

2011 FC 877
IMM-5414-10

2011 CF 877
IMM-5414-10

The Minister of Citizenship and Immigration
(Applicant)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(demandeur)

v.

c.

B046 (Respondent)

B046 (défendeur)

IMM-5415-10

IMM-5415-10

The Minister of Citizenship and Immigration
(Applicant)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(demandeur)

v.

c.

B047 (Respondent)

B047 (défendeur)

INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. B046

RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) c. B046

Federal Court, Snider J.—Vancouver, June 8, 2010; Ottawa, July 14, 2011.

Cour fédérale, juge Snider—Vancouver, 8 juin 2010; Ottawa, 14 juillet 2011.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Detention and release — Judicial reviews of decisions by member of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) in which respondents ordered released from detention — Respondents, foreign nationals arriving in Canada by vessel — Allegedly Sri Lankan Tamils, claiming to be each other's spouse — Held in detention through two detention reviews on basis that applicant unable to establish respondents' identities — Whether ID member erring by failing to limit detention review under Immigration and Refugee Protection Act, s. 58(1)(d) to assessment of reasonableness of applicant's efforts to establish respondents' identities; by failing to provide clear, compelling reasons for departing from ID's previous decisions to continue respondents' detention; by misconstruing Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 248 — Act, s. 58(1)(d) identifying lack of confirmed identity as separate ground for detention, directing ID on how to consider identity question — In present case, member's mandate consisting of assessing reasonableness of applicant's efforts to establish respondents' identities — While member seemingly agreeing that applicant taking reasonable steps to establish respondents' identities, when decision read in entirety, member obviously not accepting reasonableness of applicant's efforts — Member questioning need for many of applicant's actions, substituting own view of what ought to have satisfied applicant

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Détention et mise en liberté — Contrôles judiciaires de décisions par lesquelles un commissaire de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a ordonné la mise en liberté des défendeurs — Les défendeurs sont des étrangers qui sont arrivés au Canada par bateau — Les défendeurs seraient des Tamouls du Sri Lanka et allèguent être le conjoint l'un de l'autre — Les défendeurs ont été détenus le temps de deux contrôles des motifs de détention, parce que le ministre n'était pas en mesure d'établir leur identité — Il s'agissait de savoir si le commissaire de la SI a commis une erreur en ne limitant pas son examen fondé sur l'art. 58(1)d) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés à une évaluation du caractère valable des efforts du demandeur pour établir l'identité des défendeurs; en omettant de fournir des motifs clairs et convaincants pour s'écarter des décisions antérieures de la SI de maintenir la détention des défendeurs; et en interprétant de façon erronée l'art. 248 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'art. 58(1)d) retient l'absence de confirmation d'identité comme motif distinct de détention et dicte à la SI la manière dont elle doit examiner la question de l'identité — Dans la présente affaire, le mandat du commissaire consistait à évaluer le caractère valable des efforts du demandeur pour établir l'identité des défendeurs — Bien que

for cases at bar — Approach problematic since going beyond member’s mandate as set out in Act, s. 58(1)(d); constituting reviewable error — “Clear and compelling reasons” required if ID member choosing to depart from prior decisions to detain individual — Member not acknowledging or discussing anywhere in present decision earlier detention review decisions — By failing to provide “clear and compelling reasons” to depart from ID’s prior decisions, member committing reviewable error — Member not misconstruing Regulations, s. 248 — While decision not as clear as could be, member not erring in approach to s. 248 — Member not treating alternatives to detention, pursuant to Regulations s. 248(e), as determinative — Clearly directing mind to all s. 248 factors — While lack of identity important consideration for s. 248 analysis, not precluding ID from considering alternatives to detention — When read as whole, member’s decision addressing, weighing each of Regulations, s. 248 factors, as required — Applications allowed.

These were applications for judicial review of decisions made by a member of the Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID), in which the respondents were ordered to be released from detention. The applicant (Minister of Citizenship and Immigration) sought an order quashing the member’s decision and orders. The respondents are foreign nationals who arrived in Canada on board a vessel. They are allegedly Sri Lankan Tamils. Both respondents, who claim to be each other’s spouse, were held in detention through two detention reviews on the basis that the applicant was unable to establish their identities. Throughout all of the detention reviews, the applicant’s position was that he was not satisfied with the identity of the migrants aboard the vessel and that reasonable steps were being taken to determine the identities.

The issues were whether the ID member erred by failing to limit his review under paragraph 58(1)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act* to an assessment of the reasonableness of the applicant’s efforts to establish identity;

le commissaire semblait convenir que le demandeur prenait des mesures valables pour établir l’identité des défendeurs, il ressortait manifestement de l’ensemble de la décision que le commissaire n’a pas accepté le caractère valable des efforts du ministre — Le commissaire a mis en doute la nécessité de plusieurs mesures prises par le ministre et a substitué sa propre décision de ce qui aurait dû satisfaire le ministre dans la présente affaire — Cette substitution était problématique, parce qu’elle allait au-delà du mandat du commissaire selon l’art. 58(1)d) et constituait une erreur susceptible de contrôle — Si un commissaire de la SI choisit de s’écarter des décisions antérieures de détenir une personne, il doit fournir des « motifs clairs et convaincants » pour ce faire — Le commissaire ne reconnaissait nulle part dans sa décision les décisions antérieures des contrôles des motifs de la détention, ni ne les a analysées — En ne fournissant pas des « motifs clairs et convaincants » pour s’écarter des décisions antérieures de la SI, le commissaire a commis une erreur susceptible de contrôle — Le commissaire n’a pas mal interprété l’art. 248 du Règlement — Bien que sa décision n’était pas tout à fait claire, le commissaire n’a pas commis d’erreur dans son application de l’art. 248 — Le commissaire n’a pas considéré les solutions de rechange à la détention, conformément à l’art. 248e) du Règlement, comme étant déterminantes — Le commissaire s’est clairement penché sur tous les critères de l’art. 248 — Si l’absence d’identité est un facteur important dans le cadre d’une analyse fondée sur l’art. 248, elle ne signifie pas que la SI ne peut pas examiner des solutions de rechange à la détention — Compte tenu de l’ensemble de la décision, le commissaire a évalué et apprécié chacun des critères décrits à l’art. 248 du Règlement tel qu’il était requis de le faire — Demandes accueillies.

Il s’agissait de demandes de contrôle judiciaire relatives à des décisions par lesquelles un commissaire de la Section de l’immigration (SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a ordonné la mise en liberté des défendeurs. Le demandeur (ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) a sollicité une ordonnance annulant la décision et les ordonnances du commissaire. Les défendeurs sont des étrangers qui sont arrivés au Canada par bateau. Ils seraient des Tamouls du Sri Lanka. Les défendeurs, qui allèguent être le conjoint l’un de l’autre, ont été détenus le temps de deux contrôles des motifs de détention, parce que le demandeur n’était pas en mesure d’établir leur identité. À l’occasion de tous les contrôles des motifs de la détention, le ministre a soutenu qu’il n’était pas convaincu de l’identité des personnes à bord du bateau et qu’il prenait des mesures valables pour établir leur identité.

Les questions à trancher étaient de savoir si le commissaire de la SI avait commis une erreur en ne limitant pas son examen fondé sur l’alinéa 58(1)d) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* à une évaluation du caractère

whether the member failed to provide “clear and compelling reasons” for departing from the ID’s previous decisions to continue detention; and whether the member misconstrued section 248 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*.

Held, the applications should be allowed.

Subsection 58(1) of the Act clearly reflects that there is a presumption that a detainee is to be released except in defined situations, which includes a lack of identity. Paragraph 58(1)(d) has identified a lack of confirmed identity as a separate ground for detention. Moreover, the ID is directed on how to consider the question of identity. It is not the ID’s opinion that is determinative; rather the focus is on the applicant’s opinion. In the context of the respondents’ cases, the mandate of the member was to assess the reasonableness of the applicant’s efforts to establish identity. While it appears that the member, at several points in his decision, agreed that the applicant was taking reasonable steps to establish the respondents’ identities, when read in its entirety, it was obvious that the member did not accept the reasonableness of the applicant’s efforts. The member questioned the need for many of the applicant’s actions. Furthermore, by contrasting the investigative steps in earlier cases involving Tamil refugee claimants, the member was substituting his own view of what ought to have satisfied the applicant for the cases at bar. This was problematic in that it went beyond the member’s mandate as set out in paragraph 58(1)(d) of the Act. The member was not assessing whether the steps were reasonable or unreasonable but deciding whether the steps were correct. While it was difficult to assess what role this analysis played in the member’s decision in releasing the respondents, the member’s analysis was so problematic as to constitute a reviewable error.

If an ID member chooses to depart from prior decisions to detain an individual, the member must set out “clear and compelling reasons” for doing so and must deal with those earlier decisions in a meaningful way. In the present case, the ID had concluded, in the earlier decisions, that continued detention was appropriate and, based on the record, nothing of substance had changed from the earlier detention reviews. Nowhere in his decision did the member acknowledge or discuss the earlier detention review decisions. By failing to provide “clear and compelling reasons” (or any reasons) to depart from the ID’s prior decisions, the member committed a reviewable error.

valable des efforts du demandeur pour établir l’identité des défendeurs; si le commissaire a omis de fournir des « motifs clairs et convaincants » pour s’écarter des décisions antérieures de la SI de maintenir la détention et si le commissaire a mal interprété l’article 248 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*.

Jugement : les demandes doivent être accueillies.

Le paragraphe 58(1) de la Loi montre clairement qu’il existe une présomption selon laquelle le détenu doit être mis en liberté, sauf dans des situations précises, y compris l’absence d’identité. Le législateur a retenu à l’alinéa 58(1)d) l’absence de confirmation d’identité comme motif distinct de détention. Qui plus est, la Loi dicte à la SI la manière dont elle doit examiner la question de l’identité. L’opinion de la SI n’est pas déterminante; l’importance est plutôt donnée à l’opinion du ministre. Dans le cas des défendeurs, le mandat du commissaire consistait à évaluer le caractère valable des efforts du ministre pour établir leur identité. Même si, à plusieurs endroits dans sa décision, le commissaire semblait convenir que le ministre prenait des mesures valables pour établir l’identité des défendeurs, il ressortait manifestement de l’ensemble de la décision que le commissaire n’a pas accepté le caractère valable des efforts du ministre. Le commissaire a mis en doute la nécessité de plusieurs mesures prises par le demandeur. De plus, en faisant une comparaison avec les mesures d’enquête prises dans les affaires antérieures concernant des demandeurs d’asile tamouls, le commissaire a substitué sa propre décision de ce qui aurait dû satisfaire le ministre dans la présente affaire. Cette substitution était problématique, parce qu’elle allait au-delà du mandat du commissaire, selon l’alinéa 58(1)d) de la Loi. Le commissaire n’a pas évalué la question de savoir si les mesures étaient valables, mais s’est prononcé plutôt sur la question de savoir si les mesures prises étaient convenables. Même s’il était difficile d’évaluer le rôle que cette analyse a joué dans la décision du commissaire de mettre les demandeurs en liberté, l’analyse du commissaire était problématique au point de constituer une erreur susceptible de contrôle.

