libération sévères, qui restreignent sérieusement la liberté d’une personne sans qu’elle ait la possibilité de contester ces restrictions.) Inversement, un système permettant à un détenu de contester sa détention et d’être libéré s’il y a lieu, peut mener à la conclusion que la détention n’est ni cruelle ni inusitée : voir *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Rothstein (maintenant juge de notre Cour).

97

Mr. Almrei’s first submission is that “the combination of the legislative scheme and the conditions of detention . . . [transforms] the Appellant’s detention into one that is cruel and unusual”. I would reject this submission. This Court has not, in its past decisions, recognized s. 12 as a mechanism to challenge the overall fairness of a particular legislative regime.

M. Almrei soutient tout d’abord que [TRADUCTION] « combinés, le régime législatif et les conditions de détention [. . .] font que la détention de l’appelant est cruelle et inusitée ». Je suis d’avis de rejeter cette allégation. La jurisprudence de la Cour ne reconnaît pas l’art. 12 comme mécanisme servant à contester globalement le caractère équitable d’un régime législatif particulier.

98

More narrowly, however, it has been recognized that indefinite detention in circumstances where the detainee has no hope of release or recourse to a legal process to procure his or her release may cause psychological stress and therefore constitute cruel and unusual treatment: *Eur. Court H.R.*,

On reconnaît cependant, de façon plus restrictive, que la détention d’une durée indéterminée dans des circonstances où le détenu n’a aucun espoir d’être libéré ni aucune voie de droit pour obtenir une remise en liberté peut lui causer un stress psychologique et constituer un traitement

*Soering* case, judgment of 7 July 1989, Series A, No. 161, at para. 111; compare *Lyons*, at pp. 339-41. However, for the reasons that follow, I conclude that the *IRPA* does not impose cruel and unusual treatment within the meaning of s. 12 of the *Charter* because, although detentions may be lengthy, the *IRPA*, properly interpreted, provides a process for reviewing detention and obtaining release and for reviewing and amending conditions of release, where appropriate.

On its face, the *IRPA* permits detention pending deportation on security grounds. In reality, however, a release from detention may be difficult to obtain. The Federal Court suggested that Mr. Almrei “holds the key to his release”: *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 4 F.C.R. 327, 2004 FC 420, at para. 138. But voluntary departure may be impossible. A person named in a certificate of inadmissibility may have nowhere to go. Other countries may assume such a person to be a terrorist and are likely to refuse entry, or the person may fear torture on his or her return. Deportation may fail for the same reasons, despite the observation that “[i]n our jurisdiction, at this moment, deportation to torture remains a possibility” in exceptional circumstances: *Almrei*, 2005 FCA 54, at para. 127. The only realistic option may be judicial release.

In the case of a permanent resident, detention is continued if the judge is satisfied that the person “continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal”: s. 83(3). The ministers bear the initial burden of establishing that these criteria are met: *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 F.C.R. 528, 2003 FC 882, at para. 36. In the case of a foreign national, release may be granted if the judge is “satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any

cruel et inusité : Cour eur. D.H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A, n° 161, par. 111; comparer à *Lyons*, p. 339-341. Cependant, pour les motifs qui suivent, je conclus que la *LIPR* n’inflige pas un traitement cruel et inusité au sens de l’art. 12 de la *Charte* parce que, même si les périodes de détention peuvent être longues, lorsqu’on l’interprète correctement, la *LIPR* établit un processus permettant de faire contrôler la détention et d’obtenir une remise en liberté, ainsi que de faire contrôler et modifier les conditions de libération, s’il y a lieu.

À première vue, la *LIPR* permet la détention en attente de l’expulsion pour raison de sécurité. En réalité, cependant, il peut être difficile d’obtenir une remise en liberté. La Cour fédérale a laissé entendre que M. Almrei « tient la clé de sa mise en liberté » : *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2004] 4 R.C.F. 327, 2004 CF 420, par. 138. Or, il se peut qu’un départ volontaire soit impossible. La personne désignée dans un certificat d’interdiction de territoire n’a peut-être nulle part où aller. Les autres pays pourraient tenir pour acquis qu’une telle personne est un terroriste et lui refuseront probablement l’accès à leur territoire. L’intéressé pourrait aussi craindre d’être torturé à son retour dans son pays. L’expulsion pourrait échouer pour les mêmes raisons, en dépit de l’observation selon laquelle « [d]ans notre pays, à l’heure actuelle, le renvoi vers un pays qui pratique la torture demeure possible » dans des circonstances exceptionnelles : *Almrei*, 2005 CAF 54, par. 127. La seule solution réaliste pourrait bien être la mise en liberté par voie judiciaire.

Un résident permanent est maintenu en détention si le juge est convaincu « qu’il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui ou qu’il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi » : par. 83(3). Le fardeau initial d’établir ces faits incombe aux ministres : *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 R.C.F. 528, 2003 CF 882, par. 36. Dans le cas d’un étranger, la mise en liberté peut être accordée « sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui » : par. 84(2). Contrairement au par.



person”: s. 84(2). Unlike s. 83(3), s. 84(2) places the onus on the detainee: see *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171 (F.C.A.).

101

Courts thus far have understood these provisions to set a high standard for release. In interpreting the predecessor to s. 84(2) under the *Immigration Act*, the Federal Court of Appeal held that judicial release “cannot be an automatic or easy thing to achieve”, and that it “is not to be routinely obtained”: *Ahani*, at para. 13. At the same time, courts have read the provision as allowing the judge to inquire whether terms and conditions could make the release safe. This is an invitation that Federal Court judges have rightly accepted: *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 321, 2006 FC 628, at para. 82; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 270 F.T.R. 1, 2005 FC 1645, at paras. 419-26. Likewise, when reviewing the detention of a permanent resident under s. 83(3), judges have examined the context that would surround release in order to determine whether the person would pose a security risk: *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at paras. 71-73.

102

The cases at bar illustrate the difficulty that may be encountered in seeking release from a detention imposed under the *IRPA*. At the time of writing, Mr. Almrei, a foreign national, has been detained for over five years. He cannot be deported until the Minister issues an opinion that he constitutes a danger to the public. But two “danger opinions” have already been quashed by the Federal Court, the last one in March 2005. The Minister has yet to issue a new one. In dismissing Mr. Almrei’s application for judicial release, Layden-Stevenson J. held that Mr. Almrei had established that his removal was not imminent, was not a “done deal” and would not occur within a reasonable time (para. 272). However, she held that she was compelled to keep him in detention because she found that his release would pose a danger to national security under s. 84(2): *Almrei*, 2005 FC 1645. Mr. Almrei

83(3), le par. 84(2) impose le fardeau de la preuve au détenu : voir *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1114 (QL) (C.A.).

Jusqu’à présent, les tribunaux ont jugé que ces dispositions fixent une norme élevée pour accorder la libération. Appelée à interpréter la disposition de la *Loi sur l’immigration* aujourd’hui remplacée par le par. 84(2), la Cour d’appel fédérale a statué que la mise en liberté judiciaire « ne peut être automatique ou facile à obtenir » et qu’elle « ne sera pas accordée automatiquement » : *Ahani*, par. 13. Parallèlement, les tribunaux ont jugé que cette disposition autorise le juge à se demander si la mise en liberté pourrait être sécuritaire si elle était assortie de conditions. Il s’agit d’une invitation à laquelle les juges de la Cour fédérale ont répondu à bon droit : *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 321, 2006 CF 628, par. 82; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] A.C.F. n° 1994 (QL), 2005 CF 1645, par. 419-426. De même, lors du contrôle de la détention d’un résident permanent en application du par. 83(3), les juges ont tenu compte du contexte dans lequel se déroulerait la mise en liberté pour déterminer si la personne constituerait un danger pour la sécurité : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 71-73.

