

IMM-6450-11  
2012 FC 1411

IMM-6450-11  
2012 CF 1411

**Panchalingam Nagalingam** (*Applicant*)

**Panchalingam Nagalingam** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness** (*Respondent*)

**Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile** (*défendeur*)

**INDEXED AS: NAGALINGAM v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

**RÉPERTORIÉ : NAGALINGAM c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

Federal Court, Boivin J.—Toronto, October 2; Ottawa, December 3, 2012.

Cour fédérale, juge Boivin—Toronto, 2 octobre; Ottawa, 3 décembre 2012.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of immigration officer's decision to issue Immigration and Refugee Protection Act, s. 44(1) report stating applicant inadmissible on grounds of criminality under Act, s. 36(2)(a) — Applicant Convention refugee, permanent resident convicted of various criminal offences — Ordered deported following issuance of s. 44 report — Whether officer erring in law, breaching duty of procedural fairness by failing to take into account humanitarian and compassionate (H&C) considerations, to give applicant opportunity to make submissions prior to issuing report — More restrictive approach to officer, Minister's delegate's discretion in considering mitigating or H&C factors at Act, s. 44 level is to be favoured — Officer's decision herein consistent with case law on the matter — Procedural fairness not breached — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration d'établir un rapport en vertu de l'art. 44(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, dans lequel il a écrit que le demandeur était interdit de territoire pour criminalité aux termes de l'art. 36(2)a de la Loi — Le demandeur est un réfugié au sens de la Convention et un résident permanent déclaré coupable de diverses infractions — Une mesure d'expulsion a été prononcée contre lui à la suite de la délivrance du rapport visé à l'art. 44 — La question était de savoir si l'agent a commis une erreur de droit et un manquement à l'équité procédurale en ne tenant pas compte des considérations humanitaires et en ne donnant pas au demandeur l'occasion de présenter des arguments avant d'établir le rapport — On doit favoriser une approche plus restrictive en ce qui concerne la liberté d'un agent d'immigration ou d'un représentant du ministre de prendre en compte des circonstances atténuantes ou des considérations humanitaires dans une procédure engagée selon l'art. 44 — En l'espèce, la décision de l'agent était conforme à la jurisprudence sur la question — Il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale — Demande rejetée.*

This was an application for judicial review of an immigration officer's decision to issue a report, pursuant to subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, stating that there were reasonable grounds to believe that the applicant was inadmissible on grounds of criminality under paragraph 36(2)(a) of the Act.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration d'établir un rapport en vertu du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, dans lequel il a écrit qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était interdit de territoire pour criminalité aux termes de l'alinéa 36(2)a de la Loi.

The applicant, Sri Lankan, was found to be a Convention refugee and later became a permanent resident. He was subsequently convicted of various criminal offences. The officer issued the above-mentioned report and, following a proceeding under subsection 44(2) of the Act, the applicant was ordered deported.

Le demandeur, originaire du Sri Lanka, a obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention, puis est devenu résident permanent. Il a par la suite été déclaré coupable de diverses infractions. L'agent a établi le rapport susmentionné, et à la suite d'une enquête menée en vertu du paragraphe 44(2) de la Loi, le demandeur a fait l'objet d'une mesure d'expulsion.

At issue was whether the officer erred in law and breached the duty of procedural fairness by failing to take into account humanitarian and compassionate (H&C) considerations and/or by failing to give the applicant an opportunity to make submissions prior to issuing the report and directing the applicant to inquiry.

*Held*, the application should be dismissed.

Most of the case law examined favours the position that very little discretion is awarded to officers or the Minister's delegates to consider factors other than the factual basis of the inadmissibility finding. Indeed, a more restrictive approach to the discretion that an officer or a Minister's delegate has in considering mitigating or H&C factors at the section 44 level is to be favoured. The fact that the Minister's delegate would not consider H&C factors during this interview is consistent with the majority of the case law on this issue, including the Federal Court of Appeal's decisions. Therefore, there was no breach in procedural fairness warranting intervention herein.