Si un commissaire de la SI choisit de s’écarter de décisions antérieures de détenir une personne, il doit fournir des « motifs clairs et convaincants » pour ce faire et il doit mentionner ces décisions de manière significative. Dans les décisions antérieures, la SI avait conclu que le maintien en détention s’imposait et, d’après le dossier, aucun élément important n’avait changé depuis les contrôles antérieurs des motifs de détention. Nulle part dans sa décision le commissaire n’a-t-il reconnu les décisions antérieures des contrôles des motifs de la détention, ni ne les a analysées. En ne fournissant pas des « motifs clairs et convaincants » (ou quelque motif que ce soit) pour s’écarter des décisions antérieures de la SI, le commissaire a commis une erreur susceptible de contrôle.

The member did not misconstrue section 248 of the Regulations. While his decision was not as clear as it could be and incorporated some language that suggested otherwise, the member did not err in his approach to that section. The argument that the member treated the alternatives to detention, pursuant to paragraph 248(e) of the Regulations, as determinative was rejected. The member clearly directed his mind to all of the factors of section 248, specifically, acknowledging that the reason for detention was identity and that identity is fundamental to immigration processing in Canada. The member gave considerable weight to the length of the detention and to the lack of any reasonable estimate as to how long it would take the applicant to complete the document verification, and he did not err in doing so. While a lack of identity is obviously an important consideration for a section 248 analysis, it does not mean that the ID may not consider alternatives to detention. When the decision was read as a whole, the member addressed and weighed each of the factors outlined in section 248 of the Regulations as required.

Le commissaire n'a pas mal interprété l'article 248 du Règlement. Même si sa décision n'était pas tout à fait claire et comportait certains éléments qui pouvaient laisser croire le contraire, le commissaire n'a pas commis d'erreur dans son application de cette disposition. L'argument selon lequel le commissaire a considéré les solutions de rechange à la détention, conformément à l'alinéa 248e) du Règlement, comme étant déterminantes a été rejeté. Le commissaire s'est clairement penché sur tous les critères de l'article 248. Plus précisément, il a reconnu que le motif de la détention était l'identité et que l'identité était essentielle au traitement des dossiers d'immigration au Canada. Le commissaire a accordé un poids considérable à la durée de la détention et à l'absence de toute estimation raisonnable quant au délai que prendrait le demandeur pour terminer la vérification des documents, et il n'a pas commis d'erreur à cet égard. Si l'absence d'identité est de toute évidence un facteur important dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article 248, elle ne signifie pas que la SI ne peut pas examiner des solutions de rechange à la détention. Compte tenu de l'ensemble de la décision, le commissaire a évalué et apprécié chacun des critères décrits à l'article 248 du Règlement, tel qu'il était requis de le faire.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
- Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1), r. 14 (as am. by SOR/98-235, s. 8(F)).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 54, 55(3), 57, 58.
- Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 244(c), 247(1) (as am. by SOR/2004-167, s. 65(E)), 248.

CASES CITED

APPLIED:

- Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FCA 81, [2010] 2 F.C.R. 311, 309 D.L.R. (4th) 411, 79 Imm. L.R. (3d) 157, revg in part 2008 FC 341, 83 Admin. L.R. (4th) 183, 324 F.T.R. 133; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham*, 2004 FCA 4, [2004] 3 F.C.R. 572, 236 D.L.R. (4th) 329, 38 Imm. L.R. (3d) 1; *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995]

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 54, 55(3), 57, 58.
- Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 244c), 247(1) (mod. par DORS/2004-167, art. 65(A)), 248.
- Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1), règle 14 (mod. par DORS/98-235, art. 8(F)).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311, infirmant en partie 2008 CF 341; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Thanabalasingham*, 2004 CAF 4, [2004] 3 R.C.F. 572; *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1^{re} inst.), conf. par [1995] A.C.F. n° 881 (C.A.) (QL).

1 F.C. 214, (1994), 24 C.R.R. (2d) 276, 85 F.T.R. 99 (T.D.), affd (1995), 184 N.R. 354 (F.C.A.).

DISTINGUISHED:

B045 v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (May 26, 2011), IMM-1015-11 (F.C.); *X v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 27, 18 Admin. L.R. (5th) 73.

REFERRED TO:

Panahi-Dargahlloo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2009 FC 1114, 357 F.T.R. 9; *Walker v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 392, 210 C.R.R. (2d) 79, 89 Imm. L.R. (3d) 151; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) v. Iyile*, 2009 FC 700, 348 F.T.R. 12; *Sittampalam v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 1352; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Li*, 2008 FC 949, 331 F.T.R. 68.

APPLICATIONS for judicial review of decisions made by a member of the Immigration and Refugee Board, Immigration Division, in which the respondents were ordered to be released from detention in accordance with subsection 58(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Applications allowed.

APPEARANCES

Banafsheh Sokhansanj and Marina Stefanovic for applicant.
Douglas Cannon for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada, Vancouver, for applicant.
Elgin, Cannon & Associates and *Davis & Grace*, Vancouver, for respondents.

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

SNIDER J.:

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

B045 c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (26 mai 2011), IMM-1015-11 (C.F.); *X c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 27.

DÉCISIONS CITÉES :

Panahi-Dargahlloo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2009 CF 1114; *Walker c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 392; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) c. Iyile*, 2009 CF 700; *Sittampalam c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 1352; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Li*, 2008 CF 949.

DEMANDES de contrôle judiciaire relatives aux décisions par lesquelles un commissaire de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a ordonné la mise en liberté des défendeurs conformément au paragraphe 58(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demandes accueillies.

ONT COMPARU

Banafsheh Sokhansanj et Marina Stefanovic pour le demandeur.
Douglas Cannon pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada, Vancouver, pour le demandeur.
Elgin, Cannon & Associates et *Davis & Grace*, Vancouver, pour les défendeurs.

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

LA JUGE SNIDER :

I. Introduction

[1] In these reasons for judgment, I am addressing two applications for judicial review involving two foreign nationals who arrived in Canada on board the *MV Sun Sea* in August 2010. These judicial review applications are two of approximately 61 applications brought by the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister), as applicant, regarding decisions made by members of the Immigration and Refugee Board, Immigration Division (the ID) in which the foreign nationals were ordered to be released from detention.

[2] Court File No. IMM-5414-10 involves a foreign national known as B046, allegedly a Tamil male from Sri Lanka. Court File No. IMM-5415-10 relates to a female Tamil known as B047 who claims to be the spouse of B046. B046 and B047 were held in detention, through two detention reviews, from August 13 to September 15, 2010, on the basis that the Minister was unable to establish their identities.

[3] Following a detention review on September 15, 2010, a member of the ID (the member) issued a “release or imposition of terms and conditions order” for each of B046 and B047 (the orders). The terms of release were identical and consisted basically of requirements to provide a security deposit of \$1 000, to report to CBSA [Canada Border Services Agency] officials once per week, to surrender any passport or overseas identity documents obtained subsequent to release and “to continue to cooperate with CBSA to establish your identity to its satisfaction”. One set of reasons for the two orders was provided orally to the parties at the conclusion of the detention review hearing.

[4] In these judicial reviews, the Minister seeks an order quashing the member’s decision and the orders. For the reasons that follow, the applications for judicial review will be allowed.

I. Introduction

[1] Dans les présents motifs du jugement, j’examine deux demandes de contrôle judiciaire concernant deux étrangers qui sont arrivés au Canada à bord du *MV Sun Sea* en août 2010. Ces deux demandes de contrôle judiciaire font partie d’environ 61 demandes présentées par le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (le ministre), en qualité de demandeur, relativement à des décisions prises par des commissaires de la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la SI), lesquels ont ordonné la mise en liberté des étrangers.

[2] Le dossier du greffe n° IMM-5414-10 concerne un étranger, connu sous B046, qui serait un Tamoul du Sri Lanka. Le dossier du greffe n° IMM-5415-10 concerne une Tamoule, connue sous B047, qui allègue être la conjointe de B046. B046 et B047 ont été détenus le temps de deux contrôles des motifs de détention, soit du 13 août au 15 septembre 2010, parce que le ministre n’était pas en mesure d’établir leur identité.

[3] À la suite du contrôle des motifs de détention tenu le 15 septembre 2010, un commissaire de la SI (le commissaire) a prononcé une [TRADUCTION] « ordonnance de mise en liberté ou imposant des conditions » à l’égard de B046 et B047 (les ordonnances). Les conditions de mise en liberté étaient identiques et se résumaient essentiellement à l’obligation de fournir un dépôt de garantie de 1 000 \$, de se présenter aux représentants de l’ASFC [Agence des services frontaliers du Canada] une fois par semaine, de remettre les passeports ou les pièces d’identité de l’étranger obtenus après la mise en liberté et [TRADUCTION] « de continuer à collaborer avec l’ASFC en vue d’établir votre identité à la satisfaction de celle-ci ». Pour les deux ordonnances, un seul exposé des motifs a été fourni verbalement aux parties au terme de l’audience du contrôle des motifs de détention.

[4] Dans les présents contrôles judiciaires, le ministre sollicite une ordonnance annulant la décision et les ordonnances du commissaire. Pour les motifs qui suivent, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie.

II. Issues

[5] The respondents raise the threshold issue of whether, in view of the fact that B046 and B047 have been released, the questions before this Court are now moot and should not be heard.

[6] The Minister argues that the matter is not moot and submits the following issues for determination:

1. Did the member err by failing to limit his review under paragraph 58(1)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) to an assessment of the reasonableness of the Minister's efforts to establish identity?

2. Did the member fail to provide "clear and compelling reasons" for departing from the ID's previous decisions to continue detention?

3. Did the member misconstrue section 248 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations)?

[7] For the reasons that follow, I have concluded that the matter is not moot and that the decision and the orders should be quashed.

III. Background

[8] The MV *Sun Sea* arrived in Canadian waters on August 13, 2010, with 492 migrants on board (the *Sun Sea* migrants). The offloading and processing of the persons on board was, as described by one member of the ID, "a monumental task".

[9] One cannot ignore the unique context of the *Sun Sea* migrants. The persons on board were purported to be Tamils from Sri Lanka. There was a serious possibility that some of the migrants had ties to the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE), a group designated as a terrorist organization in Canada; such persons would be inadmissible to Canada. While many of the migrants

II. Les questions en litige

[5] Les défendeurs demandent à titre préliminaire si, compte tenu de leur mise en liberté, les questions dont la Cour est saisie sont maintenant théoriques et ne devraient pas être instruites.

[6] Le ministre soutient que la question n'est pas théorique et présente les questions suivantes à trancher :

1. Le commissaire a-t-il commis une erreur en ne limitant pas son examen fondé sur l'alinéa 58(1)d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), à une évaluation du caractère valable des efforts du ministre pour établir l'identité des défendeurs?

2. Le commissaire a-t-il omis de fournir des « motifs clairs et convaincants » pour s'écarter des décisions antérieures de la SI de maintenir la détention?

3. Le commissaire a-t-il mal interprété l'article 248 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement)?

[7] Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu que la question n'est pas théorique et que la décision et les ordonnances devraient être annulées.

III. Les faits

[8] Le MV *Sun Sea* avait 492 migrants à son bord (les migrants du *Sun Sea*) lorsqu'il est arrivé dans les eaux canadiennes le 13 août 2010. Comme l'a décrit l'un des commissaires de la SI, le débarquement et le traitement des personnes à bord constituaient [TRADUCTION] « une tâche monumentale ».

