

**Date : 20090317**

**Dossier : A-642-08**

**Référence : 2009 CAF 85**

**CORMA : LA JUGE DESJARDINS  
LE JUGE LÉTOURNEAU  
LA JUGE TRUDEL**

**ENTRE :**

**LE MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION**

**appellant**

**et**

**DONG ZHE LI  
DONG HU LI**

**intimés**

Audience tenue à Vancouver (Colombie-Britannique), le 23 février 2009

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 17 mars 2009

**MOTIFS DU JUGEMENT :**

**LE JUGE LÉTOURNEAU**

**Y ONT SOUSCRIT :**

**LA JUGE DESJARDINS  
LA JUGE TRUDEL**

Date : 20090317

Dossier : A-642-08

Référence : 2009 CAF 85

**CORMA : LA JUGE DESJARDINS  
LE JUGE LÉTOURNEAU  
LA JUGE TRUDEL**

**ENTRE :**

**LE MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION**

**appellant**

**et**

**DONG ZHE LI  
DONG HU LI**

**intimés**

**MOTIFS DU JUGEMENT**

**LE JUGE LÉTOURNEAU**

[1] Par souci de commodité, j'insère une table des matières dans les présents motifs du jugement.

Table des matières

Paragraphe

Questions soulevées en appel	2
Les faits et la procédure	5
a) Faits concernant la détention des intimés	5

b) Chronologie des faits et de la procédure	28
c) Le borbier juridique dans lequel se retrouvent la Commission, la Cour fédérale et notre Cour pour se prononcer sur la légalité de la détention des intimés	30
La décision du 11 septembre 2008 de la Commission	46
Le jugement de la Cour fédérale	51
Analyse de la décision de la Commission et du jugement de la Cour fédérale	55
a) Existait-il un fait nouveau justifiant un réexamen de l'estimation précédente de la durée de la détention des intimés?	58
b) La durée anticipée du prolongement de la détention	64
c) Solutions de rechange à la détention	69
d) Autres moyens d'appel	80
e) La question certifiée	81
Conclusion	82

### **Questions soulevées en appel**

[2] Il s'agit d'un appel épineux qui illustre le dosage délicat auquel on est appelé à procéder lorsque des questions de criminalité, de détention de longue durée et de droits de la personne s'entrechoquent sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) et de la *Charte des droits et libertés* (la Charte).

[3] En droit canadien, les présumés criminels étrangers qui entrent au Canada ou y demeurent illégalement après l'expiration de leur statut de visiteur ont droit à la même protection constitutionnelle de la Charte que les citoyens canadiens et les résidents permanents (*Charkaoui c. Canada*, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 90). Dans le cas qui nous occupe, la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) était appelée à déterminer dans quels cas une détention légitime de longue durée

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

[4] La Cour fédérale a rejeté la demande présentée par l'appelant en vue d'obtenir le contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission avait ordonné la mise en liberté des intimés. Dans l'ordonnance qu'elle a prononcée le 29 décembre 2008, la Cour fédérale a certifié la question suivante:

Est-ce qu'une longue détention devient une détention « à durée indéterminée » et constitue, par conséquent, une violation de l'article 7 de la Charte lorsque le tribunal évalue la durée anticipée de la détention en fonction du fait qu'il s'attend à ce que le détenu se prévale de tous les recours offerts par la LIPR et le Règlement, notamment les instances devant la Cour fédérale?

D'où l'appel dont notre Cour est saisie et dans lequel, outre la question certifiée, l'appelant adresse les reproches suivants à la juge des requêtes :

- 1) la juge des requêtes n'a pas appliqué la bonne norme de contrôle;
- 2) elle a omis d'examiner la conclusion erronée de la Commission suivant laquelle il existait un fait nouveau justifiant le réexamen de l'estimation précédente de la durée de la détention des intimés ordonnée conformément aux mandats lancés en vertu de la LIPR;

- 3) elle a commis une erreur justifiant l’infirmité de sa décision en approuvant une conclusion de fait de la Commission qui était prématurée, spéculative, abusive et arbitraire au sujet de la détention des intimés;
- 4) elle a commis une erreur justifiant l’infirmité de sa décision en ne se demandant pas si la détention des intimés équivalait à une détention d’une durée indéterminée qui contrevenait à l’article 7 de la Charte;
- 5) elle a commis une erreur en jugeant que la Commission avait fourni des motifs clairs et convaincants pour justifier sa décision de s’écarter de sa décision antérieure suivant laquelle la surveillance électronique ne constituait pas une solution de rechange à la détention des intimés étant donné qu’elle ne réduirait pas suffisamment les risques qu’ils fuient.

### **Les faits et la procédure**

#### a) Faits concernant la détention des intimés

[5] Il n’est pas nécessaire de passer en revue les faits de manière détaillée. Mon résumé n’est toutefois pas aussi bref que je l’aurais souhaité en raison des multiples contrôles des motifs de détention. Dong Zhe Li et Dong Hu Li (les frères Li ou les intimés) font l’objet d’un mandat d’arrestation qui a été lancé par les autorités chinoises pour une présumée fraude relative à des instruments négociables qui est estimée à plus de 136 millions de dollars canadiens et dans laquelle on a perdu la trace de 100 millions de dollars canadiens (affidavit de R. Hyland, dossier

d'appel, vol. 1, page 50, au paragraphe 4). La présumée fraude impliquait le virement de fonds des comptes bancaires des entreprises victimes aux comptes bancaires contrôlés par les frères Li. Les virements étaient effectués avec l'aide d'un banquier chinois, M. Shan Gao, qui se trouve lui aussi présentement au Canada et qui fait l'objet d'une procédure en immigration.

[6] Les frères Li sont entrés illégalement au Canada le 31 décembre 2004. Ils ont obtenu des visas temporaires de visiteur d'une durée de six mois qui ont expiré le 30 juin 2005. Les mandats d'arrestation chinois ont été lancés le 24 janvier 2005. Les frères Li n'ont pas demandé le renouvellement de leur statut de visiteurs et ils sont demeurés sans autorisation au Canada.

[7] Après que l'existence des mandats d'arrestation décernés par les autorités chinoises eut été portée à l'attention des autorités canadiennes, l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) a établi en novembre 2006 des rapports déclarant que les frères Li étaient interdits de territoire au Canada au sens du paragraphe 29(2) et de l'alinéa 41a) de la LIPR. Le paragraphe 29(2) oblige le résident temporaire à avoir quitté le pays à la fin de la période de séjour autorisée. L'article 41 déclare interdit de territoire l'étranger qui contrevient à la LIPR.

[8] Les frères Li ont été arrêtés par les autorités canadiennes le 23 février 2007. Une mesure d'exclusion a été prise contre eux le 27 février 2007. Au même moment, on leur a fait savoir qu'ils pouvaient demander un examen des risques avant le renvoi (ERAR) (*idem*, au paragraphe 11). La demande a été faite en vertu du paragraphe 112(1) de la LIPR et du paragraphe 160(1) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement).

