

IMM-3333-94

Minister of Citizenship and Immigration
(Applicant)

v.

Jose Adalberto Salinas-Mendoza (Respondent)

INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. SALINAS-MENDOZA (T.D.)

Trial Division, Noël J.—Vancouver, September 28 and October 3, 1994.

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Detention review by Adjudicator under Immigration Act, s. 103 — Adjudicator erred in considering self bound by Provincial Court decision under Criminal Code to conditionally release respondent pending hearing of sexual assault charge — Legislative context, burden of proof, evidentiary standards under Criminal Code and Immigration Act different.

An Adjudicator under the *Immigration Act* determined that the respondent was a person described in paragraph 19(2)(a) of the Act and issued a conditional deportation order. She also ordered that the respondent be detained on the basis that he was likely to pose a danger to the public. Subsequently, a Judge of the Provincial Court of British Columbia before whom the respondent appeared upon a charge of sexual assault ordered his release under subsection 515(10) of the *Criminal Code* (which compels the release of an accused unless the Crown can demonstrate that detention is necessary for public safety). Finally, a second Adjudicator under the *Immigration Act* was called upon to review the original detention order. The Adjudicator indicated that she was satisfied that the terms of the release ordered by the Provincial Court Judge made it unlikely that the respondent would pose a danger to the public and released the respondent from custody. This was an application to review the second Adjudicator's decision. The respondent submitted the following question for certification: "Is the standard for release under section 103 of the *Immigration Act* different than that for release pursuant to the bail provisions of the *Criminal Code*?"

Held, the application should be allowed and the request for certification denied.

The Adjudicator abdicated her role in some essential aspects in the face of the decision of the Provincial Court Judge. She failed to exercise her jurisdiction by omitting from her order

IMM-3333-94

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

a c.

Jose Adalberto Salinas-Mendoza (intimé)

RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. SALINAS-MENDOZA (1re INST.)

Section de première instance, juge Noël—Vancouver, 28 septembre et 3 octobre 1994.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Examen des motifs de la garde effectué par un arbitre en vertu de l'art. 103 de la Loi sur l'immigration — L'arbitre a commis une erreur en se croyant lié par la décision d'une cour provinciale rendue en vertu du Code criminel de libérer l'intimé sous condition en attendant son procès pour agression sexuelle — Le contexte légal, la charge de la preuve et les règles de présentation de la preuve sont différents selon qu'il s'agit d'appliquer le Code criminel ou la Loi sur l'immigration.

Un premier arbitre nommé en vertu de la *Loi sur l'immigration* avait déterminé que l'intimé était une personne visée par l'alinéa 19(2)a) de la Loi et avait pris une mesure d'expulsion conditionnelle. Cet arbitre avait aussi ordonné que l'intimé soit détenu pour le motif qu'il constituait vraisemblablement une menace pour la sécurité publique. Subséquemment, un juge de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique, devant qui l'intimé a comparu relativement au chef d'accusation d'agression sexuelle, a ordonné sa libération en vertu du paragraphe 515(10) du Code criminel (la mise en liberté étant obligatoire, à moins que la Couronne puisse faire la preuve que la détention est nécessaire pour des raisons de sécurité publique). Finalement, un deuxième arbitre nommé en vertu de la *Loi sur l'immigration* a été chargé d'examiner le bien-fondé de l'ordonnance de détention qui avait été décernée. Cet arbitre a indiqué qu'elle était convaincue que les conditions de libération imposées par le juge de la Cour provinciale rendaient improbable que l'intimé constitue une menace pour la sécurité publique, et elle a mis en liberté l'intimé. Il s'agit en l'espèce d'une demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par le deuxième arbitre. L'intimé a demandé que la question suivante soit certifiée: «Est-ce que la règle pour ordonner une mise en liberté en vertu de l'article 103 de la *Loi sur l'immigration* est différente de celle permettant d'ordonner une mise en liberté en vertu des dispositions du *Code criminel* relatives au cautionnement?»

Jugement: la demande de contrôle judiciaire est accueillie et la demande de certification est rejetée.