[9] On ne peut ignorer le contexte unique des migrants du *Sun Sea*. Les personnes à bord seraient des Tamouls du Sri Lanka. Il y a une possibilité sérieuse que certains migrants aient des liens avec les Tigres de libération de l'Eelam tamoul (les TLET), un groupe que le Canada a désigné comme une organisation terroriste : ces personnes sont interdites de territoire au Canada. De

apparently had no documentation to support their claimed identity, officials who searched the MV *Sun Sea* found many unclaimed identity documents that had been partially destroyed. Significantly, there were a number of children on board; it was important that the identity of the children and their alleged parents be established to negate the possibility of child smuggling. These and other factors not normally present in the arrivals of refugee claimants by other means created a situation where the Minister placed a high value on establishing the *Sun Sea* migrants' identity.

IV. Statutory Scheme

[10] I begin with an overview of the statutory scheme as it relates to detention under the provisions of IRPA and the Regulations. "Detention and Release" are dealt with in Division 6 [ss. 54–61] of Part 1 of IRPA and in Part 14 [ss. 244–250] of the Regulations.

[11] The migrants aboard the MV *Sun Sea* were detained upon their arrival in Canada pursuant to subsection 55(3) of IRPA, which permits detention on entry if an officer: (a) considers it necessary to do so in order for the examination to be completed; or (b) has reasonable grounds to suspect that the permanent resident or the foreign national is inadmissible on grounds of security or for violating human or international rights.

[12] Section 54 establishes the ID as the "competent Division of the Board with respect to the review of reasons for detention". Detention reviews are mandated by section 57 of IRPA. The first review is to take place within 48 hours of the detention (subsection 57(1)). A second review must take place at least once during the following 7 days and at least once every 30 days thereafter (subsection 57(2)).

nombreux migrants ne possédaient apparemment pas de documents pour établir leur identité, mais les fonctionnaires qui ont fouillé le MV *Sun Sea* ont trouvé plusieurs pièces d'identité non réclamées qui avaient été partiellement détruites. Aussi, plusieurs enfants se trouvaient à bord : il était donc important d'établir leur identité et celle de ceux qui prétendaient être leurs parents pour écarter la possibilité de trafic d'enfants. Ces facteurs, et d'autres encore qui ne se produisent pas normalement lorsque des demandeurs d'asile arrivent au pays par d'autres moyens, ont créé une situation faisant en sorte que le ministre a accordé une grande importance à l'établissement de l'identité des migrants du *Sun Sea*.

IV. Le régime législatif

[10] Je commencerai par un aperçu du régime législatif applicable à la détention que prévoient les dispositions de la LIPR et du Règlement. La section 6 [art. 54 à 61] de la partie 1 de la LIPR et la partie 14 [art. 244 à 250] du Règlement traitent de la « détention et mise en liberté ».

[11] Les migrants à bord du MV *Sun Sea* ont été détenus à leur arrivée au Canada conformément au paragraphe 55(3) de la LIPR, lequel autorise la détention à l'entrée au Canada dans les cas suivants : a) l'agent l'estime nécessaire afin que soit complété le contrôle; b) il a des motifs raisonnables de soupçonner que le résident permanent ou l'étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux.

[12] L'article 54 prévoit que la SI est « la section de la Commission chargée du contrôle [des motifs de détention] ». L'article 57 de la LIPR exige la tenue de contrôles des motifs de détention. Le premier contrôle doit avoir lieu dans les 48 heures du début de la détention (paragraphe 57(1)). Un nouveau contrôle doit avoir lieu au moins une fois dans les 7 jours suivant le premier contrôle, puis au moins une fois tous les 30 jours par la suite (paragraphe 57(2)).

[13] In conducting detention reviews, the ID is bound by section 58 of IRPA which provides as follows:

Release
— Immigration
Division

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

- (a) they are a danger to the public;
- (b) they are unlikely to appear for examination, an admissibility hearing, removal from Canada, or at a proceeding that could lead to the making of a removal order by the Minister under subsection 44(2);
- (c) the Minister is taking necessary steps to inquire into a reasonable suspicion that they are inadmissible on grounds of security or for violating human or international rights; or
- (d) the Minister is of the opinion that the identity of the foreign national has not been, but may be, established and they have not reasonably cooperated with the Minister by providing relevant information for the purpose of establishing their identity or the Minister is making reasonable efforts to establish their identity.

[14] As we can see from the words of subsection 58(1) of IRPA, in determining whether any of the grounds for continued detention have been met, the ID must take into account the factors prescribed by the Regulations. Further direction in this regard is set out in paragraph 244(c) of the Regulations, which states that “the factors set out in this Part [of the Regulations] shall be taken into consideration when assessing whether a person ... is a foreign national whose identity has not been established” [emphasis added]. Subsection 247(1) [as am. by SOR/2004-167, s. 65(E)] of the Regulations deals specifically with the factors to be considered when detention on the grounds of identity is being considered:

[13] Lors de la tenue des contrôles des motifs de détention, la SI est liée par l’article 58 de la LIPR lequel dispose :

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

Mise en
liberté par la
Section de
l’immigra-
tion

- a) le résident permanent ou l’étranger constitue un danger pour la sécurité publique;
- b) le résident permanent ou l’étranger se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l’enquête ou au renvoi, ou à la procédure pouvant mener à la prise par le ministre d’une mesure de renvoi en vertu du paragraphe 44(2);
- c) le ministre prend les mesures voulues pour enquêter sur les motifs raisonnables de soupçonner que le résident permanent ou l’étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux;
- d) dans le cas où le ministre estime que l’identité de l’étranger n’a pas été prouvée mais peut l’être, soit l’étranger n’a pas raisonnablement coopéré en fournissant au ministre des renseignements utiles à cette fin, soit ce dernier fait des efforts valables pour établir l’identité de l’étranger.

[14] Comme nous pouvons le voir du libellé du paragraphe 58(1) de la LIPR, pour répondre à la question de savoir si un des motifs de maintien de la détention a été satisfait, la SI doit prendre en compte les critères prévus par le Règlement. L’alinéa 244c) fournit plus de précisions à cet égard en indiquant que « les critères prévus à la présente partie [du Règlement] doivent être pris en compte lors de l’appréciation [...] de la question de savoir si l’intéressé est un étranger dont l’identité n’a pas été prouvée » [non souligné dans l’original]. Le paragraphe 247(1) [mod. par DORS/2004-167, art. 65(A)] du Règlement vise précisément les critères à prendre en compte dans les cas où la détention pour des motifs d’identité est envisagée :

Identity not established

247. (1) For the purposes of paragraph 244(c), the factors are the following:

- (a) the foreign national's cooperation in providing evidence of their identity, or assisting the Department in obtaining evidence of their identity, in providing the date and place of their birth as well as the names of their mother and father or providing detailed information on the itinerary they followed in travelling to Canada or in completing an application for a travel document;
- (b) in the case of a foreign national who makes a claim for refugee protection, the possibility of obtaining identity documents or information without divulging personal information to government officials of their country of nationality or, if there is no country of nationality, their country of former habitual residence;
- (c) the destruction of identity or travel documents, or the use of fraudulent documents in order to mislead the Department, and the circumstances under which the foreign national acted;
- (d) the provision of contradictory information with respect to identity at the time of an application to the Department; and
- (e) the existence of documents that contradict information provided by the foreign national with respect to their identity.

[15] If there are grounds for detention, section 248 of the Regulations sets out additional factors to be considered:

Other factors

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

- (a) the reason for detention;
- (b) the length of time in detention;
- (c) whether there are any elements that can assist in determining the length of time that detention is likely to continue and, if so, that length of time;

247. (1) Pour l'application de l'alinéa 244c), les critères sont les suivants :

- a) la collaboration de l'intéressé, à savoir s'il a justifié de son identité, s'il a aidé le ministère à obtenir cette justification, s'il a communiqué des renseignements détaillés sur son itinéraire, sur ses date et lieu de naissance et sur le nom de ses parents ou s'il a rempli une demande de titres de voyage;
- b) dans le cas du demandeur d'asile, la possibilité d'obtenir des renseignements sur son identité sans avoir à divulguer de renseignements personnels aux représentants du gouvernement du pays dont il a la nationalité ou, s'il n'a pas de nationalité, du pays de sa résidence habituelle;
- c) la destruction, par l'étranger, de ses pièces d'identité ou de ses titres de voyage, ou l'utilisation de documents frauduleux afin de tromper le ministère, et les circonstances dans lesquelles il s'est livré à ces agissements;
- d) la communication, par l'étranger, de renseignements contradictoires quant à son identité pendant le traitement d'une demande le concernant par le ministère;
- e) l'existence de documents contredisant les renseignements fournis par l'étranger quant à son identité.

[15] S'il existe des motifs de détention, l'article 248 du Règlement énonce des critères supplémentaires qui doivent être pris en compte :

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

- a) le motif de la détention;
- b) la durée de la détention;
- c) l'existence d'éléments permettant l'évaluation de la durée probable de la détention et, dans l'affirmative, cette période de temps;

Preuve de l'identité de l'étranger

Autres critères

(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.

d) les retards inexpliqués ou le manque inexpliqué de diligence de la part du ministère ou de l'intéressé;

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

V. Previous detention reviews

[16] As noted, this judicial review concerns B046 and B047 whose final detention reviews were held jointly on September 15, 2010 before the member. Prior to the September 15, 2010 detention review hearing, each had been the subject of earlier reviews:

- A detention review for B047, together with five other women, was held on August 18, 2010 and, along with one other female detainee, a second review was held on August 25, 2010. In both hearings, an order of detention was issued indicating that detention would be continued for reasons of identity.
- A detention review for B046, together with four other migrants, was held on August 18, 2010, and a second review was held on August 24, 2010. In both hearings, the member of the ID issued an order of detention indicating that the detention would be continued for reasons of identity.

[17] From the beginning, the Minister expressed concerns regarding the Sri Lankan identity documents. The Canada Border Services Agency (CBSA) officials carried out the difficult task of examining and verifying identity documents. The first step was to determine whether the documents had been tampered with or altered. This step was carried out by forensic experts in Canada.

[18] Once it was confirmed that a national identity card (NIC), or other relevant identity document, submitted by a migrant aboard the MV *Sun Sea* had no evidence of alteration and that the document displayed characteristics and printing methods generally associated with an authentic document, CBSA officials moved to the

V. Les contrôles antérieurs des motifs de détention

[16] Comme je l'ai indiqué, le présent contrôle judiciaire vise B046 et B047 dont le dernier contrôle des motifs de détention a été tenu conjointement le 15 septembre 2010 devant le commissaire. Avant l'audience du contrôle des motifs de détention du 15 septembre 2010, chaque défendeur avait fait l'objet de contrôles antérieurs :

- Un contrôle des motifs de détention visant B047, ainsi que cinq autres femmes, a eu lieu le 18 août 2010 et un deuxième contrôle visant B047, de même qu'une autre détenue, a eu lieu le 25 août 2010. À l'occasion des deux audiences, une ordonnance de détention a été prononcée indiquant que la détention serait maintenue pour des raisons d'identité.
- Un contrôle des motifs de détention visant B046, ainsi que quatre autres migrants, a eu lieu le 18 août 2010 et un deuxième contrôle a eu lieu le 24 août 2010. À l'occasion des deux audiences, le commissaire de la SI a prononcé une ordonnance de détention indiquant que la détention serait maintenue pour des raisons d'identité.