[9] Après leur arrestation, les frères Li ont été mis en détention. Le 2 mars 2007, à la reprise de l'audience sur le contrôle des motifs de détention du 26 février 2007 qui avait été reportée à la demande des intimés, la Commission a estimé que les frères Li se soustrairaient probablement à leur renvoi s'ils étaient mis en liberté. Ils ont par conséquent été maintenus en détention.

[10] Un contrôle des motifs de la détention des intimés a eu lieu le 9 mars, le 5 avril et le 23 avril 2007. Ces contrôles se sont soldés par la même décision que lors du premier contrôle.

[11] Le 6 juillet 2007, la Commission a ordonné le maintien en détention des frères Li. Elle a conclu qu'ils étaient des fuyards en puissance et que, s'ils étaient mis en liberté, ils se soustrairaient vraisemblablement à leur renvoi et tenteraient de se dérober aux autorités canadiennes (dossier d'appel, volume IV, page 731, paragraphes 14 à 25). Ils avaient eu en leur possession et avaient utilisé de fausses pièces d'identité qu'ils avaient déchirées peu de temps avant leur arrestation après avoir refusé d'ouvrir la porte de leur chambre d'hôtel aux policiers (*idem*, au paragraphe 26).

[12] Ainsi que la LIPR l'exige, il y a eu un nouveau contrôle des motifs de la détention tous les trente jours suivant le contrôle précédent (article 57). Le 7 août 2007, la Commission est une fois de plus arrivée à la même conclusion tout en signalant cette fois-ci que les frères Li risquaient une détention plus longue, mais pas une détention d'une durée indéterminée.

[13] Le 6 septembre 2007, le maintien en détention des intimés a été ordonné, car il n'y avait pas de nouveaux éléments de preuve ou de changement dans leur situation. Le contrôle qui a eu lieu le 4 octobre, le 30 octobre, le 27 novembre et le 20 décembre 2007 s'est soldé par la même décision.

[14] Dans sa décision du 10 janvier 2008, la Commission a estimé que la détention des frères Li se poursuivrait encore pour huit à dix mois jusqu'à ce qu'ils soient renvoyés. Cette estimation reposait sur l'hypothèse que les intimés se verraient refuser l'autorisation de demander le contrôle judiciaire de l'ERAR. Si l'estimation était juste, les intimés auraient été détenus en tout et partout pour une période de dix-huit (18) mois. Bien que la Commission ait qualifié cette période de temps de détention « de longue durée », elle estimait toujours que la surveillance électronique ne serait pas une mesure suffisante pour répondre aux risques d'évasion des intimés. Elle a donc confirmé l'ordonnance de détention.

[15] Aucun nouvel élément de preuve ou changement de situation n'ont été évoqués lors du contrôle des motifs de détention qui a eu lieu le 6 février, le 5 mars et le 2 avril 2008.

[16] Lors du contrôle des motifs de détention du 22 mai 2008, on a toutefois émis l'hypothèse qu'une décision d'ERAR favorable avait été rendue, ce qui signifiait que les frères Li seraient exposés à la torture s'ils étaient expulsés en Chine. J'emploie le mot « hypothèse », car aucune réponse claire n'a été donnée à l'époque. On croyait comprendre qu'une décision avait été rendue sans que le résultat soit connu, qu'une décision d'ERAR favorable avait été rendue ou encore qu'aucune décision d'ERAR n'avait été rendue.



[17] Le 11 juin 2008, la Commission a ordonné que les frères Li soient mis en liberté et qu'ils fassent l'objet d'une surveillance électronique au motif qu'ils risquaient désormais d'être détenus pour une période indéterminée en raison du nombre d'étapes qu'il leur restait à franchir pour achever le traitement de la demande d'ERAR.

[18] L'appelant a contesté l'ordonnance de mise en liberté en présentant une demande de contrôle judiciaire. Le 30 juin 2008, il a obtenu de la Cour fédérale un sursis à l'exécution des ordonnances de mise en liberté.

[19] Le 15 août 2008, la Cour fédérale a fait droit à la demande de contrôle judiciaire de l'appelant. Elle a annulé les ordonnances de mise en liberté et a exigé que l'on tienne compte de ses motifs lors du prochain contrôle des motifs de détention. Elle a également conclu qu'au moment où la Commission avait rendu sa décision, l'examen de la demande d'ERAR n'était pas encore achevé.

[20] Le 11 août 2008, les frères Li ont reçu signification d'un avis préliminaire d'ERAR suivant lequel il existait un risque qu'ils soient torturés s'ils retournaient en Chine. Cet avis reposait sur l'évaluation effectuée par un agent d'ERAR qui avait été transmise au représentant du ministre pour que ce dernier prenne une décision (dossier d'appel, vol. 1, aux pages 126 à 141).

[21] La lettre de divulgation du 11 août 2008, qui a été remise en mains propres aux intimés, déclare dans les termes les plus nets que le ministre a le pouvoir de rendre la décision finale. Les intimés ont été informés qu'ils avaient quinze (15) jours pour formuler par écrit leurs observations ou leurs arguments ou pour soumettre des éléments de preuve au ministre (*idem*, à la page 142). Elle rappelait aussi de façon non équivoque aux intimés que le ministre et son représentant [TRADUCTION] « ne sont pas liés par toute décision, évaluation ou recommandations antérieure » (*idem*). Il n'y a aucun doute, à mon avis, que l'évaluation préliminaire qui a été communiquée aux intimés n'était pas la décision finale sur la question et que les intimés le savaient.

[22] Lors du contrôle des motifs de détention du 28 août 2008, on a laissé entendre qu'une décision finale serait rendue au sujet de la demande d'ERAR à la mi-octobre 2008. On a également mentionné qu'on avait reçu de Chine des assurances au sujet de la peine de mort.

[23] La Commission a rendu sa décision le 11 septembre 2008. Elle a ordonné la mise en liberté des intimés sous surveillance électronique et a assorti cette mise en liberté de conditions supplémentaires. Cette décision est au cœur du présent appel et elle est résumée plus loin sous une rubrique différente.

[24] L'appelant a contesté la décision du 11 septembre 2008 en introduisant une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, qui a sursis, le 1<sup>er</sup> octobre 2008, à l'exécution de l'ordonnance de mise en liberté de la Commission.

[25] Dans l'intervalle, les frères Li ont saisi la Cour fédérale d'une requête visant à faire interdire au représentant du ministre d'examiner la demande d'ERAR tant qu'une décision ne serait pas rendue au sujet de la demande d'autorisation par laquelle ils contestaient le pouvoir du représentant de prendre une telle décision. La requête a été accueillie le 8 octobre 2008. La Cour a interdit au représentant du ministre d'examiner la demande d'ERAR en vertu de l'alinéa 113*d*) de la LIPR tant que la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire ne serait pas jugée sur le fond.