L'arbitre a refusé, au vu de la décision rendue par un juge de la Cour provinciale, de jouer son rôle relativement à certains aspects essentiels. Elle n'a pas exercé sa compétence en omet-

terms and conditions which she considered essential for the release of the respondent.

This error was symptomatic of a more fundamental error, namely the excessive deference which the Adjudicator exhibited towards the decision of the Provincial Court Judge and the consequential failure to focus on the specific authority which she was called upon to exercise.

The mandate of the Provincial Court Judge was fundamentally different from that of the Adjudicator, the statutory context being totally different. The Judge was compelled by law to release the respondent unless the Crown could demonstrate that the detention was necessary for the protection or safety of the public.

On the other hand, the respondent appeared before the Adjudicator as a person under detention pursuant to a decision of another Adjudicator. The Adjudicator was called upon to review the reasons for the detention of the respondent and determine whether or not to continue it. In this context, the burden was on the respondent to satisfy the Adjudicator that he did not pose a danger to the public. The Adjudicator, however, felt that the Provincial Court Judge's decision was determinative of the issue which she had to decide and gave no weight to the reasons for which a detention order had been issued. This was a reviewable error. The Adjudicator further erred in deferring to the Judge's decision and in failing to bring her own independent mind to bear on the issue which she had to decide.

The Adjudicator also erred in failing to apply the evidentiary standard mandated by the *Immigration Act*. She chose to discard evidence by reference to her perception of what was and what was not admissible before the Provincial Court Judge whereas she had the duty under the *Immigration Act* to consider all the evidence which had been received and determine whether the evidence in question could be considered trustworthy or credible.

The question, which was submitted for certification, as to whether the standard for release under the *Immigration Act* and under the *Criminal Code* was the same did not have to be answered but the standard was essentially the same. It was, however, to be applied independently in each case by reference to the particular legislative context in which it arose.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(10), 518(1)(e).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(2)(a) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 80.1(5) (as enacted *idem*, s. 70), 103(6) (as am. *idem*, s. 94), (7) (as am. *idem*).

APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW of the order of an Adjudicator under the *Immigration Act*,

tant d'incorporer dans son ordonnance les conditions qu'elle considérait essentielles à la libération de l'intimé.

Cette erreur laissait entrevoir une erreur plus fondamentale, nommément l'excessive déférence montrée par l'arbitre à l'endroit de la décision rendue par le juge de la Cour provinciale, qui a entraîné son incapacité à se concentrer sur les pouvoirs spécifiques qu'elle se devait d'exercer.

Le mandat du juge de la Cour provinciale était fondamentalement différent de celui de l'arbitre, le contexte légal étant totalement différent. Le juge devait, en vertu de la loi, mettre l'intimé en liberté, à moins que la Couronne puisse faire la preuve que la détention était nécessaire pour des raisons de sécurité publique.

Par ailleurs, l'intimé a comparu devant l'arbitre à titre de personne détenue en vertu d'une décision rendue par un autre arbitre. On a demandé à l'arbitre d'examiner les motifs de la détention de l'intimé et de déterminer s'il était approprié de la continuer. Dans ce contexte d'examen, il appartenait à l'intimé de convaincre l'arbitre qu'il ne représentait pas une menace pour la sécurité publique. L'arbitre a cru, toutefois, que la décision du juge de la Cour provinciale déterminait de façon décisive de quelle façon elle devait trancher la question qui lui était soumise, et elle n'a accordé aucune importance aux motifs pour lesquels l'ordonnance de détention avait été décernée. Cela constitue une erreur susceptible de contrôle judiciaire. L'arbitre a aussi commis une erreur en faisant preuve de déférence à l'égard de la décision du juge et en ne se faisant pas une opinion personnelle de la question qu'elle devait trancher.

L'arbitre a aussi commis une erreur en n'appliquant pas les règles de présentation de la preuve requises par la *Loi sur l'immigration*. Elle a décidé d'écarter certains éléments de preuve en se fondant sur ce qui était, selon elle, admissible ou non en preuve devant le juge de la Cour provinciale, alors qu'elle avait le devoir, en vertu de la *Loi sur l'immigration*, de prendre en considération tous les éléments de preuve déposés et de déterminer si ces éléments étaient crédibles ou dignes de foi.