Les présents pourvois illustrent à quel point il peut être difficile d’obtenir une remise en liberté sous le régime de la *LIPR*. Au moment de rédiger les présents motifs, M. Almrei, un étranger, est détenu depuis plus de cinq ans. Il ne peut être expulsé tant que le ministre n’a pas émis un avis selon lequel il constitue un danger pour le public. Or, deux « avis de danger » ont déjà été annulés par la Cour fédérale, le dernier, en mars 2005. Le ministre n’a toujours pas délivré de nouvel avis. En rejetant la demande de mise en liberté judiciaire présentée par M. Almrei, la juge Layden-Stevenson a conclu que ce dernier avait établi que son renvoi n’était pas imminent, qu’il n’était pas un « fait accompli » et qu’il ne surviendrait pas dans un délai raisonnable (par. 272). Elle a néanmoins affirmé être tenue de le maintenir en détention parce qu’elle estimait que sa mise en liberté constituerait un danger pour la

argues that as far as he is concerned, his detention is indefinite.

Mr. Harkat has been released from detention, but remains under house arrest and continuous surveillance by the Canada Border Services Agency (“CBSA”) and the RCMP by virtue of an order by Dawson J. He must at all times wear an electronic monitoring device and obtain the CBSA’s permission before leaving his house. He must at all times be under the supervision of either his wife or his mother-in-law. Access to his residence is restricted to individuals who have posted sureties and to Mr. Harkat’s legal counsel, as well as to emergency, fire, police and health care professionals. The CBSA is permitted to intercept all telephone and oral communications between Mr. Harkat and any third party. Mr. Harkat is forbidden to use any cellular phone or any computer with Internet connectivity. Breach of any of the numerous conditions in Dawson J.’s order would lead to automatic rearrest; however, these conditions are subject to ongoing review and amendment. The government is attempting to deport him to Algeria; whether this is possible may depend on the outcome of legal processes that are still pending.

Mr. Charkaoui has been released from detention under conditions that are somewhat less onerous: *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at para. 86. These conditions have a serious impact on his liberty, and he remains in jeopardy of being rearrested for a breach of his conditions. But the conditions are subject to ongoing review and have been amended several times subsequent to his release. More legal avenues remain to be explored. Whether the government will seek to deport Mr. Charkaoui or detain him anew may depend on the outcome of his application for protection and the determination of the reasonableness of his certificate.

It is thus clear that while the *IRPA* in principle imposes detention only pending deportation, it may in fact permit lengthy and indeterminate detention

sécurité nationale au sens du par. 84(2) : *Almrei*, 2005 CF 1645. M. Almrei se dit détenu pour une période indéterminée.

M. Harkat a été mis en liberté, mais il reste en détention à domicile et sous la surveillance constante de l’Agence des services frontaliers du Canada (« ASFC ») et de la GRC, conformément à une ordonnance rendue par la juge Dawson. Il doit porter en tout temps un bracelet de télésurveillance et ne peut quitter sa résidence sans la permission de l’ASFC. Il doit en tout temps rester sous la surveillance de son épouse ou de sa belle-mère. Seules les personnes qui ont déposé un cautionnement, l’avocat de M. Harkat, et les services d’urgence, soit les pompiers, les policiers et les professionnels de la santé, ont accès à sa résidence. L’ASFC est autorisée à intercepter toutes les communications téléphoniques ou verbales entre M. Harkat et un tiers. M. Harkat s’est vu interdire l’utilisation d’un téléphone cellulaire et d’un ordinateur avec accès à Internet. Tout manquement à l’une des nombreuses conditions de l’ordonnance de la juge Dawson entraînerait automatiquement son arrestation; ces conditions peuvent toutefois être révisées et modifiées en tout temps. Le gouvernement tente de l’expulser en Algérie; le succès de cette démarche pourrait dépendre de l’issue de procédures juridiques actuellement en cours.

M. Charkaoui a été mis en liberté sous des conditions un peu moins exigeantes : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 86. Celles-ci ont de graves conséquences sur sa liberté et il risque toujours d’être remis en état d’arrestation en cas de manquement à l’une de ces conditions. Celles-ci peuvent toutefois être révisées de façon continue et ont été modifiées à plusieurs reprises après sa mise en liberté. Il reste des avenues juridiques à explorer. La décision du gouvernement de tenter d’expulser M. Charkaoui ou de le remettre en détention pourrait dépendre de l’issue de sa demande de protection et de la décision sur le caractère raisonnable du certificat délivré à son égard.

Il est donc clair que la *LIPR*, qui n’impose en principe la détention qu’en attendant l’expulsion, peut en fait permettre une détention prolongée ou

or lengthy periods subject to onerous release conditions. The next question is whether this violates s. 7 or s. 12 based on the applicable legal principles.

106

This Court has previously considered the possibility of indefinite detention in the criminal context. In *Lyons*, a majority of the Court held that “dangerous offender” legislation allowing for indefinite detention did not constitute cruel and unusual treatment or punishment within the meaning of s. 12 of the *Charter* because the statutory scheme includes a parole process that “ensures that incarceration is imposed for only as long as the circumstances of the individual case require” (p. 341, *per* La Forest J.). It is true that a judge can impose the dangerous offender designation only on a person who has been convicted of a serious personal injury offence; this Court indicated that a sentence of indeterminate detention, applied with respect to a future crime or a crime that had already been punished, would violate s. 7 of the *Charter* (pp. 327-28, *per* La Forest J.). But the use in criminal law of indeterminate detention as a tool of sentencing — serving both a punitive and a preventive function — does not establish the constitutionality of preventive detention measures in the immigration context.

107

The principles underlying *Lyons* must be adapted in the case at bar to the immigration context, which requires a period of time for review of the named person’s right to remain in Canada. Drawing on them, I conclude that the s. 7 principles of fundamental justice and the s. 12 guarantee of freedom from cruel and unusual treatment require that, where a person is detained or is subject to onerous conditions of release for an extended period under immigration law, the detention or the conditions must be accompanied by a meaningful process of ongoing review that takes into account the context and circumstances of the individual case. Such persons must have meaningful opportunities to challenge their continued detention or the conditions of their release.

pour une durée indéterminée et l’assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période. La question suivante est de savoir si, suivant les principes de droit applicables, cela va à l’encontre des art. 7 ou 12.

La Cour a déjà examiné la possibilité d’une détention d’une durée indéterminée dans le contexte du droit criminel. Dans *Lyons*, la Cour a conclu à la majorité que la législation relative aux « délinquants dangereux » autorisant une détention d’une durée indéterminée ne constituait pas un traitement ou une peine cruels ou inusités au sens de l’art. 12 de la *Charte* parce que ce régime législatif établit un processus de libération conditionnelle qui « est le gage d’une incarcération qui ne durera dans chaque cas que le temps dicté par les circonstances » (p. 341, le juge La Forest). Il est vrai qu’un juge ne peut déclarer délinquant dangereux qu’une personne qui a été reconnue coupable d’une infraction qui constitue un sévice grave à la personne; la Cour a précisé qu’une peine d’une durée indéterminée infligée pour un crime qu’une personne n’a pas encore commis ou pour lequel elle a déjà été punie contreviendrait à l’art. 7 de la *Charte* (p. 327-328, le juge La Forest). Mais le recours à la détention d’une durée indéterminée comme outil de détermination de la peine en droit criminel — à des fins à la fois punitives et préventives — ne démontre pas la validité constitutionnelle de la détention préventive dans le contexte de l’immigration.

Les principes sur lesquels repose l’arrêt *Lyons* doivent en l’espèce être adaptés au contexte de l’immigration, qui exige un délai pour l’examen du droit d’une personne désignée de rester au Canada. Ces principes m’amènent à conclure que la justice fondamentale visée à l’art. 7 et le droit à la protection contre tous traitements cruels ou inusités garanti par l’art. 12 exigent que la détention d’une personne ou son assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période, en vertu du droit de l’immigration, soient assortis d’un processus valable de contrôle continu qui tienne compte du contexte et des circonstances propres à chaque cas. Cette personne doit avoir la possibilité réelle de contester son maintien en détention ou ses conditions de mise en liberté.

The type of process required has been explored in cases involving analogous situations. In *Sahin*, Rothstein J. had occasion to examine a situation of ongoing detention (for reasons unrelated to national security) under the *Immigration Act*. He concluded 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” (p. 229) and held that ongoing detention under the *Immigration Act* could be constitutional if it resulted from the weighing of a number of factors (at pp. 231-32):

The following list, which, of course, is not exhaustive of all considerations, seems to me to at least address the more obvious [considerations]. 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

Dans des causes portant sur des situations analogues, les tribunaux se sont prononcés sur le type de processus qui devrait être établi. Dans *Sahin*, le juge Rothstein a eu l'occasion d'examiner un cas de détention continue (fondée sur des motifs qui n'étaient pas reliés à la sécurité nationale) infligée sous le régime de la *Loi sur l'immigration*. Il a conclu 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 » (p. 229) et il a jugé qu'une détention continue infligée sous le régime de la *Loi sur l'immigration* pouvait être conforme à la Constitution si elle faisait suite à l'appréciation de plusieurs facteurs (p. 231-232) :

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.