[26] La Cour fédérale a statué le 23 décembre 2008 sur la demande par laquelle l'appelant contestait la décision rendue le 11 septembre 2008 par la Commission. La demande de contrôle judiciaire de l'appelant a été rejetée. Le 29 décembre 2008, la Cour fédérale a certifié la question qui nous est maintenant soumise. Le même jour, le ministre a interjeté appel de la décision rendue par la Cour fédérale.

[27] Le 14 janvier 2009, le Juge en chef a sursis à l'exécution de l'ordonnance de mise en liberté et de la décision de la Cour fédérale jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue au sujet de l'appel ou jusqu'au contrôle suivant des motifs de la détention des intimés qui devait avoir lieu selon la loi. Des mesures ont été prises pour accélérer le déroulement de l'appel et de l'audience.

b) Chronologie des faits et de la procédure

[28] Nul ne conteste que les frères Li se sont battus et vont continuer à se battre avec acharnement contre toute décision qui leur est défavorable et qu'ils vont continuer à exercer

toutes et chacune des voies de recours qui leur sont ouvertes pour s'opposer à leur renvoi en Chine. La chronologie suivante des faits et de la procédure judiciaire illustre bien cette saga interminable. Dans le tableau qui suit, les lettres SI désignent la Section de l'immigration, DA, le dossier d'appel, MA, le mémoire de l'appelant et MI, le mémoire des intimés :

31 décembre 2004	Les intimés entrent au Canada	Motifs, p. 2
24 janvier 2005	La Chine lance un mandat d'arrestation visant l'intimé Dong Zhe Li	MA, p. 5; DA, vol. VII, onglet 86, p. 1408
6 février 2005	La Chine lance un mandat d'arrêt contre l'intimé Dong Hu Li	DA, vol. VII, onglet 86 p. 1391
30 juin 2005	Expiration des visas de visiteur des intimés	Motifs, p. 2
novembre 2006	Rapports d'interdiction de territoire établis en vertu de l'alinéa 36(1)c), de l'article 41 et du paragraphe 29(2) de la Loi	MA, par. 6
16 novembre 2006	Mandats d'arrêt lancés contre les intimés par les autorités de l'immigration	DA, vol. I, onglet 7, p. 51, par. 6
23 février 2007	Arrestation et détention des intimés	DA, vol. I, onglet 7, p. 51, par. 7; DA, vol. VI, onglet 84, pp. 1255-1256
	Rapport d'interdiction de territoire soumis au ministre	
26 février 2007	Fixation de la date du contrôle de la détention par la SI; ajournement au 2 mars 2007	DA, vol. V, onglet 62, p. 918
27 février 2007	Mesure d'exclusion prononcée contre les intimés, qui perdent leur droit de demander l'asile, ce qui les amène à introduire une demande de contrôle judiciaire.	DA, vol. I, onglet 7, p. 52, par. 8 et 9
2 mars 2007	Reprise du contrôle de la détention par la SI; maintien en détention	DA, vol. V, onglet 62, p. 926
9 mars 2007	Contrôle des motifs de détention après 7 jours par la SI; les intimés consentent à demeurer détenus	DA, vol. V, onglet 61, pp. 915-916

13 mars 2007	demande d'ERAR présentée et reportée à la demande des intimés en attendant l'issue de leur demande de contrôle judiciaire	MA, à la p. 13; DA, vol. I, onglet 7, p. 53
5 avril 2007 et 23 avril 2007	Contrôle de la détention par la SI; les intimés consentent à demeurer détenus	DA, vol. V, onglet 60, pp. 912-913; onglet 59, pp. 909-910
7 juillet 2007	Contrôle de la détention par la SI; maintien en détention	DA, vol. IV, onglet 52, pp. 728-739
11 juillet 2007	Autorisation de demander le contrôle judiciaire (concernant une requête en bref de <i>mandamus</i> visant à contraindre un agent à examiner la demande d'asile des intimés et la recevabilité de la demande d'asile)	IMM-2025-07, IMM-1027-07, MA, par. 17
9 août 2007	Contrôle de la détention par la SI; maintien en détention	DA, vol. III, onglet 48, pp. 605-621
6 septembre 2007	Contrôle de la détention par la SI; maintien en détention	DA, vol. III, onglet 47, pp. 600-604
21 septembre 2007	Rejet de la demande de contrôle judiciaire portant sur les mesures d'exclusion	2007 CF 941
4 et 30 octobre et 27 novembre 2007	Contrôle de la détention par la SI; maintien en détention	DA, vol. III, onglet 47, pp. 600-604; onglet 46, pp. 596-599; onglet 45, pp. 593-595
19 et 20 décembre 2007	Contrôle de la détention par la SI	DA, vol. III, onglet 43, pp. 542-587; onglet 42, pp. 527-540
10 janvier 2008	Contrôle de la détention par la SI; maintien en détention	DA, vol. III, onglet 37, pp. 467-476
6 février, 5 mars et 2 avril 2008	Contrôle de la détention par la SI; maintien en détention	DA, vol. III, onglet 36, pp. 464-466; onglet 35, pp. 456-463; onglet 34, pp. 453-455
7 et 22 mai 2008	Contrôle de la détention par la SI; éléments de preuve tendant à démontrer que les demandes d'ERAR ont été traitées en priorité	DA, vol. II, onglet 32, pp. 409-443; vol. III, onglet 30, pp. 372-397

11 juin 2008	Contrôle de la détention par la SI; ordonnance de mise en liberté assortie de conditions	DA, vol. II, onglet 29, p. 350-371
13 juin 2008	Dépôt par l'appelant d'une demande de contrôle judiciaire des ordonnances de mise en liberté	IMM-2682-08, IMM-2683-08
19 juin 2008	Contrôle de la détention par la SI; maintien des conditions de la mise en liberté	DA, vol. II, onglet 28, pp. 332-349; onglet 28, pp. 296-349
23 juin 2008	Dépôt par l'appelant d'une demande de contrôle judiciaire de la mise en liberté et requête en sursis à l'exécution des ordonnances de mise en liberté	IMM-2819-08, IMM-2820-08
30 juin 2008	Requête accueillie; sursis à l'exécution des ordonnances de mise en liberté	IMM-2819-08, IMM-2820-08
3 juillet 2008	Assurances demandées de la Chine au sujet de la question de la peine de mort	DA, vol. I, onglet 9, pp. 71 et 78; onglet 10
9 juillet 2008	L'appelant est autorisé à présenter une demande de contrôle judiciaire des ordonnances de mise en liberté. Réunion des instances sous le numéro IMM-2682-08	IMM-2682-08; 2008 CF 949, par. 5
11 août 2008	Avis de divulgation de l'évaluation d'ERAR et évaluation de la restriction signifiés aux intimés (par. 112(3) et al. 113 <i>d</i> (i))	DA, vol. I, onglets 12, pp. 126 et 142
15 août 2008	La Cour fédérale accueille la demande de contrôle judiciaire et annule les ordonnances de mise en liberté	2008 CF 949
26 août 2008	Demande d'autorisation et de contrôle judiciaire présentée par les intimés contre la décision [TRADUCTION] « de stopper les procédures entamées par le représentant du ministre pour déterminer s'ils constituent un danger pour le public au Canada » (sous-al. 113 <i>d</i> (i))	IMM-3787-08
11 septembre 2008	Contrôle des motifs de détention par la Section de l'immigration; ordonnance de mise en liberté	DA, vol. I, p. 21
12 septembre 2008	L'appelant dépose une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire	MA, p. 36