Il n'était pas nécessaire de donner une réponse à la question présentée aux fins d'une certification, à savoir si la règle de la *Loi sur l'immigration* et celle du *Code criminel* permettant d'ordonner une mise en liberté sont essentiellement la même, bien que cette réponse soit affirmative. Cette règle devait cependant être appliquée de façon indépendante dans chaque cas et en tenant compte du contexte légal particulier qui donnait lieu à son application.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(10), 518(1)(e).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(2)(a) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 80.1(5) (édicte, *idem*, art. 70), 103(6) (mod., *idem*, art. 94), (7) (mod., *idem*).

DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE d'une ordonnance décernée par un arbitre en vertu de la *Loi*

upon review of a detention order, releasing the respondent from custody.

COUNSEL

Esta Resnick for applicant.
Samuel D. Hyman and *Rod Holloway* for respondent.

SOLICITORS

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Hyman, L. & Associates, Vancouver, and *Legal Services Society of B.C. Immigration Appeals Department*, Vancouver, for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

NOËL J.: I have concluded that the order of the Adjudicator releasing the respondent from custody should be quashed, and that the matter should be sent back for re-hearing before a different adjudicator.

In my view, the Adjudicator abdicated her role in some essential aspects in the face of the decision of the Provincial Court of British Columbia to release the respondent, pending the hearing of the sexual assault charge laid against him. If, as the Adjudicator indicated, she was satisfied that the terms of the release ordered by the Provincial Court made it unlikely that the respondent would pose a danger to the public, she, at the very least, had to make those terms part of the order which she issued in the purported exercise of her jurisdiction under the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2].

As the matter presently stands, these terms, while they were considered by the Adjudicator as essential prerequisites for the issuance of her release order, are nowhere to be found in the order which she gave. It is therefore apparent, on the face of the record, that the Adjudicator failed to exercise her jurisdiction by omitting from her order terms and conditions which she considered essential for the release of the respondent. One of the obvious consequences which flow from this error is that if, for any reason, the terms and conditions imposed by the Provincial Court should

sur l'immigration au sujet d'une ordonnance de détention et remettant l'intimé en liberté.

AVOCATS

^a *Esta Resnick* pour le requérant.
Samuel D. Hyman et *Rod Holloway* pour l'intimé.

PROCUREURS

^b *Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.
Hyman, L. & Associates, Vancouver, et *Legal Services Society of B.C. Immigration Appeals Department*, Vancouver, pour l'intimé.
^c

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

^d LE JUGE NOËL: Je suis arrivé à la conclusion que l'ordonnance de l'arbitre mettant en liberté l'intimé devait être annulée, et que l'affaire devait être renvoyée pour une nouvelle audience devant un autre arbitre.

^e À mon avis, l'arbitre a refusé, au vu de la décision rendue par la Cour provinciale de la Colombie-Britannique de libérer l'intimé en attendant son procès pour agression sexuelle, de jouer son rôle relativement à certains aspects essentiels. Si, comme l'indique l'arbitre, elle était convaincue que les conditions de libération imposées par la Cour provinciale rendaient improbable que l'intimé constitue une menace pour la sécurité publique, elle se devait, à tout le moins, d'incorporer ces conditions dans l'ordonnance qu'elle a rendue dans le cours de ce qu'elle a présenté comme l'exercice de sa compétence en vertu de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2].
^f
^g
^h

ⁱ Dans l'état actuel de l'espèce, ces conditions, bien que considérées par l'arbitre comme étant des préalables essentiels à l'émission de son ordonnance de mise en liberté, ne font aucunement partie de l'ordonnance qu'elle a rendue. Il semble donc, au vu du dossier, que l'arbitre n'a pas exercé sa compétence, en omettant d'incorporer dans son ordonnance les conditions qu'elle considérait essentielles à la libération de l'intimé. Cette erreur entraîne, entre autres conséquences évidentes, que si, pour quelque raison que ce soit, les conditions imposées par la Cour provinciale

cease to have effect, public safety concerns under the *Immigration Act* will be left unattended. Indeed, no independent order imposing these terms has been made under the *Immigration Act*.