Il s'agissait de déterminer si l'agent a commis une erreur de droit et un manquement à l'équité procédurale parce qu'il a passé outre aux considérations humanitaires et/ou parce qu'il n'a pas donné au demandeur l'occasion de présenter des arguments sur la question avant d'établir le rapport et de convoquer le demandeur à une enquête.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

La plupart des précédents examinés appuient la position selon laquelle les agents d'immigration ou les représentants du ministre n'ont guère la possibilité de prendre en compte des facteurs autres que les faits à l'origine de l'interdiction de territoire. De fait, la jurisprudence favorise une approche plus restrictive pour ce qui concerne la liberté d'un agent d'immigration ou d'un représentant du ministre de prendre en compte des circonstances atténuantes ou des considérations humanitaires dans une procédure engagée selon l'article 44. La décision du représentant du ministre de ne pas prendre en compte les questions d'ordre humanitaire durant l'entrevue est conforme à la jurisprudence dominante sur la question, ainsi qu'aux arrêts de la Cour d'appel fédérale. Il n'y a donc eu aucun manquement à l'équité procédurale pouvant justifier une intervention en l'espèce.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 36, 37(1)(a), 44, 64(1), 72, 115(2)(b).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 228.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409; *Awed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 469, 46 Admin. L.R. (4th) 233; *Correia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 782, 253 F.T.R. 153; *Richter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 806, [2009] 1 F.C.R. 675, aff'd 2009 FCA 73; *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

##### CONSIDERED:

*Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1397; *Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 153, [2009] 2 F.C.R. 52; *Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 176, 253 C.R.R. (2d) 310; *Nagalingam v. Canada (Public Safety*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 36, 37(1)a), 44, 64(1), 72, 115(2)b).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 228.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409; *Awed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 469; *Correia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 782; *Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 806, [2009] 1 R.C.F. 675, conf. par 2009 CAF 73; *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1397; *Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 153, [2009] 2 R.C.F. 52; *Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2012 CF 176; *Nagalingam c. Canada (Sécurité publique et*

*and Emergency Preparedness*), 2012 FC 362, [2013] 4 F.C.R. 415; *Nagalingam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 CanLII 94396 (I.R.B.); *Monge Monge v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 809, [2010] 3 F.C.R. 291; *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3.

## REFERRED TO:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Wajaras v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 200; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193.

APPLICATION for judicial review of an immigration officer's decision to issue a report, pursuant to subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, stating that there were reasonable grounds to believe that the applicant was inadmissible on grounds of criminality under paragraph 36(2)(a) of the Act. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Andrew J. Brouwer* for applicant.  
*Michael Butterfield* and *Nadine S. Silverman* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Refugee Law Office*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] BOIVIN J.: This is an application for judicial review pursuant to section 72 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act) of a decision by the immigration officer (the officer), pursuant to subsection 44(1) of the Act, that determined that there were reasonable grounds to believe that Mr. Panchalingam Nagalingam (the applicant) is inadmissible under paragraph 36(2)(a) of the Act.

*Protection civile*), 2012 CF 362, [2013] 4 R.C.F. 415; *Nagalingam c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CanLII 94396 (C.I.S.R.); *Monge Monge c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CF 809, [2010] 3 R.C.F. 291; *Hernandez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Wajaras c. Canada (Ministre Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 200; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration d'établir un rapport en vertu du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, dans lequel il a écrit qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était interdit de territoire pour criminalité aux termes de l'alinéa 36(2)a) de la Loi. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Andrew J. Brouwer* pour le demandeur.  
*Michael Butterfield* et *Nadine S. Silverman* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Refugee Law Office*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE BOIVIN : Le demandeur sollicite, en application de l'article 72 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), le contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration (l'agent), prise en vertu du paragraphe 44(1) de la Loi, qui a estimé qu'il existait des motifs raisonnables de croire que m. Panchalingam Nagalingam (le demandeur) est interdit de territoire aux termes de l'alinéa 36(2)a) de la Loi.