(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.

(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.

(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 inexpliqués ou même le manque inexpliqué de diligence doivent compter contre la partie qui en est responsable.

(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

a final decision, determining, one way or the other, whether the applicant may remain in Canada or must leave.

109

Factors regarding release are considered in another part of the *IRPA* and the accompanying *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (“*IRP Regulations*”). When a non-citizen not named in a certificate is detained because he or she is inadmissible and also is a danger to the public or is unlikely to appear for examination, the non-citizen is entitled to detention reviews before the Immigration and Refugee Board: *IRPA*, ss. 55 to 57. In determining whether the non-citizen should be held or released, the Board must take into account “prescribed factors”: (a) the reason for detention; (b) the length of time in detention; (c) whether there are any elements that can assist in determining the length of time that detention is likely to continue and, if so, that length of time; (d) any unexplained delays or unexplained lack of diligence caused by the Department or the person concerned; and (e) the existence of alternatives to detention (s. 58 *IRPA* and r. 248 *IRP Regulations*).

110

I conclude that extended periods of detention under the certificate provisions of the *IRPA* do not violate ss. 7 and 12 of the *Charter* if accompanied by a process that provides regular opportunities for review of detention, taking into account all relevant factors, including the following:

(a) *Reasons for Detention*

111

The criteria for signing a certificate are “security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality” (s. 77). Detention pursuant to a certificate is justified on the basis of a continuing threat to national security or to the safety of any person. While the criteria for release under s. 83 of the *IRPA* also include the likelihood that a person will appear at a proceeding or for removal, a threat to national security or to the safety of a person is a more important factor for the purpose of justifying continued detention.

définitive si le requérant peut rester au Canada ou doit s’en aller.

Une autre partie de la *LIPR* et le *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (« *Règlement IPR* »), traitent aussi des facteurs applicables à la mise en liberté. Le non-citoyen qui n’est pas désigné dans un certificat et qui est détenu parce qu’il est interdit de territoire et qu’il constitue un danger pour la sécurité publique ou se soustraira vraisemblablement au contrôle, a droit au contrôle de sa détention par la Commission de l’immigration et du statut de réfugié : *LIPR*, art. 55 à 57. Pour déterminer si un non-citoyen devrait être détenu ou mis en liberté, la Commission de l’immigration et du statut de réfugié doit prendre en compte des « critères réglementaires » : a) le motif de la détention; b) la durée de la détention; c) l’existence d’éléments permettant l’évaluation de la durée probable de la détention et, dans l’affirmative, cette période de temps; d) les retards inexplicables ou le manque inexplicable de diligence de la part du ministère ou de l’intéressé; e) l’existence de solutions de rechange à la détention (*LIPR*, art. 58, et *Règlement IPR*, art. 248).

Je conclus que les longues périodes de détention permises par les dispositions de la *LIPR* régissant les certificats ne contreviennent pas aux art. 7 et 12 de la *Charte*, lorsqu’elles sont assorties d’un processus qui offre la possibilité de faire contrôler régulièrement la détention en fonction des considérations suivantes :

a) *Les motifs de la détention*

Les ministres peuvent signer un certificat « pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée » (art. 77). La détention consécutive au dépôt d’un certificat est justifiée en raison d’un danger constant pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui. Bien que les critères de la mise en liberté prévus à l’art. 83 de la *LIPR* incluent aussi la probabilité que l’intéressé se soustraira à la procédure ou au renvoi, un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui constitue

The more serious the threat, the greater will be the justification for detention.

(b) *Length of Detention*

The length of the detention to date is an important factor, both from the perspective of the individual and from the perspective of national security. The longer the period, the less likely that an individual will remain a threat to security: “The imminence of danger may decline with the passage of time”: *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at para. 74. Noël J. concluded that Mr. Charkaoui could be released safely from detention because his long period of detention had cut him off from whatever associations with extremist groups he may have had. Likewise, in Mr. Harkat’s case, Dawson J. based her decision to release Mr. Harkat in part on the fact that the long period of detention meant that “his ability to communicate with persons in the Islamic extremist network has been disrupted”: *Harkat*, 2006 FC 628, at para. 86.

A longer period of detention would also signify that the government would have had more time to gather evidence establishing the nature of the threat posed by the detained person. While the government’s evidentiary onus may not be heavy at the initial detention review (see above, at para. 93), it must be heavier when the government has had more time to investigate and document the threat.

(c) *Reasons for the Delay in Deportation*

When reviewing detentions pending deportation, judges have assessed whether the delays have been caused by the detainees or the government: *Sahin*, at p. 231. In reviewing Mr. Almrei’s application for release, the Federal Court of Appeal stated that a reviewing judge could “discount, in whole or in part, the delay resulting from proceedings resorted to by an applicant that have the precise effect of preventing compliance by the Crown with the law within a reasonable time”: *Almrei*, 2005 FCA 54, at para. 58; see also *Harkat*, 2006 FC 628, at para. 30. Recourse by the government or the individual

un facteur plus important de justification du maintien en détention. Plus le danger est grave, plus la détention sera justifiée.

b) *Le temps passé en détention*

Le temps déjà passé en détention est un facteur important, tant du point de vue de l’individu que de celui de la sécurité nationale. Plus la détention se prolonge, moins l’individu sera susceptible de demeurer un danger pour la sécurité : « [d]e l’imminence d’un danger, il se peut que celui-ci décline avec le passage du temps » : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 74. Le juge Noël a conclu que M. Charkaoui pouvait être mis en liberté sans danger parce que sa longue période de détention avait interrompu les rapports qu’il avait pu entretenir avec des groupes extrémistes. De même, la juge Dawson a fondé sa décision de remettre M. Harkat en liberté en partie sur le fait que, vu sa longue période de détention, il avait « ainsi cessé de pouvoir communiquer avec des membres du réseau islamiste extrême » : *Harkat*, 2006 CF 628, par. 86.

Une longue période de détention suppose également que le gouvernement a eu le temps de rassembler les éléments de preuve établissant la nature du danger que pose le détenu. Si le fardeau de la preuve qui incombe au gouvernement peut être assez peu exigeant lors du contrôle initial de la détention (voir par. 93 ci-dessus), il doit être plus lourd lorsque le gouvernement a eu plus de temps pour faire enquête et documenter le danger.

c) *Les raisons qui retardent l’expulsion*

Les juges appelés à contrôler la détention en attente de l’expulsion vérifient si le retard était attribuable au détenu ou au gouvernement : *Sahin*, p. 231. Lors de l’examen de la demande de mise en liberté de M. Almrei, la Cour d’appel fédérale a affirmé que le juge chargé de l’examen peut « ne pas tenir compte, en tout ou en partie, du délai résultant d’une procédure amorcée par le demandeur qui a pour effet précis d’empêcher la Couronne d’appliquer la loi dans un délai raisonnable » : *Almrei*, 2005 CAF 54, par. 58; voir également *Harkat*, 2006 CF 628, par. 30. On ne devrait pas reprocher

112

113

114

to applicable provisions of the *IRPA* that are reasonable in the circumstances and recourse by the individual to reasonable *Charter* challenges should not count against either party. On the other hand, an unexplained delay or lack of diligence should count against the offending party.

(d) *Anticipated Future Length of Detention*

115 If there will be a lengthy detention before deportation or if the future detention time cannot be ascertained, this is a factor that weighs in favour of release.

(e) *Availability of Alternatives to Detention*

116 Stringent release conditions, such as those imposed on Mr. Charkaoui and Mr. Harkat, seriously limit individual liberty. However, they are less severe than incarceration. Alternatives to lengthy detention pursuant to a certificate, such as stringent release conditions, must not be a disproportionate response to the nature of the threat.