[17] Dès les tous débuts, le ministre a exprimé des préoccupations concernant les pièces d'identité sri lankaises. Les fonctionnaires de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) ont accompli la difficile tâche d'examiner et de vérifier les pièces d'identité. La première étape consistait à déterminer si les documents avaient été falsifiés ou modifiés. Cette étape a été réalisée par des experts légistes au Canada.

[18] Après la confirmation que la carte d'identité nationale (CIN) ou une autre pièce d'identité pertinente qu'un migrant à bord du MV *Sun Sea* avait présentée ne comportait aucun signe de modification et que le document présentait les caractéristiques et les modes d'impression généralement associés à un document

second step. The second step involves establishing the authenticity of the issued documents.

[19] The following description of and reasons for the second part of the document verification was described by the Minister's counsel at the detention review hearing for B047, and one other person, on August 25, 2010 (B047, certified tribunal record (CTR), at page 49, April 12, 2011):

... research from the Immigration and Refugee Board's Research Directorate, which is included with the document that the Minister disclosed at the outset of the hearing, suggests that there have been [issues] with documents directly being fraudulently obtained. The research indicates that there have been Sri Lankan national identity cards issued as a result of bribery. Reports from 2004, upon which the Research Directorate relied, make reference to there having been a massive national identity card racket that involved employees of the Sri Lankan government's Registration of Persons Department and that involved the issuance of fraudulent national identity cards for exorbitant prices.

There is also reference in this research to documents having been obtained in the names of deceased individuals and there is reference to documents having been obtained upon the submission of fraudulent documents. In other words, fraudulent documents were provided to that department and it was based on those documents that a national ID card was issued or that national identity cards were issued.

There is evidence in these documents that Sri Lankan officials began to take action to address this problem but that these actions did not substantially start until 2006. I note that in the [case of B047], their documents were issued in 2000 and 2004 respectively. It is not the Minister's submission that these documents were fraudulently obtained, it is our submission that we are currently not satisfied of the identity of the persons based on these documents alone and that further investigation must take place prior to the Minister being satisfied of the identities of the persons concerned.

[20] It is important to note that the Minister's submissions in this regard were supported by documentary evidence that formed part of the record. In sum, the Minister's submission, in the previous detention reviews as well as the one before the member, was that, prior to 2006, Sri Lankan identity cards had "some serious security breaches" (B047, CTR, at page 57, April 12, 2011)

authentique, les fonctionnaires de l'ASFC ont passé à la deuxième étape qui consiste à établir l'authenticité des documents délivrés.

[19] Le 25 août 2010, à l'audience du contrôle des motifs de détention visant B047 et une autre personne, l'avocate du ministre a décrit et justifié comme suit la deuxième partie de la vérification des documents (B047, dossier certifié du tribunal (DCT), à la page 49, le 12 avril 2011) :

[TRADUCTION] [...] la recherche provenant de la Direction des recherches de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, jointe au document que le ministre a communiqué dès le début de l'audience, indique que des documents ont été directement obtenus de façon frauduleuse. La recherche indique que des cartes d'identité nationale sri lankaises ont été délivrées par suite de pots-de-vin. Des rapports de 2004, sur lesquels s'appuyait la Direction des recherches, mentionnent qu'il y a eu une fraude massive de cartes d'identité nationale à laquelle participaient des employés du ministère de l'enregistrement des personnes du gouvernement du Sri Lanka et qui comportait la délivrance de cartes d'identité nationale frauduleuses moyennant des prix exorbitants.

Cette recherche mentionne également que des documents ont été obtenus au nom de personnes décédées et sur présentation de documents frauduleux. En d'autres termes, des documents frauduleux étaient fournis à ce ministère et c'est sur la foi de ces documents qu'une carte d'identité nationale était délivrée ou que des cartes d'identité nationale étaient délivrées.

Ces documents démontrent que des représentants sri lankais ont commencé à prendre des mesures pour régler ce problème, mais que celles-ci ont été véritablement mises en œuvre en 2006. Je constate que dans le [cas de B047], les documents ont été délivrés en 2000 et en 2004, respectivement. Le ministre ne prétend pas que ces documents ont été obtenus frauduleusement; il est d'avis qu'il n'est actuellement pas convaincu de l'identité des intéressés sur la seule foi de ces documents et une enquête supplémentaire doit être menée avant qu'il ne soit convaincu de l'identité des intéressés.

[20] Il est important de souligner que les observations du ministre à cet égard étaient étayées par une preuve documentaire qui faisait partie du dossier. En résumé, à l'occasion des contrôles antérieurs des motifs de détention de même qu'à l'occasion du contrôle devant le commissaire, le ministre était d'avis qu'avant 2006, les cartes d'identité sri lankaises faisaient l'objet de

that warranted further investigation. The position of the Minister, throughout all of the detention reviews, was—and continues to be—that the Minister is not satisfied with the identity of the persons and that he is taking reasonable steps to determine the identities.

[21] The member of the ID who presided at the detention review for B047 on August 18, 2010, concluded that detention should continue, notwithstanding that the NIC for B047 had not been altered. The member accepted the Minister's argument, concluding that "it is reasonable at this point that the Minister seek additional documentation, which would hopefully assist in verifying that this is, in fact, a properly issued identity card" (B047, CTR, at page 58, April 12, 2011).

[22] The situation for B046 was different. His identity card presented problems at the first stage of verification. The analysis unit who carried out the examination of the NIC commented as follows:

The ragged edges of an inner layer of laminate can be seen protruding from between the front and rear layers around the perimeter of the card. The ragged edges are an indication that the laminate has been cut.

[23] This evidence was presented to the member of the ID at the detention review hearing of September 15, 2010—the subject of this judicial review.

VI. Mootness

[24] The respondents filed their further memoranda of argument on June 2, 2011—less than one week before the hearing of this matter. For the first time, the respondents raised the argument that the matters of this judicial review are moot. They argue that the release of B046 and B047, pursuant to the orders of the ID, has removed any live controversy between the parties. I do not agree.

[TRADUCTION] « certaines brèches de sécurité graves » (B047, DTC, à la page 57, le 12 avril 2011) qui justifiaient une enquête plus approfondie. À l'occasion de tous les contrôles des motifs de la détention, la position du ministre était, et continue d'être, qu'il n'est pas convaincu de l'identité des personnes et qu'il prend des mesures valables pour établir leur identité.

[21] Le commissaire de la SI qui a présidé le contrôle des motifs de détention de B047 le 18 août 2010 a conclu que la détention devait être maintenue malgré le fait que la CIN de B047 n'avait pas été modifiée. Le commissaire a accepté l'argument du ministre, concluant ainsi : [TRADUCTION] « il est raisonnable à ce moment-ci que le ministre cherche à obtenir des documents supplémentaires qui contribueraient à confirmer, espérons-le, qu'il s'agit en effet d'une carte d'identité qui a été délivrée régulièrement » (B047, DCT, à la page 58, le 12 avril 2011).

[22] La situation était différente pour B046. Sa carte d'identité a soulevé des problèmes à la première étape de la vérification. L'unité d'analyse qui a effectué l'examen de la CIN a fait les observations suivantes :

[TRADUCTION] Il est possible d'apercevoir les rebords irréguliers d'une couche intérieure plastifiée qui dépassent les couches avant et arrière autour du périmètre de la carte. Les rebords irréguliers sont une indication que la couche plastifiée a été coupée.

[23] Cet élément de preuve a été présenté au commissaire de la SI à l'audience du contrôle des motifs de détention du 15 septembre 2010 visé par le présent contrôle judiciaire.

VI. Le caractère théorique

[24] Les défendeurs ont déposé leur exposé des arguments additionnel le 2 juin 2011, moins d'une semaine avant l'audience relative à la présente affaire. Les défendeurs soulèvent pour la première fois l'argument selon lequel les questions du présent contrôle judiciaire sont théoriques. Ils soutiennent que la mise en liberté de B046 et de B047, conformément aux ordonnances de

[25] The respondents rely on the decision of this Court in *B045 v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (May 26, 2011) IMM-1015-11 (*B045*), where I stated the following:

This is because the Court of Appeal, in *XXXX [XXXX v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2011 FCA 27* [referred to as “*Ocean Lady*”]), has already ruled that, once a detainee is released from detention, the question becomes moot. In that context, the Court of Appeal commented that: “there are cases pending which raise issues similar to those before us in this appeal and which will likely come to this Court for determination”. This is not one of those cases. The only possible resolution of the problems faced by those lawyers and interested organizations will come from a case involving a “live controversy” — that is, a situation where a person remains in detention. In every other case, the matter becomes moot.

[26] The problem with the submission of the respondents on this point is that they have not recognized that the nature of the dispute between the parties in *Ocean Lady [X v. Canada (Citizenship and Immigration), 2011 FCA 27, 18 Admin. L.R. (5th) 73]*, and *B045*, above, is fundamentally different from the dispute before me in these two cases. As stated by Justice Nadon, speaking for the majority of the [Federal] Court of Appeal in *Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness), 2009 FCA 81, [2010] 2 F.C.R. 311*, at paragraph 29, “the determination of the mootness issue depends on the proper characterization of the controversy that exists between [the parties]”.

[27] The decision in *Baron*, above, is very helpful. In that case, the decision in dispute was a decision of an enforcement officer not to defer removal beyond a given date. By the time the application for judicial review was heard, the date for removal had passed. While the trial Judge (*Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness), 2008 FC 341, 83 Admin. L.R. (4th) 183*) had concluded that the matter was moot, the majority of the Court of Appeal did not agree. The key consideration was the nature of the dispute. The trial Judge concluded that the proper characterization of the

la SI, a éliminé tout litige actuel entre les parties. Je ne suis pas d’accord.

[25] Les défendeurs s’appuient sur la décision de la Cour dans *B045 c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, (le 26 mai 2011) IMM-1015-11 (*B045*), dans laquelle j’ai déclaré ce qui suit :

Il en va ainsi parce que la Cour d’appel a déjà statué dans *XXXX [XXXX c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), 2011 CAF 27* [appelé *Ocean Lady*]) que, une fois la personne détenue mise en liberté, la question devient théorique. Dans ce contexte, la Cour d’appel a fait remarquer qu’« il y a des causes en instance qui soulèvent des questions semblables à celles qui nous ont été soumises dans le présent appel et que notre Cour sera probablement appelée à juger ». Il ne s’agit pas en l’espèce de l’une de ces causes. La seule façon possible de résoudre les difficultés auxquelles se heurtent ces avocats et les organisations intéressées passera par l’instruction d’une cause présentant un « litige actuel » — autrement dit, une situation où une personne demeure en détention. Dans tous les autres cas, la question devient théorique.

[26] La prétention des défendeurs sur ce point pose problème parce qu’ils n’ont pas reconnu que la nature du différend entre les parties dans l’arrêt *Ocean Lady [X c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2011 CAF 27]*, et la décision *B045*, précitée, est fondamentalement différente de celui dont je suis saisie dans les deux présentes affaires. Comme l’a déclaré le juge Nadon, s’exprimant pour la majorité de la Cour d’appel [fédérale] dans l’arrêt *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile), 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311*, au paragraphe 29, « la réponse à la question du caractère théorique dépend de la qualification donnée au litige qui existe entre [les parties] ».