16 septembre 2008	Dépôt par les intimés d'une requête visant à interdire l'examen des demandes d'ERAR jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur demande d'autorisation	IMM-3786-08, IMM-3787-08
1 <sup>er</sup> octobre 2008	Sursis à l'exécution des ordonnances de mise en liberté	IMM-4038-08
8 octobre 2008	Il est fait droit à la requête des intimés visant à interdire l'examen des demandes d'ERAR	MA, p. 39; MI, p. 24; IMM-3786-08, IMM-3787-08
23 décembre 2008	Rejet de la demande de contrôle judiciaire; ordonnances de mise en liberté	IMM-4038-08, IMM-4039-08
29 décembre 2008	Certification d'une question grave de portée générale; Le ministre interjette appel	IMM-4038-08, IMM-4039-08
14 janvier 2009	La CAF sursoit à l'exécution des ordonnances de mise en liberté	2009 CAF 7

[29] Ces instances ont coûté très cher aux contribuables et elles ont eu une incidence sur la durée de la détention des intimés. Je passe maintenant au borbier juridique dans lequel se retrouvent la Commission, la Cour fédérale et notre Cour en ce qui concerne la question de la détention. Je vais ensuite résumer et analyser les décisions de la Commission et de la Cour fédérale.

c) Le borbier juridique dans lequel se retrouvent la Commission, la Cour fédérale et notre Cour pour se prononcer sur la légalité de la détention des intimés

[30] La Commission se plaint du fait que la tâche qui lui incombait de déterminer et de calculer en mois et en jours ce qui constitue une détention de longue durée acceptable n'a pas été facilitée par l'emploi de termes imprécis et vagues comme « détention prolongée », « détention d'une durée indéterminée », « renvoi non imminent » ou « ne se produira pas dans un délai

raisonnable » et « longue détention » par la Cour fédérale (dossier d'appel, volume 1, aux pages 26 et 27, décision du 11 septembre 2008).

[31] Lorsqu'elles se livrent à un tel exercice, la Commission, la Cour fédérale et notre Cour doivent composer avec plusieurs contraintes légales qui les entraînent dans des directions différentes, sinon opposées. La présente affaire illustre ce borbier juridique.

[32] Premièrement, la LIPR habilite l'ASFC à appliquer ses dispositions et, à cette fin, à arrêter et à détenir les ressortissants étrangers qui entrent ou demeurent illégalement au Canada. La LIPR offre par ailleurs aux ressortissants étrangers une foule de recours pour contester leur arrestation, leur détention, le refus du ministre de déférer la demande d'asile à un agent pour qu'il se prononce sur sa recevabilité, la décision du ministre de renvoyer l'affaire à la Commission pour enquête, la décision du représentant du ministre sur la question de savoir si l'intéressé constitue ou non un danger pour le public, le pouvoir du représentant du ministre de prendre une décision au sujet de l'ERAR, la décision prise à la suite de l'ERAR et les mesures d'exclusion ou d'expulsion qui peuvent être prises au terme de ce long processus.

[33] Par exemple, les intimés ont sollicité l'autorisation de présenter une requête en bref de *mandamus* en vue de contraindre le représentant du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration à déférer leur demande d'asile à un agent chargé de traiter les demandes d'asile et à forcer l'agent en question à se prononcer sur la recevabilité de leur demande d'asile (*Zhe Li c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, IMM-1025-07, 12 juillet 2007 (C.F.); *Hu Li c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, IMM-1027-07, 12 juillet 2007 (C.F.)).



[34] Les intimés ont demandé un sursis pour empêcher le représentant du ministre d'examiner la question de savoir s'ils constituaient un danger pour le public au sens du sous-alinéa 113d)(i) de la LIPR (*Zhe Li et Hu Li c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, IMM-3787-08 (C.F.)).

[35] Ils ont également tenté, par voie de contrôle judiciaire, de faire annuler la mesure d'exclusion prononcée contre eux (*Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2007), 319 F.T.R. 14).

[36] En revanche, l'appelant a également sollicité une réparation à l'encontre des ordonnances de mise en liberté prononcées par la Commission. Il a saisi la Cour fédérale de demandes de contrôle judiciaire et de requêtes en sursis (*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration c. Zhe Li et Hu Li*, IMM-4038-08, IMM-4039-08, 23 décembre 2008; *Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration c. Zhe Li et Hu Li*, 2009 CAF 7; *Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration c. Zhe Li et Hu Li*, IMM-2819-08, IMM-2820-08, 30 juin 2008, et *Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration c. Zhe Li et Hu Li*, 2008 CF 949).

[37] En résumé, que la décision porte sur la détention, l'exclusion, l'expulsion, le renvoi à une enquête, le refus de déférer une demande d'asile à la Commission, un avis de danger ou un ERAR, il existe à chaque étape du processus une possibilité de contester la décision en introduisant une demande de contrôle judiciaire ou en interjetant appel à la Cour d'appel fédérale lorsqu'une question a été certifiée.

[38] De toute évidence, la multiplication des contestations augmente d'autant la durée de la détention du ressortissant étranger. Toutefois, dans le mesure où le détenu ou le gouvernement exerce diligemment les recours ouverts par la LIPR qui sont raisonnables dans les circonstances ou recourt aux contestations raisonnables permises par la Charte, on ne devrait pas reprocher au gouvernement ou au détenu les délais qui s'ensuivent (*Charkaoui c. Canada*, précité, au paragraphe 114).

[39] Qui plus est, les détenus ne peuvent, en principe, être expulsés vers des pays où l'on a de sérieux motifs de croire qu'ils risqueraient d'être soumis à la torture (voir l'article 3 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (E104009-RTC 1987 n° 36) à laquelle le Canada a adhéré). On reconnaît qu'il existe des situations dans lesquelles l'expulsion est difficile, voire impossible (*Charkaoui c. Canada*, précité, au paragraphe 124). C'est ainsi que se prolonge la détention de présumés criminels étrangers comme les intimés.