### Factual Background

[2] The applicant is a citizen of Sri Lanka and a Tamil. He arrived in Canada in August 1994. On March 2, 1995, he was found to be a Convention refugee and he became a permanent resident on March 13, 1997.

[3] Between 1999 and 2001, the applicant was convicted of assault, failure to comply with a recognizance and mischief. Subsequently, the applicant was found to be inadmissible on grounds of organized criminality under paragraph 37(1)(a) of the Act because of his membership in the AK Kannan Tamil gang. A deportation order was issued against him on May 28, 2003, by virtue of which he also lost his permanent resident status. The Federal Court dismissed his application for judicial review of the decision on his inadmissibility (*Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1397).

[4] Because the applicant had been found to be a Convention refugee, the Minister issued a danger opinion under paragraph 115(2)(b) of the Act on October 4, 2005 and it was determined that the applicant should not be allowed to remain in Canada based on the nature and severity of the acts he committed. The applicant sought judicial review and applied for a stay to this Court, but the stay was dismissed. The applicant then sought an injunction from the Ontario Superior Court of Justice which dismissed his application, relying partly on the assurance of the Minister that he would be allowed to return should his judicial review of the danger opinion be allowed.

[5] The applicant was removed from Canada on December 5, 2005. On April 24, 2008, the Federal Court of Appeal allowed the judicial review of the danger opinion and it was remitted back for redetermination (*Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 153, [2009] 2 F.C.R. 52). The applicant made a request to the Minister to allow him to return to Canada. While awaiting return to Canada, the

### Le contexte

[2] Le demandeur est un Tamoul originaire du Sri Lanka. Il est arrivé au Canada en août 1994. Le 2 mars 1995, il a obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention et il est devenu résident permanent le 13 mars 1997.

[3] Entre 1999 et 2001, le demandeur a été déclaré coupable de voies de fait, de non-respect des conditions d'un engagement et de méfait. Il a plus tard été frappé d'une interdiction de territoire pour criminalité organisée, en vertu de l'alinéa 37(1)a) de la Loi, à cause de son appartenance au gang tamoul AK Kannan. Une mesure d'expulsion a été prononcée contre lui le 28 mai 2003, mesure qui lui faisait aussi perdre son statut de résident permanent. La Cour fédérale a rejeté sa demande de contrôle judiciaire déposée à l'encontre de la décision le frappant d'une interdiction de territoire (*Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1397).

[4] Comme le demandeur avait été reconnu comme réfugié au sens de la Convention, le ministre a rendu le 4 octobre 2005 un avis de danger en vertu de l'alinéa 115(2)b) de la Loi, et il fut décidé que le demandeur ne devrait pas être autorisé à demeurer au Canada eu égard à la nature et à la gravité des actes qu'il avait commis. Le demandeur a introduit une procédure de contrôle judiciaire et prié la Cour d'ordonner un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi, mais sa requête en sursis à l'exécution a été rejetée. Il a alors tenté d'obtenir une injonction de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, qui a rejeté sa demande, invoquant notamment l'assurance du ministre qu'il serait autorisé à revenir pour le cas où sa demande de contrôle judiciaire à l'encontre de l'avis de danger serait accueillie.

[5] Le demandeur a été renvoyé du Canada le 5 décembre 2005. Le 24 avril 2008, la Cour d'appel fédérale a accueilli sa demande de contrôle judiciaire à l'encontre de l'avis de danger, lequel fut renvoyé au représentant du ministre pour nouvelle décision (*Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 153, [2009] 2 R.C.F. 52). Le demandeur a prié le ministre de l'autoriser à revenir au Canada.

applicant was allegedly kidnapped from his home in Colombo and tortured for more than two days.

[6] The applicant returned to Canada on February 24, 2009 on a temporary resident permit. Upon his return, he was initially detained but eventually released on strict terms and conditions.