[27] L’arrêt *Baron*, précité, est très utile. Dans cette affaire, la décision contestée était la décision d’une agente d’exécution de ne pas reporter un renvoi au-delà d’une date donnée. Au moment de l’instruction de la demande de contrôle judiciaire, la date de renvoi était passée. La juge de première instance (*Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile), 2008 CF 341*) avait conclu que la question était théorique, mais la majorité de la Cour d’appel était en désaccord. L’élément clef était la nature du différend. La juge de première instance a conclu que la nature du

dispute was whether an applicant should be removed, and is obliged to leave, on the scheduled removal date. Justice Nadon did not agree. At paragraph 28, he described the situation:

To begin with, it is important to make clear what the appellants were seeking when they requested deferral of their removal from Canada on February 15, 2007. As the enforcement officer says in her decision, the appellants' request was put forward on the grounds that they had an outstanding H&C application (which the appellants say they had attempted to file in March 2003) and that it was in the best interest of their Canadian-born children that removal be deferred until the H&C application had been dealt with. In other words, the appellants were not simply asking that they not be removed on February 15, 2007, but that their removal not take place until the determination of their H&C application. [Emphasis added.]

[28] Justice Nadon agreed with the parties that the proper characterization of the dispute was whether the appellants should be removed prior to the determination of their H&C [humanitarian and compassionate] application. Since there had been no determination of that issue, the Court found that there was still a live controversy between the parties and that the trial Judge had erred by concluding that the matter was moot.

[29] The situation before me is analogous to that before the Courts in *Baron*, above. What was the Minister seeking when he requested the continued detention of the respondents? The Minister was seeking the continuation of the detentions until the identity of B046 and B047 had been established. That is the proper characterization of the dispute between the parties. In the course of the hearing, the Minister advised the Court that identity had still not been established for B046 and B047. On the same reasoning as applied by Justice Nadon in *Baron*, above, the matter is not moot, in spite of the release of the applicants.

[30] Moreover, the context of *B045*, above, and *Ocean Lady*, above, was very different from the facts before me. In each of those cases, the decision under review was a decision by the ID to detain the affected person. The applicants in those cases were the individuals who were disputing their continued detention. The dispute

litige est mieux cernée en posant la question de savoir si un demandeur devait être renvoyé, et tenu de partir, à la date prévue de son renvoi. Le juge Nadon n'était pas d'accord. Au paragraphe 28, il a décrit la situation comme suit :

D'entrée de jeu, il importe de bien préciser ce que les appelants cherchaient à obtenir lorsqu'ils ont demandé le report de leur renvoi du Canada prévu pour le 15 février 2007. Comme l'agente d'exécution l'explique dans sa décision, la demande des appelants était fondée sur le fait qu'ils avaient une demande CH en instance (que les appelants affirment avoir tenté de déposer en mars 2003) et qu'il était dans l'intérêt supérieur de leurs enfants nés au Canada que le renvoi soit reporté jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande CH. En d'autres termes, les appelants ne demandaient pas simplement de ne pas être renvoyés le 15 février 2007, mais bien que leur renvoi n'ait lieu qu'une fois qu'une décision aurait été rendue au sujet de leur demande CH. [Non souligné dans l'original.]

[28] Le juge Nadon a convenu avec les parties que le litige portait en fait sur la question de savoir si les appelants devaient être renvoyés avant l'examen de leur demande CH [motifs d'ordre humanitaire]. Puisque aucune décision n'avait été rendue sur cette question, la Cour a conclu qu'il subsistait un litige actuel entre les parties et que la juge de première instance avait commis une erreur en concluant que la question était théorique.

[29] La situation que je dois examiner est analogue à celle qui avait été présentée aux Cours dans l'arrêt *Baron*, précité. Que visait le ministre lorsqu'il a demandé le maintien des défendeurs en détention? Le ministre visait le maintien en détention jusqu'à ce que l'identité de B046 et de B047 soit établie. Voilà le vrai litige entre les parties. Au cours de l'audience, le ministre a informé la Cour que l'identité n'avait toujours pas été établie à l'égard de B046 et de B047. En appliquant le même raisonnement que celui qu'avait tenu le juge Nadon dans l'arrêt *Baron*, précité, la question n'est pas théorique, malgré la mise en liberté des demandeurs.

[30] De plus, le contexte de la décision *B045*, précitée, et de l'arrêt *Ocean Lady*, précité, était très différent des faits qui m'ont été présentés. Dans les deux cas, la décision de la SI de détenir l'intéressé faisait l'objet du contrôle. Les demandeurs dans ces cas étaient des personnes qui contestaient le maintien en détention. Le

between the detained person and the Minister was simply whether the individual should be released or the detention continued. The individuals were not asking the ID to release them until some subsequent event. Once the individuals were released in subsequent detention reviews (and no judicial review commenced by the Minister), the only issue before the ID—whether detention should be continued—had completely disappeared. There was no live controversy.

[31] Thus, for the cases at bar, I conclude that the matter is not moot and should be considered by this Court.

VII. Standard of Review

[32] In general, detention review decisions are fact-based decisions which attract deference; the standard of review is reasonableness. For questions of law, the standard of review is correctness (see, for example, *Panahi-Dargahloo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1114, 357 F.T.R. 9, at paragraphs 21–22; *Walker v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 392, 210 C.R.R. (2d) 79, at paragraphs 23–26).

[33] On the standard of reasonableness, the member's decision should stand unless the reasoning process was flawed and the resulting decision falls outside the range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47).

[34] When applying the standard of correctness, a reviewing court shows no deference to the decision-maker's reasoning process. After undertaking its own analysis of the question, the Court will either agree or disagree with the conclusion of the ID. Where it

litige entre la personne détenue et le ministre portait simplement sur la question de savoir si cette personne devait être mise en liberté ou si sa détention devait être maintenue. Les intéressés ne demandaient pas à la SI de prononcer leur mise en liberté jusqu'à la réalisation d'un événement ultérieur. Une fois les intéressés mis en liberté à l'occasion de contrôles ultérieurs des motifs de détention (et en l'absence d'un contrôle judiciaire institué par le ministre), l'unique question dont était saisie la SI — celle de savoir si la détention devait être maintenue — ne se posait absolument plus. Il n'y avait pas de litige actuel.

[31] C'est pourquoi en l'espèce je conclus que la question n'est pas théorique et que la Cour devrait l'examiner.

VII. La norme de contrôle

[32] En règle générale, les décisions concernant le contrôle des motifs de détention sont des décisions fondées sur des faits qui commandent la retenue : la norme de contrôle est la norme de la raisonabilité. S'agissant des questions de droit, la norme de contrôle est la norme de la décision correcte (voir par exemple, *Panahi-Dargahloo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 1114, aux paragraphes 21 et 22; *Walker c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 392, aux paragraphes 23 à 26).

[33] Selon la norme de la raisonabilité, la décision du commissaire devrait être maintenue à moins que le raisonnement n'ait été vicié et que la décision en découlant n'appartienne pas aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 47).

[34] La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte n'acquiesce pas au raisonnement du décideur. Après avoir entrepris sa propre analyse de la question, la Cour décidera si elle est d'accord ou non avec la conclusion de la SI. En cas de désaccord,

disagrees, the Court will substitute its own view and provide the correct answer (*Dunsmuir*, at paragraph 50).

la Cour substituera sa propre décision et rendra la décision qui s'impose (*Dunsmuir*, au paragraphe 50).

VIII. Analysis of Issues

A. *Issue No. 1: Did the member err by failing to limit his review under paragraph 58(1)(d) to an assessment of the reasonableness of the Minister's efforts to establish identity?*

[35] The Minister submits that, instead of limiting himself to ensuring that the Minister was conducting an ongoing investigation in good faith, as required by paragraph 58(1)(d) of IRPA, the member erred by: (a) shifting the onus of establishing identity onto the Minister; (b) dictating how the Minister should conduct his investigation; and, (c) making the determination that identity was in fact established.

[36] As reflected in subsection 58(1) of IRPA, Parliament has made it clear that there is a presumption that a detainee is to be released, except in defined situations. One of those specific exceptions is a lack of identity. From the words of paragraph 58(1)(d), it is obvious that Parliament has identified a lack of confirmed identity as a separate ground for detention. More than this, the ID is directed on how it is to consider the question of identity. It is not the opinion of the ID that is determinative; rather the focus is on the Minister's opinion. To continue detention under this provision, the ID need only be "satisfied" that the Minister's "opinion" meets the requirements of paragraph 58(1)(d) of IRPA.

[37] Paragraph 58(1)(d) begins with the requirement that the Minister be of the opinion that identity of the foreign national has not been, but may be, established. From the words that follow, however, it is evident that a simple opinion based on lack of proven identity is insufficient to support continued detention. There are two different situations where the Minister's opinion will warrant continued detention:

VIII. L'analyse des questions en litige

A. *Première question : Le commissaire a-t-il commis une erreur en ne limitant pas son examen fondé sur l'alinéa 58(1)d) à une évaluation du caractère valable des efforts du ministre pour établir l'identité des défendeurs?*

[35] Le ministre prétend que le commissaire, au lieu de limiter son examen pour s'assurer que le ministre poursuivait une enquête de bonne foi comme l'exige l'alinéa 58(1)d) de la LIPR, a commis une erreur : a) en déplaçant le fardeau d'établir l'identité des défendeurs pour l'imposer au ministre; b) en dictant la manière dont le ministre devrait mener son enquête; c) en décidant que l'identité était en effet établie.

[36] Comme l'indique le paragraphe 58(1) de la LIPR, le législateur a indiqué clairement qu'il existe une présomption selon laquelle le détenu doit être mis en liberté, sauf dans des situations précises. L'une de ces situations précises est l'absence d'identité. Il ressort de façon évidente du libellé de l'alinéa 58(1)d) que le législateur a retenu l'absence de confirmation d'identité comme motif distinct de détention. Qui plus est, la LIPR dicte à la SI la manière dont elle doit examiner la question de l'identité. L'opinion de la SI n'est pas déterminante; l'importance est plutôt donnée à l'opinion du ministre. Pour maintenir la détention en vertu de cette disposition, la SI n'a qu'à faire la « preuve » que le ministre « estime » que les critères prévus à l'alinéa 58(1)d) de la LIPR sont remplis.

[37] L'alinéa 58(1)d) *in limine* prévoit que le ministre doit estimer que si l'identité de l'étranger n'a pas été prouvée, elle peut l'être. Il ressort toutefois de façon évidente des termes qui suivent qu'une simple opinion fondée sur l'absence de preuve d'identité est insuffisante pour étayer le maintien de la détention. Il existe deux situations différentes dans lesquelles l'opinion du ministre justifiera le maintien de la détention :

1. if the foreign national has not reasonably cooperated by providing relevant information to establish identity; or

2. the Minister is making reasonable efforts to establish identity.

[38] What then is the task of the ID when considering whether detention should be continued where the Minister raises the issue of identity? It appears to me that the first step of the analysis is simple; all that is required is a statement from the Minister that identity has not been established but that it may (or could) be. The second job of the ID will depend on the facts of each case, as put forward by the Minister. The Minister may present evidence that the foreign national has not “reasonably cooperated”, in which case the ID will assess whether the evidence demonstrates that the foreign national has not “reasonably cooperated” by putting forward relevant information for the purpose of establishing their identity. In the alternative scenario, the Minister may present evidence to show that he is making reasonable efforts to establish identity. In this case, the ID will examine the evidence to see whether the efforts to establish identity are “reasonable”. It is not for the ID to establish identity; rather, the role of the ID is to assess whether the Minister is doing his job in establishing identity. If the ID is satisfied that the efforts are reasonable or that the foreign national has not “reasonably cooperated”, the grounds for detention, pursuant to paragraph 58(1)(d), are established.