[40] Bien que la détention sans mandat d'étrangers ou de présumés criminels étrangers ne contrevienne pas à la protection contre la détention arbitraire consacrée à l'article 9 de la Charte, la détention doit être assortie d'un processus qui offre au détenu la possibilité réelle de faire contrôler régulièrement les motifs de sa détention et de contester son maintien en détention ou les conditions de sa mise en liberté (*idem*, au paragraphe 107), à défaut de quoi on pourrait conclure à une violation de l'article 7 (droit à la liberté et à la sécurité de sa personne) ou de l'article 12 (protection contre les traitements cruels et inusités) (*idem*, au paragraphe 110).

[41] Comme elle prévoit un mécanisme de contrôle efficace qui respecte les exigences du droit canadien, la LIPR n'autorise pas la détention pour une période indéterminée (*idem*, au paragraphe 127).

[42] Cependant, malgré toutes ces garanties procédurales, on ne peut écarter la possibilité que « dans un cas particulier, un juge arrive à la conclusion que la détention constitue un traitement cruel et inusité ou est incompatible avec les principes de justice fondamentale, de sorte qu'elle constitue une violation de la *Charte* ouvrant droit à réparation conformément au par. 24(1) de la *Charte* » (*idem*, au paragraphe 123).

[43] Enfin, pour évaluer la durée de la détention et l'existence de mesures de rechange à la détention, l'autorité chargée du contrôle doit également tenir compte des obligations internationales contractées par le Canada pour collaborer à la mise en œuvre de mesures assurant le respect du droit criminel sur la scène internationale. Le Canada est signataire des traités suivants :

1. *Convention unique sur les stupéfiants de 1961* (modifiée par le Protocole du 25 mars 1972), 976 R.T.N.U. 105
2. *Convention de 1971 sur les substances psychotropes*, 1019 R.T.N.U. 175
3. *Convention de 1988 des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, E/CONF.82/15
4. *Convention des Nations Unies contre la corruption*, A/58/422
5. *Convention des Nations Unies contre le crime organisé transnational*, A/RES/55/25
6. *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, A/CONF.183/9 [se rapportant aux crimes internationaux]
7. *Convention sur le transfèrement des personnes condamnées*, RTE 112 [Conseil de l'Europe] [permet à la personne qui purge une peine de réclusion à l'extérieur de son État d'origine de rentrer dans celui-ci pour purger le reste de sa peine]
8. *Convention interaméricaine contre la corruption*, AG/RES.1398 (XXVI-O/96)

9. *Convention interaméricaine sur l'exécution des décisions pénales à l'étranger*, RTC 1996 n° 23 [permet à la personne qui purge une peine de réclusion de purger celle-ci dans le pays dont elle est un ressortissant].

[44] Le Canada a également signé avec la Chine un traité par lequel les parties se sont engagées à s'accorder l'entraide judiciaire en matière pénale : *Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Canada et la République populaire de Chine* (E101640-RTC 1995 n° 29). Bien que l'article 2, qui traite de la portée de l'entraide judiciaire, ne mentionne pas la détention des présumés criminels, la liste des mesures qui y sont énumérées n'est pas limitative. Dans le contexte d'une entente d'entraide en matière pénale, le fait de s'assurer que les présumés criminels étrangers qui ont été arrêtés à la demande d'un pays étranger qui a lancé un mandat en vue de leur arrestation seront toujours disponibles pour leur expulsion, le temps venu, constitue de toute évidence un geste d'entraide.

[45] Compte tenu de toutes ces obligations internationales, que doit faire l'autorité chargée du contrôle des motifs de détention lorsqu'elle est convaincue qu'il existe un risque presque certain que le détenu se soustraira à son renvoi, alors que la détention dure déjà depuis un bon moment et que le renvoi du détenu n'est pas imminent? Comment l'autorité chargée du contrôle mesure-t-elle la durée de la détention future prévue? Quel poids doit-on accorder à l'efficacité des solutions de rechange à la détention lorsqu'on est confronté à un risque ou à une certitude de fuite? C'est le dilemme devant lequel se trouvait la Commission dans le cas des frères Li. Ce qui m'amène à la décision rendue le 11 septembre 2008 par la Commission et à son examen subséquent par la Cour fédérale.

**Décision du 11 septembre 2008 de la Commission**

[46] La décision de la Section de l'immigration a été rendue par la commissaire King. Infirmant sa décision précédente du 10 janvier 2008, elle a ordonné la mise en liberté des frères Li à certaines conditions, car elle estimait que leur maintien en détention serait contraire à l'article 7 de la Charte. En raison de l'avis concernant l'ERAR suivant lequel les frères Li risquaient d'être torturés s'ils retournaient en Chine, elle a déclaré qu'il n'était plus raisonnable d'estimer que les frères Li pourraient être renvoyés du Canada immédiatement après la décision finale concernant l'ERAR. Elle a conclu que toute estimation du délai devait tenir compte du contrôle judiciaire de la Cour fédérale et des instances introduites devant la Cour d'appel fédérale (dossier d'appel, vol. 1, au paragraphe 14).

[47] Pour faire une estimation du délai, la commissaire King a procédé à une analyse comparative d'autres décisions et du temps qu'il avait fallu pour mener à terme des cas comportant des questions semblables, en évoquant la méthode d'estimation employée par la Cour fédérale dans des affaires où il existait une possibilité que la détention prolongée aille à l'encontre du droit à la liberté prévu à l'article 7 de la Charte. Elle a conclu qu'il était possible que la détention des frères Li se prolonge encore pour une période de dix-huit mois, de sorte que leur détention pourrait durer en tout et partout jusqu'à trois ans. Elle a toutefois fait observer que l'affaire en était arrivée à un point où « un nombre indéfini de procédures peuvent être engagées par l'une ou l'autre partie » et qu'on ignorait combien de temps prendrait chacune de ces procédures. Le maintien en détention des frères Li jusqu'à ce qu'ils puissent être renvoyés du

Canada constituerait donc une détention de durée indéterminée qui portait atteinte à leur droit à la liberté garanti par l'article 7 de la Charte (*idem*, aux paragraphes 16 à 23).

[48] Pour déterminer s'il y aurait éventuellement atteinte à l'article 7 de la Charte, la commissaire a ensuite examiné le poids à accorder au risque élevé que les intimés fuient par rapport au danger qu'ils constituaient pour le public. Citant les propos du juge Rothstein qui avait dit, dans le jugement *Sahin c. Canada (MCI)*, [1994] A.C.F. 1534 (C.F.), qu'« une longue détention est d'autant justifiable que l'intéressé est considéré comme une menace pour la sécurité publique », la commissaire a conclu que la détention au motif que l'individu risque de fuir ne devait pas être aussi longue que la détention au motif que l'individu constitue une menace pour le public (*idem*, aux pages 27 à 31, aux paragraphes 24 à 37).