This error is symptomatic of a more fundamental error, namely the excessive deference which the Adjudicator exhibited towards the decision of the Provincial Court and the consequential failure, on her part, to focus on the specific authority which she was called upon to exercise. In her reasons, she stated:

The issue of your detention or release in terms of that custody was reviewed by Judge Smyth and you were released subject to very appropriately restrictive terms and conditions.

She later went on to state:

I carefully reviewed that section and found that he has power to order your detention if he found it to be necessary in the public interest or for the protection or safety of the public having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that you will, if released from custody, commit a criminal offence or any interference with the administration of justice. I see this as being a much broader power than what I have. It is the criminal justice system that is charged with the responsibility of dealing with alleged criminal behaviour whereas my mandate is much more restrictive.

before concluding that:

I am satisfied that given the terms of your release by Judge Smyth, it is unlikely that you would pose a danger to the public if released from detention under the *Immigration Act*.

It is clear from the reasons that, in so far as the pending charge was concerned, the Adjudicator was of the view that the decision of Judge Smyth had conclusively dealt with the public safety concern which she was called upon to assess under the *Immigration Act*. It is also clear that in so holding the Adjudicator considered Judge Smyth's task as more encompassing than hers and that he was in a better position to deal with alleged criminal behaviour than she was.

While Judge Smyth, in rendering his decision, was also concerned with the public safety issue arising from the actions of the respondent, he addressed it in a totally different statutory context. He was not, contrary to what is asserted by the Adjudicator, mandated to consider the broader issue of public interest.

devenaient inopérantes, la question de la sécurité du public que soulève la *Loi sur l'immigration* resterait lettre morte. Car aucune autre ordonnance imposant ces conditions n'a été rendue en vertu de la *Loi sur l'immigration*.

Cette erreur laisse entrevoir une erreur plus fondamentale, nommément l'excessive déférence montrée par l'arbitre à l'endroit de la décision rendue par la Cour provinciale, et qui a entraîné son incapacité à se concentrer sur les pouvoirs spécifiques qu'elle se devait d'exercer. Dans ses motifs, elle affirme:

[TRADUCTION] La question de votre détention ou de votre mise en liberté en ce qui concerne votre garde a été examinée par le juge Smyth, et vous avez été libéré sous réserve de l'observation des conditions très sévères qui vous ont été très judicieusement imposées.

Elle affirme ensuite:

[TRADUCTION] J'ai attentivement examiné cet article et j'ai conclu qu'il a le pouvoir d'ordonner votre détention s'il conclut que cela est nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que, si vous êtes mis en liberté, vous commettrez une infraction criminelle ou nuirez à l'administration de la justice. Je considère son pouvoir comme étant beaucoup plus étendu que celui dont je dispose. C'est le système pénal qui est chargé de s'occuper des accusations d'ordre pénal; mon mandat est beaucoup plus restreint.

Puis elle conclut:

[TRADUCTION] Je suis convaincue que, compte tenu des conditions que le juge Smyth a imposées à votre mise en liberté, vous ne constituerez vraisemblablement pas une menace pour la sécurité publique si vous êtes mis en liberté en vertu de la *Loi sur l'immigration*.

Il ressort clairement des motifs que l'arbitre était d'avis que la décision du juge Smyth réglait parfaitement, quant à l'accusation en instance, la question de la sécurité publique qu'elle devait évaluer au regard de la *Loi sur l'immigration*. Il est clair aussi que l'arbitre a considéré que le juge Smyth avait un mandat plus large que le sien et était dans une meilleure position qu'elle pour s'occuper d'une accusation d'ordre pénal.

Bien que le juge Smyth ait dû, au moment de rendre sa décision, évaluer le risque que la conduite de l'intimé pouvait faire courir à la sécurité du public, il a fait cette évaluation en fonction d'un contexte légal bien particulier. Il n'avait pas le mandat, contrairement à ce qu'a affirmé l'arbitre, de prendre en consi-

Furthermore, his mandate was fundamentally different from that of the Adjudicator.