[7] The Minister had initiated a reconsideration of the paragraph 115(2)(b) danger opinion prior to the applicant's return to the country. When another danger opinion was issued on February 23, 2011, concluding that the applicant should not be allowed to remain in Canada based on the nature and severity of his acts and was to be removed between March 23 and March 26, 2011, the applicant filed two applications for leave and judicial review: one challenging the 2011 danger opinion, and the second seeking a declaration that the 2003 removal order was spent and of no remaining legal force. In the meantime, the applicant filed motions to stay his removal and initiated a petition with the United Nations Committee Against Torture (UNCAT), which granted the interim measures and requested that the removal be deferred. These interim measures were lifted when the Government of Canada successfully argued that the applicant's petition was inadmissible because domestic remedies had not been exhausted—namely, the two judicial review applications.

[8] Justice Russell of the Federal Court heard both applications in October 2011 and allowed the judicial review of the danger opinion for a breach in procedural fairness because the applicant was not allowed to cross-examine a detective who provided evidence (*Nagalingam v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 176, 253 C.R.R. (2d) 310). Justice Russell also allowed, in part, the judicial review of the 2003 removal order (*Nagalingam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 362, [2013] 4 F.C.R. 415). Justice Russell held that “the 2003 [deportation] order ... although valid when made, has now been executed and its force is spent. Hence, it cannot now be used as the basis of any future deportation of the applicant and

Alors qu'il attendait son retour au Canada, il aurait été enlevé à son domicile à Colombo, puis torturé durant plus de deux jours.

[6] Le demandeur est revenu au Canada le 24 février 2009 à la faveur d'un permis de séjour temporaire. À son retour, il a d'abord été détenu, puis finalement relâché sous de strictes conditions.

[7] Le ministre avait entrepris, avant le retour du demandeur au pays, le réexamen de l'avis de danger rendu en vertu de l'alinéa 115(2)b). Quand un autre avis de danger fut rendu le 23 février 2011, qui concluait que le demandeur ne devrait pas être autorisé à demeurer au Canada eu égard à la nature et à la gravité de ses actes et qu'il serait renvoyé entre le 23 et le 26 mars 2011, le demandeur a déposé deux demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire : dans la première, il contestait l'avis de danger de 2011 et, dans la deuxième, il sollicitait un jugement déclaratoire disant que l'ordonnance de renvoi de 2003 était consommée et n'avait plus de valeur juridique. Dans l'intervalle, le demandeur a déposé des requêtes en sursis à l'exécution de la mesure de renvoi et présenté une pétition au Comité contre la torture des Nations Unies, lequel a accordé les mesures provisoires et demandé le report du renvoi. Ces mesures provisoires ont été levées après que le gouvernement du Canada a réussi à faire admettre que la pétition du demandeur était irrecevable parce que ses recours internes n'avaient pas été épuisés — à savoir les deux demandes de contrôle judiciaire.

[8] Le juge Russell, de la Cour fédérale, a instruit les deux demandes en octobre 2011 et a fait droit, pour manquement à l'équité procédurale, à la demande de contrôle judiciaire ayant trait à l'avis de danger, le demandeur n'ayant pas été à même de contre-interroger un détective qui avait témoigné (*Nagalingam c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 176). Le juge Russell a aussi fait droit en partie à la demande de contrôle judiciaire portant sur la mesure de renvoi de 2003 (*Nagalingam c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 362, [2013] 4 R.C.F. 415). Selon lui, « la mesure d'expulsion [...] 2003, bien qu'elle [fût] valide au moment de sa prononciation, a maintenant été exécutée, et [...] son effet s'en trouve

the Court prohibits the respondent from using the 2003 order to remove the applicant from Canada.”