[49] Elle a ensuite examiné les conditions dont la mise en liberté était assortie. Elle a soupesé le degré du risque de fuite, le délai avant le renvoi et l'existence de solutions de rechange à la détention. À la lumière de la décision de mettre les frères Li en liberté pour empêcher une violation de la Charte, elle a imposé des conditions :

[ayant] pour unique but de réduire autant que possible les possibilités de fuite des frères Li, tout en n'étant pas si restrictives qu'elle portent indûment atteinte à la liberté des frères Li (*idem*, page 32, au paragraphe 43).

[50] Les conditions imposées avaient pour objet d'accorder aux frères Li suffisamment de liberté tout en permettant à l'ASFC de surveiller leurs allées et venues. Voici quelques-unes de ces conditions :

1. Restrictions géographiques strictes en ce qui concerne les déplacements (Vancouver seulement);
2. Surveillance électronique;
3. Obligation de payer pour la surveillance électronique;
4. Interdiction de tenter de se procurer de fausses pièces d'identité;
5. Interdiction de communiquer avec Ho, Pak Hung, qui les avait aidés à obtenir les documents frauduleux;
6. Obligation de résider à l'adresse qu'ils fourniront à l'ASFC à l'avance et à aucune autre adresse sans l'approbation écrite préalable de l'ASFC;
7. Obligation de fournir à l'ASFC des copies de tout contrat de location qu'ils peuvent signer et de tous les relevés de téléphone;
8. Obligation d'autoriser les employés de l'ASFC ou des agents de la paix à entrer chez eux à n'importe quel moment pour vérifier le respect des conditions;
9. Obligation de se présenter pour leur renvoi du Canada quand ils en auront reçu l'ordre.

La Commission a ordonné la mise en liberté des frères Li aux conditions susmentionnées.

### **Décision de la Cour fédérale**

[51] La Cour fédérale a examiné la décision de la commissaire King dans le but de déterminer si elle était raisonnable. Elle a retenu l'argument des intimés suivant lequel la commissaire avait de l'expérience en matière d'appréciation de la preuve et de contrôle des motifs de détention conformément aux dispositions législatives applicables. Elle avait donc droit à un degré élevé de retenue de la part de la Cour (motifs de l'ordonnance, dossier d'appel, vol. 1, aux pages 8 et 9).

[52] La Cour a conclu que la commissaire King n'avait commis aucune erreur de droit. À son avis, la commissaire King avait examiné les questions pertinentes, et elle avait notamment estimé le temps qu'il faudrait pour mener à terme les procédures judiciaires à venir portant sur la détention « de longue durée », une question nécessairement spéculative. La Cour a en outre accepté la conclusion de la commissaire King suivant laquelle on disposait de nouveaux

éléments de preuve (l'avis d'ERAR signifié le 11 août 2008) qui n'existaient pas lors des contrôles des motifs de détention précédents. La Cour a jugé raisonnable la conclusion de fait de la commissaire King suivant laquelle le maintien en détention pendant le temps supplémentaire total qu'il faudrait jusqu'à ce que les frères Li puissent être renvoyés pourrait donc constituer une détention de durée indéterminée.

[53] La Cour a également estimé que la commissaire King avait articulé des motifs clairs et convaincants pour justifier sa décision d'aller à l'encontre des décisions antérieures portant sur le maintien en détention et sur la suffisance de la surveillance électronique des intimés.

[54] La demande de contrôle judiciaire a été rejetée et, le 29 décembre 2008, la Cour a certifié la question qui nous est soumise dans le cadre du présent appel.

### **Analyse de la décision de la Commission et du jugement de la Cour fédérale**

[55] Se fondant sur les propos tenus par le juge Rothstein (alors juge à la Section de première instance) dans la décision *Sahin*, précitée, la Commission a conclu que la détention au motif d'une crainte que l'intéressé se dérobe au renvoi ne devait pas être aussi longue que lorsque l'intéressé est considéré comme un danger pour le public (motifs de décision, dossier d'appel, vol. 1, page 30, au paragraphe 34). Dans l'arrêt *Charkaoui*, la Cour suprême du Canada a repris à son compte la démarche suivie par le juge Rothstein (motifs du jugement, aux paragraphes 108 et 109, où la Juge en chef explique : « Bien que les critères de la mise en liberté prévus à l'art. 83 de la *LIPR* incluent aussi la probabilité que l'intéressé se soustraira à la procédure ou au renvoi,



un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui constitue un facteur plus important de justification du maintien en détention ». C'est un élément important dont on doit tenir compte lorsqu'on examine les facteurs justifiant le maintien en détention.

[56] Bien que la liste ne soit pas exhaustive et qu'il faille tenir compte de tous les facteurs pertinents, l'arrêt *Charkaoui* (paragraphe 108 à 117 des motifs du jugement) insiste sur les éléments suivants : les motifs de la détention, le temps passé en détention, les raisons qui retardent l'expulsion, la durée anticipée du prolongement de la détention et l'existence de solutions de rechange à la détention. Ces facteurs ont été codifiés à l'article 248 du Règlement.

[57] L'appelant et les intimés s'entendent sur la pertinence de ces facteurs. Le débat tourne autour de leur interprétation, de leur application et de la valeur à leur accorder.

a) Existait-il un fait nouveau justifiant un réexamen de l'estimation précédente de la durée de la détention des intimés?

[58] L'appelant s'attaque au paragraphe 14 des motifs de la décision de la Commission :

[14] En fin de compte, l'ERAR dans cette affaire n'a pas abouti à une décision défavorable simple. En effet, un décideur a émis l'avis qu'il y avait un risque que les frères Li soient torturés s'ils retournaient dans leur pays d'origine. Cette décision a été signifiée aux frères Li le 11 août 2008 [pièce P13, p. 33]. Le ministre soutient que cet avis n'est qu'une partie provisoire d'un processus plus vaste et qu'il n'est pas contraignant en ce qui a trait à la décision finale. Le ministre allègue que la décision finale sera prise à la mi-octobre. Je dois toutefois conclure que l'existence de l'avis au sujet d'un risque de torture veut effectivement dire qu'il est probable que mon estimation originale du temps que cela prendra avant le renvoi éventuel des frères Li n'est plus valide. Je dois maintenant réviser les estimations du temps que j'ai faites en janvier

Le fait que la décision finale du ministre au sujet de l'ERAR serait prise à la mi-octobre ne constituait pas, le 11 septembre 2008, un fait nouveau. D'ailleurs, le commissaire Dyck, qui avait procédé antérieurement à un contrôle des motifs justifiant le maintien en détention (le 19 juin 2008), le mentionne expressément dans sa décision (motifs de la décision, dossier d'appel, vol. 2, aux pages 332 et 333).

[59] L'avocat des intimés affirme que la teneur de l'avis préliminaire communiqué aux frères Li constituait un fait nouveau le 11 septembre 2008.

[60] Bien que, lors du contrôle des motifs de détention du 22 mai 2008, on ait laissé entendre qu'une décision avait été rendue au sujet de l'ERAR, il est vrai que l'avis préliminaire a été donné après l'audience du 19 juin.