The decision of Judge Smyth was made under the authority of subsection 515(10) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]. It provides:

515. ...

(10) For the purposes of this section, the detention of an accused is justified only on either of the following grounds:

(b) ... that his detention is necessary in the public interest or for the protection or safety of the public, having regard to all the circumstances including the substantial likelihood that the accused will, if he is released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice.

The respondent appeared before Judge Smyth in relation to the single offence of sexual assault with respect to which he was presumed innocent. Judge Smyth was compelled by law to release him unless the Crown could demonstrate that the detention was necessary for the protection or the safety of the public. That is the context in which he released the respondent. He gave no reasons.

The respondent appeared before the Adjudicator as a person under detention further to the earlier decision of Adjudicator Shaw Dyck. Adjudicator Shaw Dyck had determined that the respondent was a person described in paragraph 19(2)(a) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the *Immigration Act* and issued a conditional deportation order. At the conclusion of that inquiry, Adjudicator Shaw Dyck ordered the respondent detained on the basis that he was likely to pose a danger to the public.

The Adjudicator was called upon to review the reasons for the detention of the respondent and determine whether or not to continue it. The review authority is found in subsections 103(6) [as am. *idem*, s. 94] and (7) [as am. *idem*] of the *Immigration Act*. They provide:

103. ...

(6) Where any person is detained pursuant to this Act for an examination, inquiry or removal and the examination, inquiry or removal does not take place within forty-eight hours after

dération la question plus large de l'intérêt public. En fait, son mandat était fondamentalement différent de celui de l'arbitre.

Le juge Smyth a rendu sa décision en vertu du paragraphe 515(10) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46], qui prévoit:

515. ...

(10) Pour l'application du présent article, la détention d'un prévenu sous garde n'est justifiée que pour l'un ou l'autre des motifs suivants:

b) ... que sa détention est nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice.

L'intimé a comparu devant le juge Smyth relativement au seul chef d'accusation d'avoir commis une agression sexuelle, à l'égard duquel il était présumé innocent. Le juge Smyth devait, en vertu de la loi, mettre l'intimé en liberté, à moins que la Couronne puisse faire la preuve que la détention était nécessaire pour des raisons de sécurité publique. C'est là le contexte dans lequel il a mis en liberté l'intimé. Il n'a rendu aucun motif.

L'intimé a comparu devant l'arbitre à titre de personne détenue en vertu d'une décision rendue par un arbitre, en l'occurrence M^{me} Shaw Dyck. Cet arbitre avait déterminé que l'intimé était une personne visée par l'alinéa 19(2)a) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de la *Loi sur l'immigration*, et avait pris une mesure d'expulsion conditionnelle à son endroit. À la clôture de l'enquête, l'arbitre Dyck a ordonné que l'intimé soit détenu pour le motif qu'il constituait vraisemblablement une menace pour la sécurité publique.

On a demandé à l'arbitre d'examiner les motifs de la garde de l'intimé et de déterminer s'il était approprié de la continuer. Le pouvoir d'examen est accordé par les paragraphes 103(6) [mod., *idem*, art. 94] et (7) [mod., *idem*] de la *Loi sur l'immigration*, qui prévoient:

103. ...

(6) Si l'interrogatoire, l'enquête ou le renvoi aux fins desquels il est gardé n'ont pas lieu dans les quarante-huit heures, l'intéressé est amené, dès l'expiration de ce délai, devant un

that person is first placed in detention, that person shall be brought before an adjudicator forthwith and the reasons for the continued detention shall be reviewed, and thereafter that person shall be brought before an adjudicator at least once during the seven days . . . at which times the reasons for continued detention shall be reviewed.

(7) Where an adjudicator who conducts a review pursuant to subsection (6) is satisfied that the person in detention is not likely to pose a danger to the public . . . the adjudicator shall order that the person be released from detention subject to such terms and conditions as the adjudicator deems appropriate in the circumstances . . .

As this was a review proceeding, the burden was on the respondent to satisfy the Adjudicator that he did not pose a danger to the public. Adjudicator Shaw Dyck had, a few days earlier, decided that he did on the basis of the same evidence as that which was now before the Adjudicator.