[39] In the cases of B046 and B047, at the detention review in question, the Minister asserted that detention should continue because: (a) identity had not been, but may be, established; and (b) that he was making reasonable efforts to establish their identity. In this context, the mandate of the member was to assess the reasonableness of the Minister’s efforts to establish identity.

[40] The member, at several points in his decision, appears to have agreed that the Minister was taking

1. l’étranger n’a pas raisonnablement coopéré en fournissant au ministre des renseignements utiles pour établir son identité;

2. le ministre fait des efforts valables pour établir l’identité de l’étranger.

[38] En quoi consiste alors la tâche de la SI lorsqu’elle examine la question de savoir si la détention devrait être maintenue dans les cas où le ministre soulève la question de l’identité? Il me semble que la première étape de l’analyse est simple : tout ce qui est nécessaire est une déclaration du ministre selon laquelle l’identité n’a pas été prouvée mais qu’elle peut (ou pourrait) l’être. La deuxième tâche de la SI sera fonction des faits de chaque affaire telle que présentée par le ministre. Le ministre peut présenter des éléments de preuve indiquant que l’étranger n’a pas « raisonnablement coopéré », auquel cas la SI évaluera si les éléments de preuve démontrent que l’étranger n’a pas « raisonnablement coopéré » en fournissant des renseignements utiles pour établir son identité. Selon l’autre scénario, le ministre peut présenter des éléments de preuve pour montrer qu’il fait des efforts valables pour établir l’identité de l’étranger. Dans ce cas, la SI examinera les éléments de preuve pour vérifier si les efforts faits pour établir l’identité de l’étranger sont « valables ». Il n’appartient pas à la SI d’établir l’identité d’un étranger; son rôle consiste plutôt à évaluer si le ministre a accompli son travail visant à établir l’identité de l’étranger. Si la SI croit que les efforts sont valables ou que l’étranger n’a pas « raisonnablement coopéré », les motifs de détention, prévus à l’alinéa 58(1)d), sont établis.

[39] Dans les cas de B046 et de B047, lors du contrôle des motifs de détention en cause, le ministre a fait valoir que la détention devrait être maintenue pour les raisons suivantes : a) l’identité n’avait pas été établie, mais pouvait l’être; b) il faisait des efforts valables pour établir l’identité des défendeurs. Dans ce contexte, le mandat du commissaire consistait à évaluer le caractère valable des efforts du ministre pour établir l’identité des défendeurs.

[40] À plusieurs endroits dans sa décision, le commissaire semble convenir que le ministre prenait des

reasonable steps to establish their identity. However, when read in its entirety, it is obvious that the member does not accept the reasonableness of the Minister's efforts. The member questions the need for many of the actions of the Minister. For example, the member states the following:

I have about 14 years of experience as an immigration adjudicator and I would say that in this case — in these cases — the Minister has raised the bar on what will satisfy him with respect to the identity of persons on the *MV Sun Sea* The method of arrival, that is by ship, seems to have struck a nerve and led to the Minister requiring or setting this higher standard.

[41] The member then goes on to describe how, in the past, the Minister has treated individual Tamil refugee claimants arriving by air and how, in those cases, the Minister has recommended release without the need for a secondary review of identity documents. The member also comments directly on the possible explanations for the lamination problems. In other words, the member would have been satisfied with the identity documents of B046 and B047. The member is saying, in effect, that he does not believe that the extra steps are reasonable because the Minister has never done it that way before. By contrasting the investigative steps in earlier cases, the member is substituting his own view of what ought to have satisfied the Minister for the cases at bar. The problem is that this goes beyond the mandate of the member, as set out in paragraph 58(1)(d) of IRPA. The member is not assessing whether the steps were reasonable or unreasonable; rather, he is deciding whether the steps were correct.

[42] It is difficult to assess what role this analysis played in the member's decision that B046 and B047 should be released. Had the member been less critical of the Minister's actions on the question of identity, would he have given the lack of identity more weight in his application of subsection 58(1) of the IRPA? I am unable to answer that question. In the circumstances, I conclude

mesures valables pour établir l'identité des défendeurs. Cependant, il ressort manifestement de l'ensemble de la décision que le commissaire n'accepte pas le caractère valable des efforts du ministre. Le commissaire met en doute la nécessité de plusieurs mesures prises par le ministre. À titre d'exemple, le commissaire déclare ce qui suit :

[TRADUCTION] Je compte environ 14 ans d'expérience en qualité d'arbitre de l'immigration et je dirais que dans ce cas-ci — dans ces cas-ci — le ministre a resserré les exigences relativement à ce qui le convaincrait concernant l'identité des personnes à bord du *MV Sun Sea* [...] Le moyen employé pour entrer au Canada, à savoir par bateau, semble avoir touché un point sensible et amené le ministre à exiger ou à établir cette norme plus élevée.

[41] Le commissaire décrit ensuite comment, dans le passé, le ministre a traité les demandeurs d'asile tamouls qui arrivaient par avion et comment, dans ces cas, le ministre avait recommandé la mise en liberté sans la nécessité d'un deuxième examen des pièces d'identité. Le commissaire fait également des remarques directement sur les explications possibles concernant le problème de plastification. En d'autres termes, le commissaire se serait satisfait des pièces d'identité de B046 et de B047. Concrètement, le commissaire dit qu'il ne croit pas que les mesures supplémentaires soient valables parce que le ministre n'a jamais agi de cette façon auparavant. En faisant une comparaison avec les mesures d'enquête dans des affaires antérieures, le commissaire substitue sa propre décision de ce qui aurait dû satisfaire le ministre dans la présente affaire. Le problème est que cette substitution va au-delà du mandat du commissaire, selon l'alinéa 58(1)d) de la LIPR. Le commissaire n'évalue pas la question de savoir si les mesures étaient valables : il se prononce plutôt sur la question de savoir si les mesures prises étaient convenables.

[42] Il est difficile d'évaluer le rôle que cette analyse a joué dans la décision du commissaire de mettre en liberté B046 et B047. Si le commissaire avait moins critiqué les mesures prises par le ministre à l'égard de la question de l'identité, aurait-il accordé plus de poids à l'absence d'identité dans son application du paragraphe 58(1) de la LIPR? Je ne suis pas en mesure de

that the member's analysis was so problematic as to constitute a reviewable error.

B. *Issue No. 2: Did the ID fail to provide "clear and compelling reasons" for departing from the ID's previous decision to continue detention?*

[43] The decision under review was the outcome of the third detention review hearing for each of B046 and B047. Detention had been continued for B046 on August 18 and August 24 and for B047 on August 18 and August 25.

[44] If a member of the ID chooses to depart from prior decisions to detain an individual, the member must set out "clear and compelling reasons" for doing so and must deal with those earlier decisions in a meaningful way (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham*, 2004 FCA 4, [2004] 3 F.C.R. 572 (*Thanabalasingham*); *Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) v. Iyile*, 2009 FC 700, 348 F.T.R. 12, at paragraphs 34–37; *Sittampalam v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 1352).

[45] As pointed out in the jurisprudence, the record in detention reviews is built up on a continuous basis from one review to the next. The Court of Appeal provided guidance on what is required if a member departs from the earlier review, in *Thanabalasingham*, above, at paragraphs 11 to 13:

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

The best way for the member to provide clear and compelling reasons would be to expressly explain what has given

répondre à cette question. Dans les circonstances, je conclus que l'analyse du commissaire soulevait de nombreux problèmes et qu'elle constitue une erreur susceptible de contrôle.

B. *Deuxième question : Le commissaire a-t-il omis de fournir des « motifs clairs et convaincants » pour s'écarter des décisions antérieures de la SI de maintenir la détention?*

[43] La décision faisant l'objet du contrôle était l'issue de la troisième audience de contrôle des motifs de détention à la fois à l'égard de B046 et de B047. La détention a été maintenue pour B046 les 18 et 24 août et l'a été pour B047, les 18 et 25 août.

[44] Si un commissaire de la SI choisit de s'écarter de décisions antérieures de détenir une personne, il doit fournir des « motifs clairs et convaincants » pour ce faire et il doit mentionner ces décisions de manière significative (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Thanabalasingham*, 2004 CAF 4, [2004] 3 R.C.F. 572 (*Thanabalasingham*); *Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) c. Iyile*, 2009 CF 700, aux paragraphes 34 à 37; *Sittampalam c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 1352).

[45] Comme le souligne la jurisprudence, le dossier des contrôles des motifs de détention est monté de façon continue d'un contrôle au contrôle suivant. Dans l'arrêt *Thanabalasingham*, précité, la Cour d'appel a fourni aux paragraphes 11 à 13 des directives sur les éléments nécessaires dans le cas où un commissaire s'écarte du contrôle antérieur :

Par exemple, l'admission de nouveaux éléments de preuve pertinents constituerait un fondement valable pour aller à l'encontre d'une décision antérieure ordonnant la détention. Subsidiairement, une nouvelle évaluation des éléments de preuve antérieurs fondée sur de nouvelles prétentions peut également être suffisante pour aller à l'encontre d'une décision antérieure.

La meilleure façon pour le commissaire de fournir des motifs clairs et convaincants serait d'expliquer précisément ce qui a

rise to the changed opinion, i.e. explaining what the former decision stated and why the current member disagrees.

However, even if the member does not explicitly state why he or she has come to a different conclusion than the previous member, his or her reasons for doing so may be implicit in the subsequent decision. What would be unacceptable would be a cursory decision which does not advert to the prior reasons for detention in any meaningful way.

[46] Within this framework, I turn to the decision in issue. What had changed since the previous decision? What was the same? What reasons did the member provide for departing from the earlier decision?

[47] The changes were as follows:

- another month had passed; B046 and B047 had now been in detention for 33 days;
- the Minister had received the report that the NIC of B046 showed evidence that the document had been re-laminated; and
- B046 claimed to have a brother in Canada prepared to post a \$1 000 bond.

[48] The facts or circumstances that had not changed were the following:

- the evidence with respect to authenticity of documents from Sri Lanka had not changed;
- the Minister had confirmation that the NIC of B047 had not been altered—on its face, it was a valid NIC;
- the Minister had not completed the second phase of the document verification that was intended to address the question of whether the NICs were fraudulently issued; and
- the Minister continued to take steps to establish identity.

entraîné la nouvelle conclusion, c'est-à-dire expliquer ce que la décision antérieure énonçait et les raisons pour lesquelles il a tiré une conclusion contraire.

Cependant, même si le commissaire n'énonce pas explicitement les raisons pour lesquelles il a tiré une conclusion différente de celle tirée par le commissaire antérieur, il peut le faire de façon implicite dans ses motifs de la décision subséquente. Ce qui serait inacceptable serait une décision rendue hâtivement sans qu'il soit fait mention d'une manière significative des motifs antérieurs de la détention.

[46] C'est dans ce cadre que j'examinerai la décision en cause. Qu'est-ce qui avait changé depuis la décision antérieure? Quels éléments étaient les mêmes? Quels motifs le commissaire a-t-il fournis pour s'écarter de la décision antérieure?