[9] On September 9, 2011, the officer issued a subsection 44(1) report stating that the applicant is inadmissible under paragraph 36(2)(a) of the Act for reasons of criminality, on the basis of the failure to comply with a recognizance and mischief under \$5 000 convictions in September 2000 and January 2001. The applicant was served with the report on September 9, 2011, along with a notice to appear for a subsection 44(2) proceeding. The applicant was not interviewed prior to the issuance of the report and direction to inquiry, and was not permitted to make submissions. The interview was initially scheduled for September 13, 2011, but was postponed until September 16, 2011 at the applicant’s request.

[10] The applicant was interviewed by a Minister’s delegate and a new deportation order was issued against him on September 16, 2011 under subsection 44(2) of the Act. His deportation was initially scheduled for September 29–30, 2011. By letter dated September 23, 2011, the UNCAT informed the applicant’s counsel that it had reinstated the interim measures request.

[11] The applicant claims he would have raised several considerations if given the opportunity, namely: his rehabilitation over the past decade; the time elapsed since the last offence and clear criminal record since (over 11 years); his compliance with house arrest; his ongoing efforts to obtain a pardon; his marriage to Nira Rajanayagam and their daughter Alena; the fact that he cares for his elderly parents; his relationship to his family in Canada; the danger he faces in Sri Lanka and his Convention refugee status.

[12] In a decision dated February 21, 2012 [*Nagalingam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 CanLII 94396], the IAD [Immigration Appeal Division] determined that it did not have jurisdiction

épuisé. En conséquence, cette mesure n’autorise pas le défendeur à renvoyer de nouveau le demandeur du Canada, et la Cour lui interdit de l’utiliser à cette fin ».

[9] Le 9 septembre 2011, l’agent a établi en vertu du paragraphe 44(1) de la Loi un rapport où il écrivait que le demandeur est interdit de territoire aux termes de l’alinéa 36(2)a) de la Loi pour criminalité, puisqu’il avait été reconnu coupable en septembre 2000 et janvier 2001 de non-respect des conditions d’un engagement et de méfait à l’égard d’un bien d’une valeur inférieure à 5 000 \$. Le rapport a été signifié au demandeur le 9 septembre 2011, accompagné d’un avis de convocation à une enquête devant se dérouler en vertu du paragraphe 44(2). Le demandeur n’avait pas bénéficié d’une entrevue avant l’établissement du rapport ni avant la directive prévoyant la tenue d’une enquête, et il n’a pas été autorisé à présenter des conclusions. L’entrevue devait d’abord avoir lieu le 13 septembre 2011, mais elle fut repoussée au 16 septembre 2011 à la requête du demandeur.

[10] Un représentant du ministre s’est entretenu avec le demandeur, et une nouvelle mesure d’expulsion a été prononcée contre celui-ci le 16 septembre 2011 en vertu du paragraphe 44(2) de la Loi. Son expulsion était prévue au départ les 29 et 30 septembre 2011. Par lettre datée du 23 septembre 2011, le Comité contre la torture des Nations Unies a informé l’avocat du demandeur qu’il rétablissait la demande de mesures provisoires.

[11] Le demandeur prétend qu’il aurait avancé plusieurs arguments si l’occasion lui en avait été donnée, à savoir les suivants : sa réadaptation au cours de la dernière décennie; le temps écoulé depuis la dernière infraction et un casier judiciaire sans tache depuis (une période de 11 ans); l’observation de ses conditions d’assignation à résidence; les démarches qu’il a entreprises pour obtenir un pardon; son mariage avec Nira Rajanayagam, et leur fille Alena; le fait qu’il s’occupe de ses parents âgés; ses relations avec sa famille au Canada; le risque qu’il court au Sri Lanka, enfin son statut de réfugié au sens de la Convention.

[12] Par décision datée du 21 février 2012 [*Nagalingam c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CanLII 94396], la SAI [Section d’appel de l’immigration] a conclu qu’elle n’avait pas compétence selon

under subsection 64(1) of the Act to hear the applicant's appeal of the deportation order because he has been found inadmissible on grounds of organized criminality. The IAD's decision is under review in a separate application before this Court (IMM-2411-12).