117 In other words, there must be detention reviews on a regular basis, at which times the reviewing judge should be able to look at all factors relevant to the justice of continued detention, including the possibility of the *IRPA*'s detention provisions being misused or abused. Analogous principles apply to extended periods of release subject to onerous or restrictive conditions: these conditions must be subject to ongoing, regular review under a review process that takes into account all the above factors, including the existence of alternatives to the conditions.

118 Do the provisions for review of detention under the *IRPA*'s certificate scheme satisfy these requirements? To answer this question, we must examine ss. 83(3) and 84(2) in greater detail.

au gouvernement ou au détenu de se prévaloir, de façon raisonnable dans les circonstances, des dispositions applicables de la *LIPR*, ni reprocher au détenu une contestation raisonnable fondée sur la *Charte*. Par contre, il sera justifié de retenir un délai inexpliqué ou un manque de diligence contre la partie qui en est responsable.

d) *La durée anticipée du prolongement de la détention*

Si l'expulsion sera précédée d'une longue détention ou s'il n'est pas possible de déterminer pendant combien de temps la détention se prolongera, ce facteur jouera en faveur de la mise en liberté.

e) *L'existence de solutions de rechange à la détention*

Des conditions de mise en liberté rigoureuses, comme celles imposées à M. Charkaoui et à M. Harkat, restreignent fortement la liberté individuelle. Toutefois, elles sont moins sévères que l'incarcération. Les solutions de rechange à une longue détention consécutive à un certificat, telles de sévères conditions de mise en liberté, ne doivent pas être disproportionnées par rapport à la nature du danger.

Autrement dit, il faut que la détention soit contrôlée régulièrement et que le juge qui la contrôle puisse tenir compte de tous les facteurs pertinents quant au bien-fondé du maintien de la détention, y compris la possibilité d'un mauvais usage ou d'une application abusive des dispositions de la *LIPR* autorisant la détention. Des principes analogues s'appliquent à la mise en liberté assortie de conditions sévères ou restrictives pendant une longue période : ces conditions doivent être révisées régulièrement, en fonction de tous les facteurs susmentionnés, y compris l'existence de solutions de rechange.

Les dispositions de la *LIPR* qui régissent le contrôle de la détention découlant d'un certificat satisfont-elles à ces critères? Pour répondre à cette question, il faut examiner les par. 83(3) et 84(2) plus en détail.

Section 84(2) governs the release of foreign nationals. It requires the judge to consider whether the “release” of the detainee would pose a danger to security. This implies that the judge can consider terms and conditions that would neutralize the danger. The judge, if satisfied that the danger no longer exists or that it can be neutralized by conditions, may order the release.

Section 83(3), which applies to permanent residents, has a slightly different wording. It requires the judge to consider not whether the *release* would pose a danger as under s. 84(2), but whether the *permanent resident* continues to be a danger. An issue may arise as to whether this difference in wording affects the ability of the judge to fashion conditions and hence to order conditional release. In my view, there is no practical difference between saying a person’s release would be a danger and saying that the person is a danger. I therefore read s. 83(3), like s. 84(2), as enabling the judge to consider whether any danger attendant on release can be mitigated by conditions.

On this basis, I conclude that for both foreign nationals and permanent residents, the *IRPA*’s certificate scheme provides a mechanism for review of detention, which permits the reviewing judge to fashion conditions that would neutralize the risk of danger upon release, and hence to order the release of the detainee.

Reviewing judges have also developed a practice of periodic review in connection with release procedures: *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at para. 86. In the immigration context, such periodic reviews must be understood to be required by ss. 7 and 12 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal has suggested that once a foreign national has brought an application for release under s. 84(2), he or she cannot bring a new application except on the basis of (i) new evidence or (ii) a material change in circumstances since the previous application: *Almrei*,

Le paragraphe 84(2) régit la mise en liberté des étrangers. Il exige que le juge se demande si la « mise en liberté » du détenu constituerait ou non un danger pour la sécurité. Cela sous-entend que le juge peut prendre en considération les conditions qui neutraliseraient le danger. Le juge peut ordonner la mise en liberté s’il est convaincu que le danger s’est dissipé ou qu’il peut être neutralisé par l’imposition de conditions.

Le paragraphe 83(3), qui s’applique aux résidents permanents, est libellé quelque peu différemment. En effet, il exige que le juge se demande, non pas si la *mise en liberté* constituerait ou non un danger, comme sous le régime du par. 84(2), mais plutôt si le *résident permanent* constitue un danger. Cette différence dans le libellé pourrait soulever la question de la capacité du juge de concevoir des conditions et, en conséquence, d’ordonner la libération conditionnelle. À mon avis, il n’y a pas de différence pratique entre le fait de dire que la mise en liberté d’une personne constituerait un danger et celui de dire que la personne constitue un danger. Par conséquent, selon mon interprétation, le par. 83(3), à l’instar du par. 84(2), autorise le juge à se demander si un danger relié à la mise en liberté peut être atténué par l’imposition de conditions.

Par conséquent, je conclus que le régime de certificats établi par la *LIPR* prévoit, tant pour les étrangers que pour les résidents permanents, un mécanisme de contrôle de la détention qui permet au juge de concevoir des conditions efficaces pour neutraliser le risque associé à la mise en liberté et, par conséquent, de libérer le détenu.

Les juges ont aussi pris l’habitude de prévoir des contrôles périodiques de la mise en liberté : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 86. Dans le contexte de l’immigration, ces contrôles périodiques doivent être considérés comme requis par les art. 7 et 12 de la *Charte*. La Cour d’appel fédérale a laissé entendre qu’un étranger qui a déjà présenté une demande de mise en liberté en vertu du par. 84(2) ne peut présenter une nouvelle demande, sauf pour faire valoir (i) une nouvelle preuve, ou (ii) un changement important dans les circonstances

119

120

121

122



2005 FCA 54; see also, *Ahani*, at paras. 14-15. Such an interpretation would lead to a holding that s. 84(2) is inconsistent with ss. 7 and 12; however, since s. 84(2) has already been found to infringe s. 9 and cannot be saved under s. 1, it is not necessary to decide this issue.

123

In summary, the *IRPA*, interpreted in conformity with the *Charter*, permits robust ongoing judicial review of the continued need for and justice of the detainee's detention pending deportation. On this basis, I conclude that extended periods of detention pending deportation under the certificate provisions of the *IRPA* do not violate s. 7 or s. 12 of the *Charter*, provided that reviewing courts adhere to the guidelines set out above. Thus, the *IRPA* procedure itself is not unconstitutional on this ground. However, this does not preclude the possibility of a judge concluding at a certain point that a particular detention constitutes cruel and unusual treatment or is inconsistent with the principles of fundamental justice, and therefore infringes the *Charter* in a manner that is remediable under s. 24(1) of the *Charter*.

124

These conclusions are consistent with English and American authority. Canada, it goes without saying, is not alone in facing the problem of detention in the immigration context in situations where deportation is difficult or impossible. Courts in the United Kingdom and the United States have suggested that detention in this context can be used only during the period where it is reasonably necessary for deportation purposes: *R. v. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.); *Zadvydas*.

125

A case raising similar issues is the decision of the House of Lords in *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56 (“*Re A*”). This was an appeal brought by nine foreign nationals who were suspected of involvement in terrorism, but were not charged with any crime. The United Kingdom

depuis la dernière demande : *Almrei*, 2005 CAF 54; voir aussi *Ahani*, par. 14-15. Suivant une telle interprétation, il faudrait conclure que le par. 84(2) est incompatible avec les art. 7 et 12; toutefois, comme j’ai déjà conclu que le par. 84(2) viole l’art. 9 et ne peut être validé par l’article premier, il n’est pas nécessaire de trancher cette question.

En résumé, lorsqu’elle est interprétée conformément à la *Charte*, la *LIPR* permet un contrôle judiciaire vigoureux et continu du bien-fondé et de la nécessité du maintien de la détention en attente de l’expulsion. Pour cette raison, je conclus que les longues périodes de détention avant le renvoi prévues par des dispositions de la *LIPR* relatives aux certificats ne contreviennent pas aux art. 7 ou 12 de la *Charte*, pourvu que le juge qui procède au contrôle suive les lignes directrices énoncées précédemment. La procédure établie par la *LIPR* n’est donc pas en soi inconstitutionnelle pour ce motif. Cela n’écarte toutefois pas la possibilité que, dans un cas particulier, un juge arrive à la conclusion que la détention constitue un traitement cruel et inusité ou est incompatible avec les principes de justice fondamentale, de sorte qu’elle constitue une violation de la *Charte* ouvrant droit à réparation conformément au par. 24(1) de la *Charte*.