[47] Les changements étaient les suivants :

- un autre mois s'était écoulé; B046 et B047 étaient maintenant détenus depuis 33 jours;
- le ministre avait reçu un rapport précisant que la CIN de B046 montrait des signes que le document avait été plastifié de nouveau;
- B046 alléguait avoir un frère au Canada qui était disposé à déposer une caution de 1 000 \$.

[48] Les faits ou les circonstances qui n'avaient pas changé étaient les suivants :

- la preuve concernant l'authenticité des documents du Sri Lanka n'avait pas changé;
- le ministre avait eu la confirmation que la CIN de B047 n'avait pas été modifiée; à première vue, il s'agissait d'une CIN valide;
- le ministre n'avait pas terminé la deuxième étape de la vérification des documents consistant à examiner si les CIN avaient été délivrées de façon frauduleuse;
- le ministre continuait à prendre des mesures pour établir l'identité des défendeurs.

[49] In the earlier decisions, the ID had concluded that continued detention was appropriate. In essence, nothing of substance had changed from the earlier detention reviews. The need for a secondary analysis of the identity documents was before the members in those reviews and was before this member. The process for such verification was outlined to the member, and had not changed since the earlier reviews. The Minister, while unable to provide definitive timelines at this hearing, clearly outlined the steps that were being taken. As acknowledged by the member, the Minister “committed to providing timelines at the next detention review”. If anything, the discovery of tampering with B046’s NIC presented a stronger argument for continued detention. An offer of a bond from a “brother” may not be a changed circumstance when identity has not been established.

[50] Nowhere in his decision does the member acknowledge or discuss these earlier detention review decisions. By failing to provide “clear and compelling reason” (or any reasons) to depart from the ID’s prior decisions, the member committed a reviewable error (see *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Li*, 2008 FC 949, 331 F.T.R. 68, at paragraph 99).

C. *Issue No. 3: Did the member misconstrue section 248 of the Regulations?*

[51] The third issue raised by this judicial review is whether the ID misconstrued section 248 of the Regulations. While his decision is not as clear as it could be and incorporates some language that suggests otherwise, I do not conclude that the member erred in his approach to section 248.

[52] Paragraph 244(c) of the Regulations requires that the factors set out in Part 14 of the Regulations be taken into consideration when assessing “whether a person ...

[49] Dans les décisions antérieures, la SI avait conclu que le maintien en détention s’imposait. Essentiellement, aucun élément important n’avait changé depuis les contrôles antérieurs des motifs de détention. La nécessité d’une deuxième analyse des pièces d’identité avait été présentée aux commissaires lors de ces contrôles et a été présentée à ce commissaire-ci. Le processus d’une telle vérification a été expliqué au commissaire et n’avait pas changé depuis les contrôles antérieurs. Le ministre n’était pas en mesure de fournir des délais précis à l’occasion de cette audience, mais il a clairement décrit les mesures qui étaient prises. Comme l’a reconnu le commissaire, le ministre [TRADUCTION] « s’est engagé à prévoir des délais à l’occasion du prochain contrôle des motifs de détention ». La découverte de la modification de la CIN de B046 présentait un solide argument en faveur du maintien en détention. L’offre d’un cautionnement de la part d’un [TRADUCTION] « frère » peut ne pas constituer un changement de circonstances lorsque l’identité n’a pas été établie.

[50] Nulle part dans sa décision le commissaire ne reconnaît-il les décisions antérieures des contrôles des motifs de la détention, ni ne les analyse-t-il. En ne fournissant pas des « motifs [...] clair[s] et convaincant[s] » (ou quelque motif que ce soit) pour s’écarter des décisions antérieures de la SI, le commissaire a commis une erreur susceptible de contrôle (voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Li*, 2008 CF 949, au paragraphe 99).

C. *Troisième question : Le commissaire a-t-il mal interprété l’article 248 du Règlement?*

[51] La troisième question que soulève le présent contrôle judiciaire est celle de savoir si la SI a mal interprété l’article 248 du Règlement. Bien que sa décision ne soit pas tout à fait claire et qu’elle comporte certains éléments qui pourraient laisser croire le contraire, je ne crois pas que le commissaire a commis une erreur dans son application de l’article 248.

[52] L’alinéa 244c) du Règlement exige que les critères énoncés dans la partie 14 du Règlement soient pris en compte lors de l’appréciation « de la question de

is a foreign national whose identity has not been established.” The specific factors in respect of identity are listed in subsection 247(1) of the Regulations.

[53] If—and only if—it is determined that there are grounds for detention, section 248 of the Regulations becomes relevant. The ID is instructed to consider five different factors before it concludes whether the person should be detained or released.

[54] The purpose of section 248 is to address the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) issues that can arise from an indeterminate detention. The factors in section 248 were first articulated in *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214 (T.D.) (*Sahin*), at pages 230–231, affd (1995), 184 N.R. 354 (F.C.A.). In that decision, Justice Rothstein (as he was then) commented that detention decisions must be made with section 7 of the Charter in mind. Justice Rothstein outlined a list of factors that were to be taken into account. Justice Rothstein emphasized that the amount of time that is anticipated until a final decision on whether the affected person would remain in Canada was a consideration that “deserves significant weight” (*Sahin*, above, at page 231). When the current Regulations came into force on June 28, 2002, Justice Rothstein’s “list” of considerations formed—almost verbatim—the content of section 248.

[55] Provided that the ID addresses all of the factors and has regard to the evidence before it in assessing the factors in section 248, this Court should be reluctant to intervene in the ID’s decision to release or detain.

[56] In this case, the Minister argues that the member treated the alternatives to detention, pursuant to paragraph 248(e) of the Regulations, as determinative. I do not agree. The member clearly directed his mind to all of the factors of section 248. Specifically, the member acknowledges that the reason for detention was identity,

savoir si l’intéressé est un étranger dont l’identité n’a pas été prouvée ». Les critères précis relatifs à l’identité sont énumérés au paragraphe 247(1) du Règlement.

[53] Si — et seulement si — des motifs de détention existent, l’article 248 du Règlement devient pertinent. La SI a pour directive de prendre en compte cinq critères différents avant de conclure si l’intéressé devrait être détenu ou mis en liberté.

[54] L’article 248 vise à répondre aux questions liées à la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte), qui peuvent découler d’une détention indéterminée. Les critères de l’article 248 ont tout d’abord été formulés dans la décision *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1^{re} inst.) (*Sahin*), aux pages 230 et 231, conf. par [1995] A.C.F. n° 881 (C.A.) (QL). Dans cette décision, le juge Rothstein (maintenant juge à la Cour suprême du Canada) a indiqué que les décisions de détenir des personnes sont subordonnées aux prescriptions de l’article 7 de la Charte. Le juge Rothstein a fourni une liste de critères qui devaient être pris en compte. Il a insisté sur le fait que le temps qui se passera avant que l’on décide de façon définitive si la personne visée peut rester au Canada était un facteur qui « doit peser lourd dans la balance » (*Sahin*, précité, à la page 231). Lorsque le Règlement actuel est entré en vigueur le 28 juin 2002, la « liste » des facteurs du juge Rothstein faisait partie, presque intégralement, du texte de l’article 248.

[55] Dans la mesure où la SI traite de tous les facteurs et tient compte des éléments de preuve qui lui ont été présentés lorsqu’elle évalue les critères prévus à l’article 248, la Cour devrait hésiter à intervenir dans la décision de mise en liberté ou de détention de la SI.

[56] En l’espèce, le ministre soutient que le commissaire a considéré les solutions de rechange à la détention, conformément à l’alinéa 248e) du Règlement, comme étant déterminantes. Je ne suis pas d’accord. Le commissaire s’est clairement penché sur tous les critères de l’article 248. Plus précisément, le commissaire a reconnu

and that “identity is fundamental to immigration processing in Canada”. While observing that the length of detention has been “relatively short”, he notes that:

... the migration integrity officer investigation is currently without timelines and, by logic, would likely be a very long process because of the sheer volume of documents that will need to be assessed. Potentially [B046 and B047] could face a long period in detention. It’s unpredictable at this time, although I acknowledge that the Minister is committed to providing timelines at the next detention review.

[57] Finally, the member reviewed the alternatives to detention, concluding that:

In the circumstances of these cases, with two young children, solid Canadian reception, continued detention, despite the opinion of the Minister with respect to identity and the reasonableness of its efforts, seems unnecessary and there exists an alternative to detention that I consider will be effective and appropriate in these circumstances.

[58] The member gave considerable weight to the length of the detention and to the lack of any reasonable estimate as to how long it would take the Minister to complete the document verification. He did not err in doing so; *Sahin*, above, teaches that this is an important consideration. The Minister’s only response to the question of “how long” was that he would provide timelines at the next detention review. The fact that the Minister was taking concrete, reasonable steps to establish the identities of B046 and B047 does not negate the fact that the Minister was unable to provide the member with any timelines. I might not have given as much weight to this factor; but, that, on its own, does not make the member’s decision unreasonable.

[59] The Minister posits that it is inconsistent with the scheme of IRPA to assess alternatives to detention if identity has yet to be determined. The Minister argues that, once detention is maintained on the ground of

que le motif de la détention était l’identité et que [TRADUCTION] « l’identité est essentielle au traitement des dossiers d’immigration au Canada ». Tout en soulignant que la durée de la détention avait été [TRADUCTION] « relativement courte », il indique ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] l’enquête de l’agent d’intégrité des mouvements migratoires ne comporte actuellement pas de délai et, logiquement, constituerait un très long processus ne serait-ce qu’en raison du volume de documents qui devront être évalués. [B046 et B047] pourraient potentiellement faire face à une longue période de détention. Celle-ci est imprévisible à ce moment-ci, bien que je reconnaisse que le ministre s’est engagé à fournir des délais à l’occasion du prochain contrôle des motifs de détention.

[57] Enfin, le commissaire a examiné les solutions de rechange à la détention et a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] Compte tenu des circonstances des présentes affaires, et considérant deux jeunes enfants et un accueil canadien ferme, le maintien en détention — malgré l’avis du ministre concernant l’identité et le caractère valable de ses efforts — ne semble pas nécessaire et il existe une solution de rechange à la détention qui, à mon avis, sera efficace et convenable dans les circonstances.

[58] Le commissaire a accordé un poids considérable à la durée de la détention et à l’absence de toute estimation raisonnable quant au délai que prendrait le ministre pour terminer la vérification des documents. Il n’a pas commis d’erreur à cet égard : *Sahin*, précité, enseigne qu’il s’agit d’un facteur important. La seule réponse du ministre à la question de la [TRADUCTION] « longueur du délai » était qu’il prévoirait des délais à l’occasion du prochain contrôle des motifs de détention. Le fait que le ministre prenait des mesures concrètes et valables pour établir l’identité de B046 et de B047 ne change rien au fait qu’il n’était pas en mesure de fournir des délais au commissaire. Je n’aurais peut-être pas accordé autant de poids à ce facteur, mais cet élément, en soi, ne rend pas la décision du commissaire déraisonnable.

[59] Le ministre avance qu’évaluer des solutions de rechange à la détention est incompatible avec le régime de la LIPR si l’identité n’est pas encore déterminée. Selon le ministre, une fois que la détention est maintenue

identity, the scheme of IRPA is clear that the ID cannot look at the question of alternatives to detention.

[60] I do not agree. All of the factors of section 248 are to be weighed. The Minister's interpretation of section 248 would have identity issues trump all other factors in section 248. The regulation is not drafted in that manner and the scheme of IRPA does not require such an interpretation.