### The Impugned Decision

[13] The applicant takes issue with the officer's decision to issue the subsection 44(1) report. The report, dated September 9, 2011, indicates that the applicant is a person who is a foreign national who has been authorized to enter Canada and who, in the officer's opinion, is inadmissible pursuant to paragraph 36(2)(a) of the Act for having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by way of indictment. The report states the following:

MR. PANCHALINGAM NAGALINGAM WAS CONVICTED ON 25 SEPTEMBER 2000 AT TORONTO OF FAIL TO COMPLY CONTRARY TO SUBSECTION 145(3) OF THE *CRIMINAL CODE* OF CANADA AND WHICH IS PUNISHABLE BY IMPRISONMENT FOR A TERM NOT EXCEEDING TWO YEARS. HE WAS SENTENCED TO 5 DAYS JAIL AND 3 DAYS PRE-SENTENCE CUSTODY.

IN ADDITION, MR. PANCHALINGAM NAGALINGAM WAS CONVICTED ON 25 JANUARY 2001 AT TORONTO OF TWO COUNTS MISCHIEF UNDER \$5000 CONTRARY TO SUBSECTION 430(4) OF THE *CRIMINAL CODE* OF CANADA AND WHICH IS PUNISHABLE BY IMPRISONMENT FOR A TERM NOT EXCEEDING TWO YEARS. HE WAS SENTENCED TO 45 DAYS JAIL INTERMITTENT, 2 YEARS PROBATION, AND 16 DAYS PRE-SENTENCE CUSTODY.

### Issue

[14] The applicant submits the following issue: Did the officer err in law and breach the duty of procedural fairness by failing to take into account humanitarian and

le paragraphe 64(1) de la Loi pour instruire l'appel du demandeur à l'encontre de la mesure d'expulsion, et cela parce qu'il était frappé d'interdiction de territoire pour criminalité organisée. La décision de la SAI est contestée dans une autre procédure de contrôle judiciaire introduite devant la Cour (IMM-2411-12).

### La décision contestée

[13] Le demandeur conteste la décision de l'agent d'établir le rapport prévu par le paragraphe 44(1). Le rapport, daté du 9 septembre 2011, mentionne que le demandeur est un étranger qui a été autorisé à entrer au Canada et qui, selon l'agent, est interdit de territoire en vertu de l'alinéa 36(2)a) de la Loi pour avoir été déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation. Le rapport renferme ce qui suit :

[TRADUCTION]

M. PANCHALINGAM NAGALINGAM A ÉTÉ DÉCLARÉ COUPABLE LE 25 SEPTEMBRE 2000, À TORONTO, DE NON-RESPECT DES CONDITIONS D'UN ENGAGEMENT, UNE INFRACTION AU PARAGRAPHE 145(3) DU *CODE CRIMINEL* DU CANADA, ET PUNISSABLE D'UN EMPRISONNEMENT MAXIMAL DE DEUX ANS. IL A ÉTÉ CONDAMNÉ À UNE PEINE D'EMPRISONNEMENT DE CINQ JOURS ET À UNE DÉTENTION PRÉVENTIVE DE TROIS JOURS.

M. PANCHALINGAM NAGALINGAM A AUSSI ÉTÉ DÉCLARÉ COUPABLE LE 25 JANVIER 2001, À TORONTO, DE DEUX CHEFS DE MÉFAIT À L'ÉGARD D'UN BIEN D'UNE VALEUR INFÉRIEURE À 5 000 \$, UNE INFRACTION AU PARAGRAPHE 430(4) DU *CODE CRIMINEL* DU CANADA, ET PUNISSABLE D'UN EMPRISONNEMENT MAXIMAL DE DEUX ANS. IL A ÉTÉ CONDAMNÉ À UNE PEINE D'EMPRISONNEMENT DE 45 JOURS, DEVAUT ÊTRE PURGÉE D'UNE MANIÈRE DISCONTINUE, À UNE PÉRIODE DE PROBATION DE DEUX ANS ET À UNE DÉTENTION PRÉVENTIVE DE 16 JOURS.