Ces conclusions sont compatibles avec les décisions anglaises et américaines. Le Canada, il va sans dire, n’est pas le seul pays aux prises avec le problème de la détention dans le contexte de l’immigration lorsque l’expulsion est difficile ou impossible. Les tribunaux du Royaume-Uni et des États-Unis ont laissé entendre qu’il n’est possible de recourir à la détention dans ce contexte que durant la période raisonnablement nécessaire pour procéder à l’expulsion : *R. c. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.); *Zadvydas*.

La décision de la Chambre des lords dans *A. c. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56 (« *Re A* »), porte sur une question similaire. Il s’agissait d’un appel interjeté par neuf étrangers soupçonnés de participer à des activités terroristes mais qui n’étaient accusés d’aucun crime. Le gouvernement du

government sought to deport them, but in most cases this was impossible due to a risk of torture. So most of the individuals were detained at Belmarsh Prison under s. 23 of the *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (U.K.), 2001, c. 24. This provision empowered the government to detain suspected international terrorists under the provisions governing detention pending deportation, despite the fact that removal from the United Kingdom was temporarily or indefinitely prevented, in derogation from art. 5 of the *European Convention on Human Rights*: see *Chahal*.

The government claimed that this derogation was necessary to combat the national security threat posed by Al-Qaeda terrorists. The House of Lords, by a majority of 8 to 1, accepted that Al-Qaeda terrorism represented a serious threat to the life of the nation, but seven of the eight Lords who accepted this premise nevertheless concluded that s. 23 was not strictly required by the exigencies of the situation. These same seven Lords also concluded that s. 23 was incompatible with art. 14 of the *European Convention on Human Rights*, because of the way it discriminated between nationals and non-nationals. The derogation permitting permanent detention of non-nationals treated them more harshly than nationals. Absent the possibility of deportation, it lost its character as an immigration provision, and hence constituted unlawful discrimination.

The finding in *Re A* of breach of the detention norms under the European Convention on Human Rights was predicated on the U.K. Act's authorization of permanent detention. The *IRPA*, unlike the U.K. legislation under consideration in *Re A*, does not authorize indefinite detention and, interpreted as suggested above, provides an effective review process that meets the requirements of Canadian law.

The fairness of the detention review procedure arises as an independent issue. I concluded above that this procedure, like the certificate

Royaume-Uni a tenté de les expulser mais, dans la plupart des cas, il n'a pu le faire en raison d'un risque de torture. La plupart des intéressés étaient donc détenus à la prison de Belmarsh en vertu de l'art. 23 de l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act, 2001* (R.-U.), 2001, ch. 24. Cette disposition autorisait le gouvernement à détenir les personnes soupçonnées de terrorisme international sous le régime des dispositions régissant la détention en attente de l'expulsion, même si le renvoi du Royaume-Uni était temporairement ou indéfiniment exclu, ce qui contrevenait à l'art. 5 de la *Convention européenne des droits de l'homme* : voir *Chahal*.

Le gouvernement affirmait que cette dérogation était nécessaire pour lutter contre le danger pour la sécurité nationale que présentaient les terroristes d'Al-Qaïda. La Chambre des lords, à une majorité de huit contre un, a reconnu que le terrorisme d'Al-Qaïda représentait un grave danger pour la vie de la nation, mais sept des huit juges de la majorité ont conclu que l'art. 23 n'était pas strictement nécessaire pour faire face à la situation. Les sept mêmes juges ont également conclu que l'art. 23 était incompatible avec l'art. 14 de la *Convention européenne des droits de l'homme* parce qu'il établissait une distinction entre les ressortissants et les non-ressortissants. La dérogation permettant la détention permanente des non-ressortissants leur appliquait un traitement plus sévère que celui réservé aux ressortissants. L'expulsion étant impossible, cette disposition ne relevait plus du droit de l'immigration et créait ainsi une distinction illicite.

Dans *Re A*, la conclusion selon laquelle il y avait violation des normes de détention établies dans la *Convention européenne des droits de l'homme* reposait sur le fait que la loi du Royaume-Uni permettait la détention permanente. Contrairement à cette loi, la *LIPR* n'autorise pas la détention pour une période indéterminée et, interprétée conformément aux motifs qui précèdent, elle prévoit un mécanisme de contrôle efficace qui respecte les exigences du droit canadien.

La question du caractère équitable de la procédure de contrôle de la détention se pose de façon indépendante. J'ai déjà conclu que cette procédure,

determination procedure, denies the right to a fair hearing and does so in a way that does not minimally impair the detainee's rights. For the reasons given earlier, Parliament must therefore revisit the provisions for detention review in order to meaningfully protect the procedural rights of detainees.

C. *Do the Certificate and Detention Review Procedures Discriminate Between Citizens and Non-Citizens, Contrary to Section 15 of the Charter, and if so, Is the Discrimination Justified Under Section 1 of the Charter?*

129 The appellant Mr. Charkaoui argues that the *IRPA* certificate scheme discriminates against non-citizens, contrary to s. 15(1) of the *Charter*. However, s. 6 of the *Charter* specifically allows for differential treatment of citizens and non-citizens in deportation matters: only citizens are accorded the right to enter, remain in and leave Canada (s. 6(1)). A deportation scheme that applies to non-citizens, but not to citizens, does not, for that reason alone, violate s. 15 of the *Charter*: *Chiarelli*.

130 It is argued that while this is so, there are two ways in which the *IRPA* could, in some circumstances, result in discrimination. First, detention may become indefinite as deportation is put off or becomes impossible, for example because there is no country to which the person can be deported. Second, the government could conceivably use the *IRPA* not for the purpose of deportation, but to detain the person on security grounds. In both situations, the source of the problem is that the detention is no longer related, in effect or purpose, to the goal of deportation. In *Re A*, the legislation considered by the House of Lords expressly provided for indefinite detention; this was an important factor leading to the majority's holding that the legislation went beyond the concerns of immigration legislation and thus wrongfully discriminated between

comme la procédure d'examen du certificat, nie le droit de l'intéressé à une audition équitable, et ce d'une manière qui ne porte pas le moins possible atteinte aux droits du détenu. Pour les motifs exprimés précédemment, le législateur doit donc réviser les dispositions relatives au contrôle de la détention afin de protéger réellement les droits procéduraux des détenus.

C. *Les procédures d'examen des certificats et de contrôle de la détention créent-elles, entre les citoyens et les non-citoyens, une discrimination interdite par l'art. 15 de la Charte? Dans l'affirmative, cette discrimination est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?*

M. Charkaoui fait valoir que le régime de certificats de sécurité établi par la *LIPR* crée, contre les non-citoyens, une discrimination interdite par le par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, l'art. 6 de la *Charte* prévoit expressément un traitement différent pour les citoyens et les non-citoyens en matière d'expulsion : selon le par. 6(1), seuls les citoyens ont le droit de demeurer au Canada, d'y entrer et d'en sortir. Pour cette raison, un régime d'expulsion qui s'applique uniquement aux non-citoyens, à l'exclusion des citoyens, n'est pas, de ce seul fait, contraire à l'art. 15 de la *Charte* : *Chiarelli*.

On fait valoir que, malgré cela, la *LIPR* pourrait, dans certaines circonstances, avoir un effet discriminatoire à deux égards. Premièrement, la détention peut se prolonger pour une durée indéterminée si l'expulsion est remise ou si elle devient impossible, par exemple, parce que l'individu ne peut être expulsé vers aucun pays. Deuxièmement, il n'est pas impossible que le gouvernement utilise la *LIPR*, non pas en vue d'expulser une personne, mais pour la détenir pour des motifs de sécurité. Dans les deux situations, le problème découle du fait que la détention n'est plus liée, ni par son effet ni par son objet, à l'objectif de l'expulsion. Dans *Re A*, la loi dont la Chambre des lords était saisie prévoyait expressément la détention pour une durée indéterminée; il s'agissait là d'un facteur important qui a amené la majorité à conclure que la loi allait

nationals and non-nationals: paras. 54, 81, 134, 157-58, 180 and 229.