The fact that she was sitting in a review proceeding seems to have escaped the Adjudicator. During the hearing she stated:

Adjudicator: Just so that there's no doubt, as well, in terms of the decision reached, all of the decisions reached last week by Adjudicator Shaw Dyck. I will not be revisiting her decision that it was appropriate for her to consider the issue of taking Mr. Salinas-Mendoza into custody. If you wanted to challenge that decision, the proper form would have been to take an application to the Federal Court. But I, as an Immigration Adjudicator, I do not believe that I have the power to sit in review of any decision that she has made.

There is no doubt that the Adjudicator was not sitting in an appellate or judicial review capacity. But she was charged with the mandate to reassess the reasons for the detention ordered by Adjudicator Shaw Dyck, and determine whether or not the detention ought to be continued. As that last order stood before her as valid and binding, the burden was on the respondent to demonstrate that it ought not to be continued, and not on the Minister. The Adjudicator could not ignore the fact that a detention order had been issued on the basis of the same evidence as that which the Minister was now presenting before her. Yet, her reasons make no mention of the prior order nor does it deal in any way with the strongly worded reasons which had been given in support of its issuance. Obviously, the Adjudicator felt that Judge

arbitre pour examen des motifs qui pourraient justifier une prolongation de sa garde; par la suite, il comparait devant un arbitre aux mêmes fins au moins une fois:

a) dans la période de sept jours . . .

(7) S'il est convaincu qu'il ne constitue vraisemblablement pas une menace pour la sécurité publique . . . l'arbitre chargé de l'examen prévu au paragraphe (6) ordonne la mise en liberté de l'intéressé, aux conditions qu'il juge indiquées en l'espèce . . .

Étant donné qu'il s'agissait d'une procédure d'examen, il appartenait à l'intimé de convaincre l'arbitre qu'il ne représentait pas une menace pour la sécurité publique. L'arbitre Dyck avait, quelques jours plus tôt, décidé que l'intimé représentait une telle menace, en se fondant sur la même preuve que celle qui a ensuite été déposée devant l'arbitre.

Il semble avoir échappé à l'arbitre qu'elle présidait à une procédure d'examen. Au cours de l'audience, elle a affirmé:

[TRADUCTION] Arbitre: Juste pour qu'il n'y ait aucun doute, de même, pour la décision rendue, toutes les décisions rendues la semaine dernière par l'arbitre Shaw Dyck. Je ne réviserai pas la décision selon laquelle elle a trouvé approprié de considérer la question de placer M. Salinas-Mendoza en détention. Si vous désiriez contester cette décision, vous deviez en référer à la Cour fédérale. Mais, à titre d'arbitre de l'Immigration, je ne crois pas avoir le pouvoir de réviser une décision qu'elle a rendue.

Il ne fait aucun doute que l'arbitre n'avait pas les pouvoirs d'un tribunal d'appel ou de contrôle judiciaire. Elle avait cependant le mandat d'examiner les motifs de la détention ordonnée par l'arbitre Dyck, et de déterminer si cette détention devait être prolongée. Comme cette ordonnance était valide et exécutoire, il incombait à l'intimé, non au ministre, de démontrer que la détention ne devait pas être prolongée. L'arbitre ne pouvait pas ne pas tenir compte du fait qu'une ordonnance de détention avait été rendue à partir de la même preuve que celle que le ministre lui présentait. Pourtant, ses motifs ne font aucune mention de l'ordonnance précédente et ils ne tiennent aucun compte des motifs non équivoques qui avaient été rendus à l'appui de cette ordonnance. De toute évidence, l'arbitre a cru que la décision du juge

Smyth's decision was determinative of the issue which she had to decide and gave no weight to the reasons for which a detention order had been issued in the first place.

Judge Smyth was not sitting in a review proceeding. He was assessing first hand the question as to whether the respondent ought to be released in the context of the sexual assault charge which was pending against him. The burden sat squarely on the Crown. Judge Smyth had to order the release of the respondent unless the Crown could convince him otherwise. He may have been very ambivalent about his decision to release the respondent and may indeed have released him only because the onus confronting the Crown compelled him to do so. Properly understood, while his decision was of interest to the Adjudicator, it had little relevance to the particular decision which she had to make in the context of the review proceedings before her.

