

SEPARATE BUT UNEQUAL: IMMIGRATION DETENTION IN CANADA AND THE GREAT WRIT OF LIBERTY

*Siena Anstis, Joshua Blum and Jared Will**

Canada maintains a separate legal regime for immigration detainees who, until recently, were denied the right to seek release by way of *habeas corpus*. This denial of one of the most deeply entrenched rights at common law and under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was justified by the proposition that the immigration detention scheme is “separate but equal”—that it provides an adequate remedy such that *habeas corpus* is not necessary. Perhaps unsurprisingly, this “separate but equal” regime has failed to provide basic procedural and substantive protections that are available in other Canadian legal regimes where liberty is at stake. However, in 2015, the Court of Appeal for Ontario reignited the availability of *habeas corpus* as a remedy to indefinite detention in the immigration context in *Chaudhary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*. By reversing a line of cases that had confined immigration detainees to review by an administrative tribunal and judicial review in the Federal Court, *Chaudhary* has opened the door to the superior courts for immigration detainees. This article provides a review of the immigration detention system in Canada, the applicable legislation, procedures, and case law, and canvasses the impact of *Chaudhary* on the rights of immigration detainees. It then considers the benefits of *habeas corpus* as a litigation strategy, the role it has played in debunking the “separate but equal” myth, and suggests other potential issues now ripe for further litigation.

Le Canada opère un régime juridique distinct pour les détenus issus de l’immigration. Jusqu’à récemment, ceux-ci se voyaient refuser le droit de demander leur libération par voie d’*habeas corpus*. Cette négation de l’un des droits les plus profondément enracinés en common law et en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* était justifiée par la proposition selon laquelle le régime de détention en matière d’immigration est « distinct, mais équivalent », de sorte que l’*habeas corpus* ne serait pas nécessaire. Sans surprise, ce régime « distinct, mais équivalent » a échoué à assurer des protections procédurales et substantives de base disponibles dans d’autres régimes juridiques canadiens où la liberté de la personne est en jeu. Cependant, en 2015, la Cour d’appel de l’Ontario a de nouveau rendu disponible le recours à l’*habeas corpus* comme moyen de remédier à la détention indéfinie dans le contexte de l’immigration dans l’affaire *Chaudhary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*. En renversant une série de décisions qui avaient confiné l’adjudication des détentions du domaine de l’immigration à un tribunal administratif et à un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, *Chaudhary* a ouvert la porte au recours devant les tribunaux supérieurs pour les détenus en matière d’immigration. Cet article présente un examen du système de détention en matière d’immigration au Canada, de la législation, des procédures et de la jurisprudence applicables, et analyse l’impact de *Chaudhary* sur les droits des détenus de l’immigration. Il considère ensuite les avantages de l’*habeas corpus* comme une stratégie de contentieux, le rôle qu’il a joué dans la démystification du mythe « séparé, mais équivalent » et suggère que d’autres poursuites potentielles sont maintenant disponibles pour de nouveaux litiges.

* Siena Anstis is a litigation associate at Morrison & Foerster LLP in New York City with an interest in asylum and detention. Joshua Blum and Jared Will practice immigration and refugee law at Jared Will & Associates in Toronto, Ontario and have acted as counsel in a number of immigration detention cases, including several cases under discussion in this article. This article is dedicated to Barbara Jackman and William Sloan for their tireless efforts over the past decades to preserve the right to *habeas corpus* for non-citizens in Canada. The authors also thank Caitlin Leach for her invaluable assistance in editing.