Even though the detention of some of the appellants has been long — indeed, Mr. Almrei’s continues — the record on which we must rely does not establish that the detentions at issue have become unhinged from the state’s purpose of deportation. More generally, the answer to these concerns lies in an effective review process that permits the judge to consider all matters relevant to the detention, as discussed earlier in these reasons.

I conclude that a breach of s. 15 of the *Charter* has not been established.

D. *Are the IRPA Certificate Provisions Inconsistent With the Constitutional Principle of the Rule of Law?*

The appellant Mr. Charkaoui claims that the unwritten constitutional principle of the rule of law is infringed by two aspects of the *IRPA* scheme: the unavailability of an appeal of the designated judge’s determination that the certificate is reasonable; and the provision in s. 82 for the issuance of an arrest warrant by the executive (in the case of a permanent resident) or for mandatory arrest without a warrant following an executive decision (in the case of a foreign national).

The rule of law incorporates a number of themes. Most fundamentally, it requires government officials to exercise their authority according to law, and not arbitrarily: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 748-49. It requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws: *Reference re Manitoba Language Rights*. And it is linked to the principle of judicial independence: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*.

au-delà des questions d’immigration et qu’elle établissait de ce fait une distinction illicite entre les ressortissants et les non-ressortissants : par. 54, 81, 134, 157-158, 180 et 229.

En dépit de la longue détention de certains des appelants — d’ailleurs celle de M. Almrei se poursuit — le dossier sur lequel nous devons nous fonder n’établit pas l’absence de lien entre les détentions en cause et l’objectif de l’État d’expulser les intéressés. De façon plus générale, la réponse à ces préoccupations réside dans un processus de contrôle efficace qui permette au juge de prendre en considération toutes les questions pertinentes quant à la détention, comme je l’ai expliqué plus tôt.

Je conclus qu’aucune violation de l’art. 15 de la *Charte* n’a été établie.

D. *Les dispositions de la LIPR concernant les certificats sont-elles incompatibles avec le principe constitutionnel de la primauté du droit?*

M. Charkaoui soutient que deux aspects du régime établi par la *LIPR* violent le principe constitutionnel non écrit de la primauté du droit : l’absence d’un droit d’appel de la conclusion du juge désigné portant que le certificat est raisonnable, et les dispositions de l’art. 82 qui permettent au pouvoir exécutif de lancer un mandat d’arrestation (dans le cas d’un résident permanent) ou prévoient l’arrestation obligatoire sans mandat à la suite d’une décision du pouvoir exécutif (dans le cas d’un étranger).

La primauté du droit comporte un certain nombre d’aspects. Essentiellement, elle oblige les autorités gouvernementales à exercer leur pouvoir conformément à la loi et sans arbitraire : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 748-749. Elle exige la création et le maintien d’un ordre réel de droit positif : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*. Elle est aussi liée au principe de l’indépendance de la magistrature : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*.

131

132

133

134

135 Mr. Charkaoui's claim is based not on any of these themes, but on the content of the *IRPA*. But as this Court held in *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49, "it is difficult to conceive of how the rule of law could be used as a basis for invalidating legislation . . . based on its content" (para. 59). Even if this dictum leaves room for exceptions, Mr. Charkaoui has not established that the *IRPA* should be one of them.

136 First, Mr. Charkaoui argues that the rule of law is violated by the unavailability of an appeal of the judge's determination of the reasonableness of the certificate. But there is no constitutional right to an appeal (*Kourtesis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53); nor can such a right be said to flow from the rule of law in this context. The Federal Court is a superior court, not an administrative tribunal: *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 4. Federal Court judges, when reviewing certificates under the *IRPA*, have all the powers of Federal Court judges and exercise their powers judicially. Moreover, the Federal Court of Appeal has reinforced the legality of the process by holding that it is appropriate to circumvent the s. 80(3) privative clause where the constitutionality of legislation is challenged (*Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, at paras. 47-50) or where the named person alleges bias on the part of the designated judge (*Zündel, Re* (2004), 331 N.R. 180, 2004 FCA 394).

137 Second, Mr. Charkaoui argues that the rule of law is violated by the provision for arrest under a warrant issued by the executive (in the case of a permanent resident) or for automatic detention without a warrant (in the case of a foreign national). But the rule of law does not categorically prohibit automatic detention or detention on the basis of an executive decision. The constitutional protections surrounding arrest and detention are set out in the *Charter*, and it is hard to see what the rule of law could add to these provisions.

La prétention de M. Charkaoui ne repose sur aucun de ces aspects, mais sur le contenu de la *LIPR*. Or, comme la Cour l'a affirmé dans *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49, « il est difficile de concevoir que la primauté du droit puisse servir à invalider une loi [. . .] en raison de son contenu » (par. 59). Même si cette remarque laisse croire que des exceptions sont possibles, M. Charkaoui n'a pas établi que la *LIPR* serait une de ces exceptions.

Premièrement, M. Charkaoui fait valoir que l'absence d'un droit d'appel de la décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat est contraire au principe de la primauté du droit. Or, le droit d'appel n'est pas garanti par la Constitution (*Kourtesis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53); on ne peut affirmer non plus que ce droit découle de la primauté du droit dans ce contexte. La Cour fédérale est une cour supérieure et non un tribunal administratif : *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 4. Lorsqu'ils examinent un certificat sous le régime de la *LIPR*, les juges de la Cour fédérale ont tous les pouvoirs des juges de la Cour fédérale et les exercent de manière judiciaire. En outre, la Cour d'appel fédérale a renforcé la légalité du processus en statuant qu'il est approprié de contourner la clause privative du par. 80(3) lorsque la constitutionnalité de la loi est attaquée (*Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, par. 47-50) ou lorsque la personne désignée conteste l'impartialité du juge désigné (*Zündel, Re*, [2004] A.C.F. n° 1982 (QL), 2004 CAF 394).

Deuxièmement, M. Charkaoui prétend que les dispositions prévoyant l'arrestation en vertu d'un mandat lancé par l'exécutif (dans le cas des résidents permanents) ou la détention automatique sans mandat (dans le cas des étrangers) violent le principe de la primauté du droit. Toutefois, la primauté du droit n'interdit pas catégoriquement la détention automatique ni la détention fondée sur une décision de l'exécutif. Les protections constitutionnelles en cas d'arrestation et de détention sont énoncées dans la *Charte*, et il est difficile de voir ce que la primauté du droit peut y ajouter.

#### IV. Conclusion

The scheme set up under Division 9 of Part 1 of the *IRPA* suffers from two defects that are inconsistent with the *Charter*.

The first is that s. 78(g) allows for the use of evidence that is never disclosed to the named person without providing adequate measures to compensate for this non-disclosure and the constitutional problems it causes. It is clear from approaches adopted in other democracies, and in Canada itself in other security situations, that solutions can be devised that protect confidential security information and at the same time are less intrusive on the person's rights. It follows that the *IRPA*'s procedure for the judicial confirmation of certificates and review of detention violates s. 7 of the *Charter* and has not been shown to be justified under s. 1 of the *Charter*. I would declare the procedure to be inconsistent with the *Charter*, and hence of no force or effect.

However, in order to give Parliament time to amend the law, I would suspend this declaration for one year from the date of this judgment. If the government chooses to go forward with the proceedings to have the reasonableness of Mr. Charkaoui's certificate determined during the one-year suspension period, the existing process under the *IRPA* will apply. After one year, the certificates of Mr. Harkat and Mr. Almrei (and of any other individuals whose certificates have been deemed reasonable) will lose the "reasonable" status that has been conferred on them, and it will be open to them to apply to have the certificates quashed. If the government intends to employ a certificate after the one-year delay, it will need to seek a fresh determination of reasonableness under the new process devised by Parliament. Likewise, any detention review occurring after the delay will be subject to the new process.

The second defect is found in s. 84(2) of the *IRPA*, which denies a prompt hearing to foreign

#### IV. Conclusion

Le régime établi par la section 9 de la partie 1 de la *LIPR* est entaché de deux irrégularités incompatibles avec la *Charte*.