In my view, the Adjudicator committed a reviewable error in treating the decision of Judge Smyth as determinative of the issue which she had to decide. She committed a further error in deferring to his decision in the belief that he was more apt, or better positioned jurisdictionally, to assess the potential risk to the public. In so doing, she failed to bring her own independent mind to bear on the issue which she had to decide.

It is also apparent from the reasons that the Adjudicator chose to discard evidence by reference to her perception of what was and what was not admissible before Judge Smyth. She did so in the following terms:

Some very subjective statements were attached to the reports to the Crown counsel and as indicated by Mr. Hynan last week, there are good reasons why they are not acceptable evidence in the criminal court setting. Many of the incidents referred to did not result in convictions, and our system of justice in Canada is based on the premise that a person is innocent until proven guilty, making it quite understandable that counsel would find much of this information to be prejudicial and highly inflammable.

Smyth déterminait de façon décisive de quelle façon elle devait trancher la question qui lui était soumise, et elle n'a accordé aucune importance aux motifs pour lesquels l'ordonnance de détention avait été originellement décernée.

Le juge Smyth ne présidait pas à une procédure d'examen. Il ne faisait que considérer la question, en soi, de savoir si l'intimé devait être mis en liberté, compte tenu de l'accusation d'agression sexuelle qui avait été portée contre lui. C'est clairement la Couronne qui avait la charge de la preuve: le juge Smyth devait ordonner la mise en liberté de l'intimé à moins que la Couronne ne le convainque de ne pas le faire. Il se peut que le juge Smyth ait eu une opinion ambivalente quant à l'opportunité de mettre en liberté l'intimé, et il se peut bien qu'il ait pris cette décision seulement parce qu'il s'y sentait obligé au regard de la charge de la preuve, qui reposait sur la Couronne. Bien comprise et quoique intéressante pour l'arbitre, cette décision n'avait que peu de pertinence dans la décision spécifique qu'elle devait rendre dans le contexte de la procédure d'examen à laquelle elle présidait.

À mon avis, l'arbitre a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en considérant que la décision du juge Smyth tranchait la question sur laquelle elle devait elle-même rendre une décision. Elle a commis une autre erreur en faisant preuve de déférence à l'égard de cette décision, croyant à tort que le juge Smyth était plus apte, ou que sa compétence le plaçait dans une meilleure position qu'elle, pour évaluer les risques pour le public. Ce faisant, elle a omis de se faire sa propre opinion de la question qu'elle devait trancher.

Il est aussi évident, au vu des motifs que l'arbitre a prononcés, qu'elle a écarté certains éléments de preuve en se fondant sur ce qui était, selon elle, admissible ou non de présenter en preuve devant le juge Smyth. Elle s'est exprimée de la façon suivante:

[TRADUCTION] Certaines affirmations très subjectives étaient annexées aux rapports transmis à l'avocat de la Couronne, et, comme l'a mentionné M. Hynan la semaine dernière, il y a de bonnes raisons pour qu'elles ne soient pas admissibles comme preuve devant une cour de compétence pénale. Bon nombre des incidents dont il est fait mention n'ont pas donné lieu à des condamnations, et notre système de justice, au Canada, est fondé sur le principe qu'une personne est innocente jusqu'à ce qu'on ait prouvé sa culpabilité, rendant très compréhensible

I note that the evidence so described may well have been admissible in a criminal court setting.¹ But, notwithstanding that, while it was quite open to the Adjudicator to ultimately reject evidence by reference to the rationale behind the criminal rules of evidence, she could not do so before first ascertaining whether the evidence in question could be considered credible or trustworthy. Subsection 80.1(5) [as enacted *idem*, s. 70] of the *Immigration Act* reads:

80.1 . . .

(5) An adjudicator is not bound by any legal or technical rules of evidence and, in any proceedings, may receive and base a decision on evidence adduced in the proceedings and considered credible or trustworthy in the circumstances of the case.