[61] I acknowledge that identity should be a very important consideration. However, while a lack of identity is obviously an important consideration for a section 248 analysis, it does not mean that the ID may not consider alternatives to detention. Indeed, subsection 58(1) of IRPA requires the ID to take into account the prescribed factors. "[A]lternatives to detention" is listed as a factor under section 248 of the Regulations. There is no exception for an identity question under paragraph 58(1)(d).

[62] The Minister also argues that, in determining appropriate conditions of release, the member placed undue emphasis on the bond given by B046's alleged brother. The Minister submits that, in the absence of B046 having established his identity, it was unreasonable for the member to rely on a bond from a person whose link to B046 has not been established. I agree that the words used by the member in this regard seem to make an assumption of identity for B046 that has not yet been established. If B046's identity is not established, how can the member be certain that the proposed bondsman is a brother of B046? However, I do not see this as a material concern. While the exact relationship between B046 and the bondsman may be unproven, the fact is that someone with a connection with B046 and B047 was prepared to post what the member described as a "relatively nominal bond in the form of a guarantee". As I read the member's decision in this regard, I do not believe that much, if any, weight was placed on the relationship of B046 to the bondsman.

pour des raisons d'identité, il ressort clairement du régime de la LIPR que la SI ne peut pas examiner les solutions de rechange à la détention.

[60] Je ne suis pas d'accord. Tous les critères de l'article 248 doivent être appréciés. Selon l'interprétation que fait le ministre de l'article 248, les questions d'identité l'emporteraient sur tous les autres critères de l'article 248. Le règlement n'est pas rédigé de cette manière et le régime de la LIPR n'exige pas une telle interprétation.

[61] Je reconnais que l'identité devrait être une considération très importante. Cependant, si l'absence d'identité est de toute évidence un facteur important dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article 248, elle ne signifie pas que la SI ne peut pas examiner des solutions de rechange à la détention. En effet, le paragraphe 58(1) de la LIPR exige que la SI tienne compte des facteurs réglementaires. Les « solutions de rechange à la détention » font partie des critères énumérés à l'article 248 du Règlement. Aucune exception n'est prévue pour une question d'identité en vertu de l'alinéa 58(1)d).

[62] Le ministre soutient également que pour déterminer les conditions de mise en liberté convenables, le commissaire a indûment insisté sur le cautionnement déposé par le frère de B046. Le ministre fait valoir que B046 n'ayant pas prouvé son identité, il était déraisonnable pour le commissaire de s'appuyer sur un cautionnement offert par une personne dont le lien avec B046 n'a encore pas été établi. Je conviens que les motifs utilisés par le commissaire à cet égard semblent présumer une identité pour B046 qui n'a pas encore été établie. Si l'identité de B046 n'est pas établie, comment le commissaire peut-il être certain que la caution proposée est le frère de B046? Je ne crois cependant pas qu'il s'agisse d'une préoccupation importante. Malgré l'absence de preuve établissant la nature exacte de la relation entre B046 et la caution, le fait est qu'une personne ayant un lien avec B046 et B047 était disposée à déposer ce que le commissaire a décrit comme étant un [TRADUCTION] « cautionnement relativement modeste sous forme de garantie ». En lisant la décision du commissaire à cet égard, je ne crois pas qu'un grand poids, s'il en est, a été accordé à la relation entre B046 et la caution.

[63] In view of the record before the member, I am not persuaded that he misconstrued section 248 of the Regulations. At times, in the decision, the member could have been more careful with his choice of language and could have provided a more complete analysis. However, when the decision is read as a whole, the member addressed and weighed each of the factors outlined in section 248 of the Regulations, as required.

[64] However, while the member approached section 248 properly, the underlying foundation of his analysis is flawed. Specifically, he did not accept the reasonableness of the Minister's efforts to assess identity and he failed to provide "clear and compelling" reasons for departing from the previous detention review decisions. Moreover, he appears to have substituted his own views of what was necessary to establish identity for that of the Minister's opinion. Accordingly, the decision ought not to stand. Had the member understood his role in assessing the reasonableness of the Minister's opinion on identity and had he turned his mind to the earlier detention review decisions, the outcome may have been different.

IX. Certified Question

[65] The Minister submits the following question for certification:

Can the Immigration Division find that there exists an alternative to detention and order the release of a foreign national from detention under paragraph 248(e) of the [Regulations], notwithstanding that the Immigration Division is satisfied that the Minister is of the opinion that the identity of a foreign national has not been established and that the Minister is making reasonable efforts to establish identity under s. 58(1)(d) of the [IRPA] and other factors under paragraph 248 of the [Regulations] weigh against release?

[66] The respondents propose the following, somewhat broader question:

To what extent, if any, is the Immigration Division authorized to release a foreign national whose continued detention

[63] Au regard du dossier que devait examiner le commissaire, je ne suis pas convaincue qu'il a mal interprété l'article 248 du Règlement. À certains moments dans la décision, le commissaire aurait pu être plus prudent dans le choix de ses mots et il aurait pu fournir une analyse plus complète. Cependant, compte tenu de l'ensemble de la décision, le commissaire a évalué et apprécié chacun des critères décrits à l'article 248 du Règlement, tel qu'il était requis de le faire.

[64] Or, le commissaire a certes bien appliqué l'article 248, mais le fondement sous-jacent de son analyse est vicié. Plus précisément, il n'a pas accepté le caractère valable des efforts du ministre pour évaluer l'identité des défendeurs et il n'a pas fourni des « motifs clairs et convaincants » justifiant son écart des décisions antérieures en matière de contrôle des motifs de détention. Il semble en outre avoir substitué sa propre opinion des éléments nécessaires pour établir l'identité des défendeurs à l'avis du ministre. En conséquence, la décision ne devrait pas être maintenue. Si le commissaire avait compris son rôle dans l'évaluation du caractère valable de l'avis du ministre concernant l'identité et s'il s'était penché sur les décisions antérieures en matière de contrôle des motifs de détention, l'issue aurait pu être différente.

IX. La question certifiée

[65] Le ministre a proposé la question suivante à des fins de certification :

[TRADUCTION] La Section de l'immigration peut-elle conclure qu'il existe une solution de rechange à la détention et ordonner la mise en liberté d'un étranger en vertu de l'alinéa 248e) du [Règlement], peu importe si la Section de l'immigration croit que le ministre estime que l'identité d'un étranger n'a pas été prouvée et qu'il fait des efforts valables pour établir l'identité de l'étranger en vertu de l'alinéa 58(1)d) de la [LIPR] et que d'autres critères prévus à l'article 248 du [Règlement] sont défavorables à la mise en liberté?

[66] Les défendeurs ont proposé la question un peu plus large suivante :

[TRADUCTION] Dans quelle mesure, le cas échéant, la Section de l'immigration est-elle autorisée à prononcer la

is sought pursuant to s. 58(1)(d) of the *IRPA* where the Minister is of the opinion that the identity of the foreign national has not been but may be established?

[67] The problem with the certification of either question is that the answer is not dispositive of this judicial review. As I have concluded, the member's decision is flawed in two different ways. First, the ID failed to have regard to the earlier detention decisions for B046 and B047. Secondly, the ID improperly substituted its view of what was necessary to establish identity for that of the Minister's opinion. Thus, any question with respect to the correct meaning and application of section 248 of the Regulations would not be determinative.

X. Conclusion

[68] For these reasons, the judicial review applications will be allowed, the decisions and the orders of the member with respect to B046 and B047 will be set aside and the matters sent back to the ID for redetermination. No question of general importance will be certified.

[69] On a final note, I wish to direct some comments to the ID. When leave is granted in an application for judicial review, an order of the Court is issued pursuant to rule 14 [as am. by SOR/98-235, s. 8(F)] of the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 [as am. by SOR/2005-339, s. 1] (the Rules). A copy of the order is sent to the Tribunal—in this case, the ID—who is required to send a copy of the certified tribunal record (CTR) to the Court and the parties (sub-rule 14(4)). The CTR should include all material that was before the decision maker. Without the entire record, the parties and this Court are at serious disadvantage in ensuring that justice is done. In the case of a detention review decision, the CTR should include any previous decisions on detention reviews and the material that relates to those decisions. In the cases of B046 and B047, the CTR initially provided was deficient; this created significant problems in the judicial review. It would be helpful, I believe, if counsel for the ID could

mise en liberté d'un étranger dont le maintien en détention est sollicité en vertu de l'alinéa 58(1)d) de la LIPR dans le cas où le ministre estime que l'identité de l'étranger n'a pas encore été prouvée mais peut l'être?

[67] La certification de l'une ou l'autre question pose problème parce que la réponse n'est pas déterminante quant à l'issue du présent contrôle judiciaire. Comme je l'ai conclu, la décision du commissaire est viciée de deux façons différentes. Premièrement, la SI n'a pas pris en compte les décisions antérieures concernant la détention de B046 et B047. Deuxièmement, la SI a substitué à tort son opinion des éléments nécessaires pour établir l'identité des défendeurs à l'avis du ministre. En conséquence, toute question concernant le sens exact et la bonne application de l'article 248 du Règlement ne serait pas déterminante.

X. Conclusion

[68] Pour ces motifs, les demandes de contrôle judiciaire seront accueillies, les décisions et les ordonnances du commissaire concernant B046 et B047 seront annulées et les affaires seront renvoyées à la SI pour nouvelle décision. Aucune question de portée générale ne sera certifiée.

[69] Pour terminer, je désire adresser certaines observations à la SI. Lorsque la Cour accorde une demande d'autorisation de contrôle judiciaire, elle rend une ordonnance conformément à la règle 14 [mod. par DORS/98-235, art. 8(F)] des *Règles des cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 [mod. par DORS/2005-339, art. 1] (les Règles). Une copie de l'ordonnance est transmise au tribunal — en l'espèce, la SI — qui est tenu d'envoyer une copie du dossier certifié du tribunal (DCT) à la Cour et aux parties (paragraphe 14(4)). Le DCT devrait comporter tous les documents qui avaient été présentés au décideur. En l'absence d'un dossier complet, les parties et la Cour se trouvent en situation de désavantage grave pour faire en sorte que justice soit rendue. Dans le cas d'une décision à l'égard d'un contrôle des motifs de détention, le DCT devrait inclure toutes les décisions à l'égard des contrôles des motifs de la détention et les documents qui se rapportent à ces décisions. Dans les

consult with counsel for the parties to these proceedings to ensure that, going forward, CTRs are compiled in a manner that is more helpful and complete.

cas de B046 et B047, le DCT fourni au départ était incomplet, créant ainsi d'importants problèmes pour le contrôle judiciaire. Il serait utile, à mon avis, que l'avocat de la SI consulte l'avocat des parties à l'instance pour s'assurer qu'à l'avenir les DCT soient montés d'une manière plus utile et plus complète.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. the decisions and the release or imposition of terms and conditions orders of the member of the ID dated September 15, 2010, in respect of B046 and B047 are quashed and the matters are referred back to the ID for redetermination; and
2. no question of general importance is certified.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. les décisions et les ordonnances de mise en liberté ou imposant des conditions du commissaire, rendues par la SI le 15 septembre 2010 à l'égard de B046 et de B047, sont annulées et les affaires sont renvoyées à la SI pour nouvelle décision;
2. aucune question de portée générale n'est certifiée.