Premièrement, l'al. 78g) du régime autorise l'utilisation d'éléments de preuve qui ne sont jamais communiqués à la personne désignée, sans établir de mesures adéquates pour pallier cette absence de communication et pour résoudre les problèmes constitutionnels qui en découlent. Il ressort clairement des mesures mises en place par d'autres régimes démocratiques, et par le Canada lui-même dans d'autres situations relatives à la sécurité, qu'il est possible de concevoir des solutions qui protègent les renseignements de sécurité confidentiels, tout en portant moins atteinte aux droits des intéressés. Par conséquent, la procédure d'approbation des certificats et de contrôle de la détention établie dans la *LIPR* enfreint l'art. 7 de la *Charte* et n'a pas été justifiée en application de l'article premier de la *Charte*. Je suis d'avis de la déclarer incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante.

En revanche, pour donner au législateur le temps de modifier la loi, je suis d'avis de suspendre la prise d'effet de cette déclaration pour une période de un an à compter de la date du présent jugement. Si le gouvernement décide de faire examiner le caractère raisonnable du certificat visant M. Charkaoui pendant cette période, la procédure existante prévue par la *LIPR* s'appliquera. Après cette période de un an, les certificats visant M. Harkat et M. Almrei (et tous les autres certificats jugés raisonnables) perdront le caractère « raisonnable » qui leur a été reconnu et les personnes désignées dans ces certificats pourront en demander l'annulation. Si le gouvernement veut utiliser un certificat après cette période de un an, il devra le soumettre au nouveau processus conçu par le législateur pour en faire confirmer le caractère raisonnable. De même, tout contrôle d'une détention postérieur à l'expiration de cette période sera effectué en conformité avec ce nouveau processus.

La deuxième irrégularité tient au fait que le par. 84(2) de la *LIPR* nie aux étrangers détenus le droit à

138

139

140

141

nationals by imposing a 120-day embargo, after confirmation of the certificate, on applications for release. Counsel for the ministers submitted in oral argument that if this Court were to find that s. 84(2) violates the *Charter*, the appropriate remedy would be to strike s. 84(2) and read foreign nationals into s. 83. This is a good first step, but it does not provide a complete solution, since s. 83 deals with detention review only *until the certificate has been determined to be reasonable*, whereas s. 84(2) deals with detention review *after it has been determined to be reasonable*. Striking s. 84(2) would therefore leave no provision for review of detention of foreign nationals once the certificate has been deemed reasonable.

une audition dans un bref délai, car il interdit toute demande de mise en liberté pendant une période de 120 jours suivant la confirmation de leur certificat. Le procureur des ministres a fait valoir dans sa plaidoirie orale que, si la Cour devait conclure à l'inconstitutionnalité du par. 84(2), la solution appropriée consisterait à radier cette disposition et à interpréter l'art. 83 comme s'appliquant aussi aux étrangers. Il s'agit d'un premier pas dans la bonne direction, mais cette solution n'est pas suffisante. En effet, l'art. 83 traite uniquement du contrôle de la détention *jusqu'à ce qu'il soit statué sur le caractère raisonnable du certificat*, tandis que le par. 84(2) traite du contrôle de la détention *après qu'il a été statué sur le caractère raisonnable du certificat*. Une fois le par. 84(2) supprimé, aucune disposition ne prévoirait le contrôle de la détention des étrangers après que le certificat a été jugé raisonnable.

142 Accordingly, I conclude that the appropriate remedy is to strike s. 84(2) as well as to read foreign nationals into s. 83 and to strike the words “until a determination is made under subsection 80(1)” from s. 83(2).

Par conséquent, je conclus que la réparation appropriée consiste à invalider le par. 84(2), à interpréter l'art. 83 comme s'il incluait les étrangers et à radier les mots « [t]ant qu'il n'est pas statué sur le certificat » du par. 83(2).

143 I would allow the appeals with costs to the appellants, and answer the constitutional questions as follows:

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens en faveur des appelants et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, offend the principle of judicial independence protected by:

1. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, au principe de l'indépendance judiciaire consacré par :

(a) s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, or

a) l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou

(b) the Preamble to the *Constitution Act, 1867*?

b) le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Answer: No.

Réponse : Non.

2. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, offend the constitutional principle of the rule of law?

2. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, au principe constitutionnel de la primauté du droit?

Answer: No.

Réponse : Non.

3. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

5. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

7. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

8. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

9. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

4. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

5. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

6. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

7. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

8. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

9. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.



10. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

11. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

12. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

## APPENDIX

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27

**33.** [Rules of interpretation] The facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37 include facts arising from omissions and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur.

**77.** (1) [Referral of certificate] The Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness shall sign a certificate stating that a permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality and refer it to the Federal Court, which shall make a determination under section 80.

(2) [Effect of referral] When the certificate is referred, a proceeding under this Act respecting the person named in the certificate, other than an application under

10. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

11. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

12. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

## ANNEXE

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27

**33.** [Interprétation] Les faits — actes ou omissions — mentionnés aux articles 34 à 37 sont, sauf disposition contraire, appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir.

**77.** (1) [Dépôt du certificat] Le ministre et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile déposent à la Cour fédérale le certificat attestant qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée pour qu'il en soit disposé au titre de l'article 80.

(2) [Effet du dépôt] Il ne peut être procédé à aucune instance visant le résident permanent ou l'étranger au titre de la présente loi tant qu'il n'a pas été statué sur

subsection 112(1), may not be commenced and, if commenced, must be adjourned, until the judge makes the determination.

**78.** [Judicial consideration] The following provisions govern the determination:

- (a) the judge shall hear the matter;
- (b) the judge shall ensure the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence that may be provided to the judge if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;
- (c) the judge shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;
- (d) the judge shall examine the information and any other evidence in private within seven days after the referral of the certificate for determination;
- (e) on each request of the Minister or the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness made at any time during the proceedings, the judge shall hear all or part of the information or evidence in the absence of the permanent resident or the foreign national named in the certificate and their counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;
- (f) the information or evidence described in paragraph (e) shall be returned to the Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness and shall not be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if either the matter is withdrawn or if the judge determines that the information or evidence is not relevant or, if it is relevant, that it should be part of the summary;
- (g) the information or evidence described in paragraph (e) shall not be included in the summary but may be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if the judge determines that the information or evidence is relevant but that its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;
- (h) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with a summary of the information or evidence that enables them to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but that does not include anything that in the opinion of the judge would be injurious to national security or to the safety of any person if disclosed;

le certificat; n'est pas visée la demande de protection prévue au paragraphe 112(1).

**78.** [Examen judiciaire] Les règles suivantes s'appliquent à l'affaire :

- a) le juge entend l'affaire;
- b) le juge est tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve qui pourraient lui être communiqués et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;
- c) il procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;
- d) il examine, dans les sept jours suivant le dépôt du certificat et à huis clos, les renseignements et autres éléments de preuve;
- e) à chaque demande d'un ministre, il examine, en l'absence du résident permanent ou de l'étranger et de son conseil, tout ou partie des renseignements ou autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;
- f) ces renseignements ou éléments de preuve doivent être remis aux ministres et ne peuvent servir de fondement à l'affaire soit si le juge décide qu'ils ne sont pas pertinents ou, l'étant, devraient faire partie du résumé, soit en cas de retrait de la demande;
- g) si le juge décide qu'ils sont pertinents, mais que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, ils ne peuvent faire partie du résumé, mais peuvent servir de fondement à l'affaire;
- h) le juge fournit au résident permanent ou à l'étranger, afin de lui permettre d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu au certificat, un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

(i) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with an opportunity to be heard regarding their inadmissibility; and

(j) the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base the decision on that evidence.

**79.** (1) [Proceedings suspended] On the request of the Minister, the permanent resident or the foreign national, a judge shall suspend a proceeding with respect to a certificate in order for the Minister to decide an application for protection made under subsection 112(1).

(2) [Proceedings resumed] If a proceeding is suspended under subsection (1) and the application for protection is decided, the Minister shall give notice of the decision to the permanent resident or the foreign national and to the judge, the judge shall resume the proceeding and the judge shall review the lawfulness of the decision of the Minister, taking into account the grounds referred to in subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*.

**80.** (1) [Determination that certificate is reasonable] The judge shall, on the basis of the information and evidence available, determine whether the certificate is reasonable and whether the decision on the application for protection, if any, is lawfully made.