In enacting subsection 80.1(5) of the *Immigration Act*, the legislator obviously contemplated that evidence which is inadmissible under the legal or technical rules of evidence could nevertheless be relied upon, if found to be credible or trustworthy. It follows that the Adjudicator had the duty to consider all the evidence which had been received and determine whether the evidence in question could be considered trustworthy or credible. This, she did not do on the erroneous assumption that she could apply an evidentiary standard that is not mandated by the *Immigration Act*.

At the close of the hearing, counsel for the respondent submitted the following question for certification: "Is the standard for release under section 103 of the *Immigration Act* different than that for release pursuant to the bail provisions of the *Criminal Code*?"

I do not believe that this question calls for an answer in the context of this judicial review proceeding because, irrespective of the answer, the decision under review ought to be quashed.

However, I believe that it is incumbent for me to say, albeit *in obiter*, that in my view the standard is

¹ See s. 518(1)(e) of the *Criminal Code*.

que l'avocat considère ces documents comme préjudiciables et hautement incendiaires.

Je note que la preuve dont il est question précédemment aurait très bien pu être admissible dans une cour de compétence pénale¹. Toutefois, nonobstant cette considération, bien qu'il lui ait été loisible finalement de rejeter certains éléments de preuve en vertu de principes inhérents au droit de la preuve dans des instances pénales, elle ne pouvait pas le faire avant de s'être assurée que ces éléments de preuve n'étaient pas crédibles ou dignes de foi. Le paragraphe 80.1(5) [édicte, *idem*, art. 70] de la *Loi sur l'immigration* est rédigé de la façon suivante:

80.1 . . .

(5) L'arbitre n'est pas lié par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve. Il peut recevoir les éléments qui lui sont présentés dans le cadre des procédures instruites devant lui et qu'il considère comme crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder ses conclusions sur eux.

En promulguant le paragraphe 80.1(5) de la *Loi sur l'immigration*, le législateur a, de toute évidence, voulu que la preuve qui n'est pas admissible en vertu de règles légales ou techniques de présentation de la preuve puisse néanmoins être admise si elle est jugée crédible ou digne de foi. Par conséquent, l'arbitre avait le devoir de prendre en considération tous les éléments de preuve disponibles et de déterminer si ces éléments étaient crédibles ou dignes de foi. Ce qu'elle n'a pas fait, croyant erronément qu'elle pouvait appliquer une règle de présentation de la preuve qui n'est pas requise par la *Loi sur l'immigration*.

À la clôture de l'audience, l'avocat de l'intimé a demandé que la question suivante soit certifiée: [TRADUCTION] «Est-ce que la règle pour ordonner une mise en liberté en vertu de l'article 103 de la *Loi sur l'immigration* est différente de celle permettant d'ordonner une mise en liberté en vertu des dispositions du *Code criminel* relatives au cautionnement?»

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de donner une réponse à cette question dans le contexte de la présente procédure de contrôle judiciaire, étant donné que, quelle que soit la réponse, la décision faisant l'objet du présent contrôle devait être annulée.

Toutefois, je crois que je me dois d'affirmer, bien que ce soit à titre d'*obiter*, que la règle est exacte-

¹ Voir l'art. 518(1)(e) du *Code criminel*.

essentially the same under both Acts. It is, however, to be applied independently in each case by reference to the particular legislative context in which it arises.

For these reasons, the request for certification is denied; the decision of the Adjudicator is quashed; the order of Adjudicator Shaw Dyck made on June 17, 1994, is reinstated and the matter is referred back for a new detention review hearing before a different adjudicator.

ment la même pour les deux lois. Elle doit toutefois être appliquée de façon indépendante dans chaque cas et en tenant compte du contexte légal particulier qui donne lieu à son application.

^a

Pour les raisons exprimées précédemment, la demande de certification est rejetée; la décision de l'arbitre est annulée; l'ordonnance de l'arbitre Shaw Dyck, rendue le 17 juin 1994, est remise en vigueur et l'affaire est renvoyée pour que soit tenue par un arbitre différent une nouvelle audience sur la pertinence de prolonger la détention.

^b