### La question en litige

[14] Le demandeur soumet le point suivant : L'agent a-t-il commis une erreur de droit et un manquement à l'équité procédurale parce qu'il a passé outre aux

compassionate considerations and/or by failing to give the applicant an opportunity to make submissions on the issue prior to issuing the report and directing the applicant to inquiry?

considérations humanitaires et/ou parce qu'il n'a pas donné au demandeur l'occasion de présenter des arguments sur la question avant d'établir le rapport et de convoquer le demandeur à une enquête?

### Legislative provisions

[15] The following provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act* are relevant to the present case:

### Les dispositions applicables

[15] Les dispositions suivantes de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* sont applicables à la présente affaire :

	PART 1 IMMIGRATION TO CANADA ... DIVISION 4 INADMISSIBILITY ...	PARTIE 1 IMMIGRATION AU CANADA [...] SECTION 4 INTERDICTIONS DE TERRITOIRE [...]	
Serious criminality	<b>36.</b> (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for  ...	<b>36.</b> (1) Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :  [...]	Grande criminalité
Criminality	(2) A foreign national is inadmissible on grounds of criminality for  (a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by way of indictment, or of two offences under any Act of Parliament not arising out of a single occurrence;  ...	(2) Emportent, sauf pour le résident permanent, interdiction de territoire pour criminalité les faits suivants :  a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de deux infractions à toute loi fédérale qui ne découlent pas des mêmes faits;  [...]	Criminalité
Application	(3) The following provisions govern subsections (1) and (2):  (a) an offence that may be prosecuted either summarily or by way of indictment is deemed to be an indictable offence, even if it has been prosecuted summarily;	(3) Les dispositions suivantes régissent l'application des paragraphes (1) et (2) :  a) l'infraction punissable par mise en accusation ou par procédure sommaire est assimilée à l'infraction punissable par mise en accusation, indépendamment du mode de poursuite effectivement retenu;	Application

(b) inadmissibility under subsections (1) and (2) may not be based on a conviction in respect of which a record suspension has been ordered and has not been revoked or ceased to have effect under the *Criminal Records Act*, or in respect of which there has been a final determination of an acquittal;

...

#### DIVISION 5

##### LOSS OF STATUS AND REMOVAL

###### *Report on Inadmissibility*

Preparation  
of report

**44.** (1) An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.

Referral or  
removal  
order

(2) If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, except in the case of a permanent resident who is inadmissible solely on the grounds that they have failed to comply with the residency obligation under section 28 and except, in the circumstances prescribed by the regulations, in the case of a foreign national. In those cases, the Minister may make a removal order.

Conditions

(3) An officer or the Immigration Division may impose any conditions, including the payment of a deposit or the posting of a guarantee for compliance with the conditions, that the officer or the Division considers necessary on a permanent resident or a foreign national who is the subject of a report, an admissibility hearing or, being in Canada, a removal order.

[16] Furthermore, the following provision from the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 is also relevant since it establishes that, in the applicant's case, the Minister's delegate does not refer the report to the Immigration Division but instead produces the removal order, in this case a deportation order, him or herself:

b) la déclaration de culpabilité n'emporte pas interdiction de territoire en cas de verdict d'acquiescement rendu en dernier ressort ou en cas de suspension du casier — sauf cas de révocation ou de nullité — au titre de la *Loi sur le casier judiciaire*;

[...]

#### SECTION 5

##### PERTE DE STATUT ET RENVOI

###### *Constat de l'interdiction de territoire*

**44.** (1) S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.

Rapport  
d'interdiction  
de territoire

(2) S'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, sauf s'il s'agit d'un résident permanent interdit de territoire pour le seul motif qu'il n'a pas respecté l'obligation de résidence ou, dans les circonstances visées par les règlements, d'un étranger; il peut alors prendre une mesure de renvoi.