[61] Toutefois, cet avis préliminaire n'était pas une décision finale. Ainsi que je l'ai déjà mentionné, les intimés ont été invités à formuler leurs observations finales au ministre avant que celui-ci ne prenne une décision finale. On nous a informés à l'audience que le ministre n'avait pas encore pris de décision au sujet de l'ERAR parce que l'instance introduite par les intimés l'avait empêché de le faire.

[62] En toute déférence, je ne crois pas qu'il était convenable, de la part de la Commission, lors du contrôle des motifs de détention du 11 septembre 2008, de fonder son estimation de la durée prévue de la détention sur une simple opinion préliminaire alors que la décision finale ne pouvait être connue qu'un mois plus tard et qu'un contrôle des motifs de détention a lieu chaque

mois. Cette opinion a amené la Commission à présumer que la Cour fédérale autoriserait l'introduction d'une demande de contrôle judiciaire et qu'un appel serait nécessairement interjeté à la Cour d'appel. Elle s'est alors estimée justifiée de réviser son estimation de temps précédente pour tenir compte de la période supplémentaire attribuable à cette hypothèse.

[63] Cette hypothèse reposait sur des spéculations quant à la future décision d'ERAR du ministre. Compte tenu du fait qu'un autre contrôle devait avoir lieu un mois plus tard, il n'était ni nécessaire ni raisonnable à ce moment-là de se livrer à ce genre de spéculation et de formuler ce type d'hypothèse. Comme nous le verrons plus loin, l'évaluation de la durée future de la détention qui s'en est suivie était spéculative et prématurée.

b) La durée anticipée du prolongement de la détention

[64] Par définition, le concept de durée anticipée du prolongement de la détention oblige à estimer pendant combien de temps la détention se prolongera. Dans l'arrêt *Charkaoui*, précité, au paragraphe 94, la Cour suprême a conclu que l'impossibilité pour les étrangers de faire contrôler leur détention promptement enfreignait l'article 9 et l'alinéa 10c) de la Charte et que cette violation ne pouvait être validée par l'article premier de la Charte.

[65] À l'époque, les dispositions relatives à la détention empêchaient de procéder au contrôle des motifs de la détention des étrangers avant l'expiration du délai de 120 jours suivant la constatation du caractère raisonnable du certificat de sécurité. Ce long délai invitait à se livrer à des spéculations sur les possibles contestations et sur leurs conséquences sur la durée de la détention.

[66] Désormais, toutefois, aux termes du paragraphe 57(2) de la LIPR, il y a un contrôle des motifs justifiant le maintien en détention « au moins tous les trente jours suivant le contrôle précédent ». Ce court délai de 30 jours maximum entre les contrôles permet d'effectuer une estimation fondée sur les faits concrets et les procédures en instance, au lieu de s'en remettre à une estimation fondée sur des spéculations portant sur des faits et des procédures éventuels.

[67] Tous les trente jours, l'autorité qui procède au contrôle obtient un portrait fidèle de la situation en ce qui concerne la détention. Elle peut tenir compte du temps effectivement passé en détention et des instances en cours. Elle peut également tenir compte de l'état d'avancement de ces instances et de leur déroulement et estimer ainsi de façon réaliste la durée anticipée du prolongement de la détention en se fondant sur des faits existants plutôt que sur des hypothèses. Elle peut ensuite compter la durée du temps passé en détention et l'ajouter au temps nécessaire pour traiter des instances actuelles en cours. Si elle surestime ou sous-estime la durée anticipée du prolongement de la détention, elle peut rapidement corriger les chiffres lors du contrôle suivant des motifs de détention, qui a lieu au plus tard trente jours après.

[68] Pour résumer, l'article 57 de la LIPR permet ce que la Cour suprême du Canada a qualifié de contrôle vigoureux de la nécessité du maintien de la détention fondé sur des renseignements concrets qui peuvent être révisés tous les trente jours. À mon humble avis, la Commission a agi de façon déraisonnable et a commis une erreur de droit justifiant l'infirmité de sa décision en spéculant sur la décision à venir du ministre et sur des procédures potentielles mais non encore existantes, et en présument, sur le fondement de ces spéculations, que les

instances en question seraient autorisées par la Cour fédérale et que notre Cour serait par la suite saisie de la question. La Cour fédérale a elle aussi commis une erreur de droit justifiant l'infirmité de sa décision en retenant la méthode spéculative adoptée par la Commission.

c) Solutions de rechange à la détention

[69] En principe, il n'est logique de recourir aux solutions de rechange existantes que si elles sont efficaces et appropriées (*Sahin*, précité, au paragraphe 30). Toutefois, dans le cas d'une longue détention, ce principe oblige à tenir compte de la Charte : les solutions de rechange ne doivent pas être disproportionnées par rapport à la nature du danger ni aggraver les risques de fuite (*Charkaoui*, précité, au paragraphe 116).

[70] Jusqu'à la décision du 11 septembre 2008, la mise en liberté des frères Li sous réserve de leur surveillance électronique avait été jugée insuffisante pour empêcher ou réduire les risques de fuite. Les frères Li ont liquidé leurs actifs au Canada, se sont dérobés aux autorités canadiennes et, lorsqu'ils ont été arrêtés, ont été trouvés en possession de fausses pièces d'identité et de documents falsifiés. En fait, une des conditions de leur mise en liberté leur interdisait de communiquer avec M. Ho, Pak Hung, qui les avait aidés à se procurer les documents frauduleux. Il serait naïf de croire que l'on ne peut aisément obtenir de faux documents d'autres sources que M. Ho, Pak Hung en s'adressant à des personnes qui ont les reins solides sur le plan financier lorsqu'on a un besoin criant de tels documents pour éviter d'être refoulé dans un pays où l'on risque d'être persécuté. Bien que la mise en liberté des frères Li soit assortie de neuf conditions, on peut légitimement dire que la surveillance électronique est la principale d'entre elles et ce,

malgré le fait que les experts ont reconnu, dans leur témoignage, qu'elle était insuffisante pour garantir que les intimés se présentent pour leur renvoi.

[71] Aux paragraphes 42 et 43 de motifs de sa décision, la Commission écrit :

[42] Quand j'ai examiné la proposition de la surveillance électronique en janvier 2008, je l'ai rejetée parce que je ne croyais pas qu'elle serait suffisante pour réduire le risque de fuite à un niveau acceptable dans le contexte du temps que j'estimais nécessaire avant le renvoi.

[43] Maintenant, sept mois plus tard, comme j'ordonne la mise en liberté des frères Li pour éviter une entorse à la Charte, l'imposition de conditions n'est pas à cette étape-ci une tentative de neutraliser ou de surmonter le risque de fuite. Toute condition que j'impose maintenant a pour unique but de réduire autant que possible les possibilités de fuite des frères Li, tout en n'étant pas si restrictive qu'elle porte indûment atteinte à la liberté des frères Li, compte tenu de la durée indéterminée pendant laquelle les frères Li peuvent continuer de faire l'objet de conditions au Canada.