(2) [Determination that certificate is not reasonable] The judge shall quash a certificate if the judge is of the opinion that it is not reasonable. If the judge does not quash the certificate but determines that the decision on the application for protection is not lawfully made, the judge shall quash the decision and suspend the proceeding to allow the Minister to make a decision on the application for protection.

(3) [Determination not reviewable] The determination of the judge is final and may not be appealed or judicially reviewed.

**81.** [Effect of determination — removal order] If a certificate is determined to be reasonable under subsection 80(1),

(a) it is conclusive proof that the permanent resident or the foreign national named in it is inadmissible;

(b) it is a removal order that may not be appealed against and that is in force without the necessity of holding or continuing an examination or an admissibility hearing; and

(c) the person named in it may not apply for protection under subsection 112(1).

i) il donne au résident permanent ou à l'étranger la possibilité d'être entendu sur l'interdiction de territoire le visant;

j) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime utile — même inadmissible en justice — et peut fonder sa décision sur celui-ci.

**79.** (1) [Suspension de l'affaire] Le juge suspend l'affaire, à la demande du résident permanent, de l'étranger ou du ministre, pour permettre à ce dernier de disposer d'une demande de protection visée au paragraphe 112(1).

(2) [Reprise de l'affaire] Le ministre notifie sa décision sur la demande de protection au résident permanent ou à l'étranger et au juge, lequel reprend l'affaire et contrôle la légalité de la décision, compte tenu des motifs visés au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

**80.** (1) [Décision] Le juge décide du caractère raisonnable du certificat et, le cas échéant, de la légalité de la décision du ministre, compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose.

(2) [Annulation du certificat] Il annule le certificat dont il ne peut conclure qu'il est raisonnable; si l'annulation ne vise que la décision du ministre il suspend l'affaire pour permettre au ministre de statuer sur celle-ci.

(3) [Caractère définitif de la décision] La décision du juge est définitive et n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire.

**81.** [Effet du certificat] Le certificat jugé raisonnable fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi en vigueur et sans appel, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête; la personne visée ne peut dès lors demander la protection au titre du paragraphe 112(1).

## Detention

**82.** (1) [Detention of permanent resident] The Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness may issue a warrant for the arrest and detention of a permanent resident who is named in a certificate described in subsection 77(1) if they have reasonable grounds to believe that the permanent resident is a danger to national security or to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

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

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

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

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

**84.** (1) [Release] The Minister may, on application by a permanent resident or a foreign national, order their release from detention to permit their departure from Canada.

(2) [Judicial release] A judge may, on application by a foreign national who has not been removed from Canada within 120 days after the Federal Court determines a certificate to be reasonable, order the foreign national's release from detention, under terms and conditions that the judge considers appropriate, if satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any person.

**85.** [Inconsistency] In the case of an inconsistency between sections 82 to 84 and the provisions of Division 6, sections 82 to 84 prevail to the extent of the inconsistency.

## Détention

**82.** (1) [Arrestation et détention facultatives] Le ministre et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile peuvent lancer un mandat pour l'arrestation et la mise en détention du résident permanent visé au certificat dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'il constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

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

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

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

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

**84.** (1) [Mise en liberté] Le ministre peut, sur demande, mettre le résident permanent ou l'étranger en liberté s'il veut quitter le Canada.

(2) [Mise en liberté judiciaire] Sur demande de l'étranger dont la mesure de renvoi n'a pas été exécutée dans les cent vingt jours suivant la décision sur le certificat, le juge peut, aux conditions qu'il estime indiquées, le mettre en liberté sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui.

**85.** [Incompatibilité] Les articles 82 à 84 l'emportent sur les dispositions incompatibles de la section 6.

## PRE-REMOVAL RISK ASSESSMENT

## Protection

**112.** (1) [Application for protection] A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

(2) [Exception] Despite subsection (1), a person may not apply for protection if

(a) they are the subject of an authority to proceed issued under section 15 of the *Extradition Act*;

(b) they have made a claim to refugee protection that has been determined under paragraph 101(1)(e) to be ineligible;

(c) in the case of a person who has not left Canada since the application for protection was rejected, the prescribed period has not expired; or

(d) in the case of a person who has left Canada since the removal order came into force, less than six months have passed since they left Canada after their claim to refugee protection was determined to be ineligible, abandoned, withdrawn or rejected, or their application for protection was rejected.

(3) [Restriction] Refugee protection may not result from an application for protection if the person

(a) is determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality;

(b) is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada punished by a term of imprisonment of at least two years or with respect to a conviction outside Canada for an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years;

(c) made a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention; or

(d) is named in a certificate referred to in subsection 77(1).

## EXAMEN DES RISQUES AVANT RENVOI

## Protection

**112.** (1) [Demande de protection] La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).

(2) [Exception] Elle n'est pas admise à demander la protection dans les cas suivants :

a) elle est visée par un arrêté introductif d'instance pris au titre de l'article 15 de la *Loi sur l'extradition*;

b) sa demande d'asile a été jugée irrecevable au titre de l'alinéa 101(1)e);

c) si elle n'a pas quitté le Canada après le rejet de sa demande de protection, le délai prévu par règlement n'a pas expiré;

d) dans le cas contraire, six mois ne se sont pas écoulés depuis son départ consécutif soit au rejet de sa demande d'asile ou de protection, soit à un prononcé d'irrecevabilité, de désistement ou de retrait de sa demande d'asile.

(3) [Restriction] L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants :

a) il est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée;

b) il est interdit de territoire pour grande criminalité pour déclaration de culpabilité au Canada punie par un emprisonnement d'au moins deux ans ou pour toute déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

c) il a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés;

d) il est nommé au certificat visé au paragraphe 77(1).

## Principle of Non-refoulement

**115.** (1) [Protection] A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

(2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply in the case of a person

(a) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

(3) [Removal of refugee] A person, after a determination under paragraph 101(1)(e) that the person's claim is ineligible, is to be sent to the country from which the person came to Canada, but may be sent to another country if that country is designated under subsection 102(1) or if the country from which the person came to Canada has rejected their claim for refugee protection.

*Appeals allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant Charkaoui: Doyon Morin, Montréal.*

*Solicitors for the appellant Almrei: Jackman & Associates, Toronto.*

*Solicitors for the appellant Harkat: Copeland, Duncan, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa; Attorney General of Canada, Toronto and Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Amnesty International: McCarthy Tétrault, Ottawa.*

## Principe du non-refoulement

**115.** (1) [Principe] Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

(2) [Exclusion] Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'interdit de territoire :

a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

(3) [Renvoi de réfugié] Une personne ne peut, après prononcé d'irrecevabilité au titre de l'alinéa 101(1)e, être renvoyée que vers le pays d'où elle est arrivée au Canada sauf si le pays vers lequel elle sera renvoyée a été désigné au titre du paragraphe 102(1) ou que sa demande d'asile a été rejetée dans le pays d'où elle est arrivée au Canada.

*Pourvois accueillis avec dépens.*

*Procureurs de l'appellant Charkaoui : Doyon Morin, Montréal.*

*Procureurs de l'appellant Almrei : Jackman & Associates, Toronto.*

*Procureurs de l'appellant Harkat : Copeland, Duncan, Toronto.*

*Procureurs des intimés : Sous-procureur général du Canada, Ottawa; Procureur général du Canada, Toronto et Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Amnistie internationale : McCarthy Tétrault, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Gregory P. DelBigio and Jason B. Gratl, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Waldman & Associates, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Greenspan, White, Toronto.*

*Solicitor for the interveners the Canadian Council for Refugees, the African Canadian Legal Clinic, the International Civil Liberties Monitoring Group and the National Anti-Racism Council of Canada: African Canadian Legal Clinic, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Arab Federation: Roy Elliott Kim O'Connor, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Council on American-Islamic Relations and the Canadian Muslim Civil Liberties Association: Bakerlaw, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Gregory P. DelBigio et Jason B. Gratl, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Waldman & Associates, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Greenspan, White, Toronto.*

*Procureur des intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles et National Anti-Racism Council of Canada : African Canadian Legal Clinic, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération canado-arabe : Roy Elliott Kim O'Connor, Toronto.*

*Procureurs des intervenants Canadian Council on American-Islamic Relations et Canadian Muslim Civil Liberties Association : Bakerlaw, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*