[Non souligné dans l'original.]

[72] L'appelant reproche à la Commission de recourir en fait à une solution de rechange à la détention qui est inefficace pour assurer que les intimés se présentent pour leur renvoi. Je crois que la Commission reconnaît ce fait au paragraphe 43 précité.

[73] Malgré cet obstacle, conformément à la démarche qu'elle a suivie pour évaluer la durée anticipée du prolongement de la détention, la Commission s'est sentie obligée d'intervenir pour empêcher une violation de la Charte. J'ai déjà conclu qu'elle faisait fausse route en agissant ainsi. Il n'est donc pas nécessaire d'aborder la question de l'efficacité des solutions de rechange proposées par la Commission pour faire droit à l'appel et annuler l'ordonnance de mise en liberté. Toutefois, comme la même question est susceptible de se poser lors d'un prochain contrôle des motifs de détention, je vais dire un mot à ce sujet.

[74] Il est de jurisprudence constante que la Charte l'emporte sur le risque de fuite ou de danger pour le public lorsque la détention se prolonge au point de constituer « un traitement cruel et inusité ou [d'être] incompatible avec les principes de justice fondamentale, de sorte qu'elle constitue une violation de la Charte ouvrant droit à réparation conformément au paragraphe 24(1) de la Charte » (*Charkaoui*, précité, au paragraphe 123) Dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Romans*, 2005 CF 435, la Cour fédérale a confirmé la mise en liberté de l'intimé en expliquant que la détention de l'intimé qui avait été ordonnée en vertu de la législation sur l'immigration au motif qu'il constituait un danger pour le public était devenue une détention pour une durée indéterminée, contrevenant ainsi à la Charte.

[75] Il existe des situations dans lesquelles seule la remise en liberté assortie ou non de conditions permettra de remédier à une violation de la Charte. Cela étant dit, pour empêcher une violation de la Charte, il n'est pas nécessaire d'exiger la même réparation que dans le cas d'une violation effective de la Charte. En d'autres termes, les mesures préventives peuvent être différentes des mesures correctives et, selon les circonstances, seront différentes de ces dernières.

[76] Une mesure préventive possible consiste à accélérer le déroulement de l'instance (*Sahin c. Canada (MCI)*, précité). Je m'empresse d'ajouter qu'accélérer le déroulement de l'instance ne constitue pas une solution de rechange à la détention. Le fait de raccourcir la durée future de la détention n'élimine pas la détention. Il s'agit d'un moyen de contrôler ou de réduire la durée qu'aurait la détention si aucune mesure n'était prise. Empêcher la violation de la Charte constitue toutefois un recours approprié.

[77] Ce recours a été exercé dans le cas qui nous occupe. Des requêtes visant à accélérer le déroulement de l'instance ont été présentées et ont été accueillies. Dans sa décision du 11 septembre 2008, la Commission ne tient pas compte de ce recours dans ses spéculations au sujet de la durée anticipée du prolongement de la détention. On n'y trouve pas non plus de réponse à la question de savoir si certains des recours étaient déraisonnables dans les circonstances ou s'ils auraient pu être exercés avec plus de diligence, ce qui aurait ainsi contribué inutilement à la durée effective de la détention. La Commission ne tient pas compte non plus des engagements internationaux souscrits par le Canada en vue d'aider à veiller au respect du droit pénal.

[78] En conclusion, la Commission s'est appuyée sur des bases qui étaient à la fois déraisonnables et erronées en droit pour calculer la durée prévue du prolongement de la détention des frères Li. Elle a spéculé sur les procédures que les parties pouvaient éventuellement entamer au lieu de fonder son estimation sur les procédures effectivement introduites. De plus, ses spéculations avaient une portée beaucoup trop large, en plus d'être injustifiées, déraisonnables et inutiles, puisqu'un contrôle a lieu au moins tous les 30 jours. Elle a également commis une erreur en présumant que la Cour fédérale et notre Cour accepteraient de se prononcer sur ces recours spéculatifs.

[79] Enfin, la Commission a omis d'examiner et d'évaluer des facteurs pertinents ainsi que les répercussions d'autres recours appropriés et moins radicaux pour empêcher une violation de la Charte, en l'occurrence l'accélération du déroulement de l'instance. La Cour fédérale aurait dû intervenir pour rectifier ces erreurs de droit.



d) Les autres moyens d'appel

[80] Vu la conclusion à laquelle j'arrive, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres moyens d'appel.

e) La question certifiée

[81] Telle qu'elle est formulée, la question certifiée ne se prête pas à une simple réponse par un oui ou par un non. La question certifiée porte sur l'opportunité d'estimer la durée anticipée du prolongement de la détention en se fondant sur des spéculations quant aux recours qui peuvent être exercés en vertu de la LIPR et du Règlement, notamment devant la Cour fédérale. Je conclus que toute estimation de la durée anticipée du prolongement de la détention devrait reposer sur les instances qui existent déjà au moment de chaque contrôle mensuel et non sur des hypothèses quant aux recours qui existent mais qui n'ont pas encore été exercés. Cette conclusion scelle, avec les autres déjà tirées, l'issue du présent appel et répond à la question.

**Dispositif**

[82] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel et j'annulerais la décision de la Cour fédérale. Rendant le jugement qui aurait dû être rendu, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire de l'appelant, j'annulerais la décision du 11 septembre 2008 par laquelle la Section de l'immigration a ordonné la mise en liberté des intimés et je renverrais l'affaire à un autre commissaire de la Section de l'immigration pour qu'il rende une nouvelle décision en conformité avec les présents motifs.

« Gilles Létourneau »

---

j.c.a.

« Je suis d'accord  
Alice Desjardins, j.c.a. »

« Je suis d'accord  
Johanne Trudel, j.c.a. »

Traduction certifiée conforme  
Édith Malo, LL.B.

**COUR D'APPEL FÉDÉRALE**  
**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER**

**DOSSIER :** A-642-08

**INTITULÉ :** MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE  
L'IMMIGRATION c. DONG ZHE LI et  
DONG HU LI

**LIEU DE L'AUDIENCE :** Vancouver (Colombie-Britannique)

**DATE DE L'AUDIENCE :** Le 23 février 2009

**MOTIFS DU JUGEMENT :** LE JUGE LÉTOURNEAU

**Y ONT SOUSCRIT :** LA JUGE DESJARDINS  
LA JUGE TRUDEL

**DATE DES MOTIFS :** Le 17 mars 2009

**COMPARUTIONS :**

Cheryl D. Mitchell  
Helen Park

POUR L'APPELANT

Douglas Cannon

POUR LES INTIMÉS

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :**

John H. Sims, c.r.  
Sous-procureur général du Canada

POUR L'APPELANT

Elgin, Cannon and Associates  
Vancouver (Colombie-Britannique)

POUR LES INTIMÉS