Suivi

(3) L'agent ou la Section de l'immigration peut imposer les conditions qu'il estime nécessaires, notamment la remise d'une garantie d'exécution, au résident permanent ou à l'étranger qui fait l'objet d'un rapport ou d'une enquête ou, étant au Canada, d'une mesure de renvoi.

Conditions

[16] Par ailleurs, la disposition suivante du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, est elle aussi applicable puisqu'elle prévoit que, dans le cas du demandeur, le représentant du ministre ne soumet pas le rapport à la Section de l'immigration, mais prononce plutôt lui-même la mesure de renvoi, en l'occurrence une mesure d'expulsion :

## DIVISION 2

## SECTION 2

## SPECIFIED REMOVAL ORDER

## MESURES DE RENVOI À PRENDRE

Subsection  
44(2) of the  
Act  
— foreign  
nationals

**228.** (1) For the purposes of subsection 44(2) of the Act, and subject to subsections (3) and (4), if a report in respect of a foreign national does not include any grounds of inadmissibility other than those set out in the following circumstances, the report shall not be referred to the Immigration Division and any removal order made shall be

(a) if the foreign national is inadmissible under paragraph 36(1)(a) or (2)(a) of the Act on grounds of serious criminality or criminality, a deportation order;

Standard of review

[17] The issue submitted before this Court concerns a potential breach of procedural fairness. It is therefore reviewable on a standard of correctness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409 (*Cha*), at paragraph 16).

Arguments*Applicant's Position*

[18] The applicant argues that the officer erred in law by not considering all relevant circumstances and failing to give him the opportunity to provide submissions on why a subsection 44(1) report should not be written and referred to a Minister's delegate for decision.

[19] The applicant relies heavily on Justice Harrington's summary and analysis of relevant case law and factors as set out in *Monge Monge v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 809, [2010] 3 F.C.R. 291 (*AMM*), at paragraphs 18–31. *AMM* discusses the matters of the discretion available to

Application  
du  
paragraphe  
44(2) de la  
Loi :  
étrangers

**228.** (1) Pour l'application du paragraphe 44(2) de la Loi, mais sous réserve des paragraphes (3) et (4), dans le cas où elle ne comporte pas de motif d'interdiction de territoire autre que ceux prévus dans l'une des circonstances ci-après, l'affaire n'est pas déferée à la Section de l'immigration et la mesure de renvoi à prendre est celle indiquée en regard du motif en cause :

a) en cas d'interdiction de territoire de l'étranger pour grande criminalité ou criminalité au titre des alinéas 36(1)a) ou (2)a) de la Loi, l'expulsion;

La norme de contrôle

[17] La question soumise à l'examen de la Cour concerne un possible manquement à l'équité procédurale. C'est donc une question qui doit être revue d'après la norme de la décision correcte (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409 (*Cha*), au paragraphe 16).

Les arguments*La position du demandeur*

[18] Le demandeur soutient que l'agent a commis une erreur de droit parce qu'il n'a pas tenu compte de toutes les circonstances pertinentes et qu'il ne lui a pas donné l'occasion d'expliquer pourquoi un rapport selon le paragraphe 44(1) ne devrait pas être établi et soumis à un représentant du ministre pour décision.

[19] Le demandeur s'appuie largement sur la décision *Monge Monge c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CF 809, [2010] 3 R.C.F. 291 (*AMM*), où le juge Harrington résume et analyse, aux paragraphes 18 à 31, les précédents et les facteurs applicables. Le juge Harrington examine dans

enforcement officers whether to issue (or not) a subsection 44(1) report, the level of procedural fairness required with regards to such reports and what factors need to be considered by enforcement officers when authoring such reports.

[20] The applicant submits that in *AMM*, as well as in many of the cases reviewed in *AMM*, a narrative report had been produced by the officer setting out the circumstances of the case and factors taken into consideration. The applicant concedes that, when such narrative reports were argued to be inadequate in other cases, the Court generally refused to intervene. However, he argues that his case is different because: (i) he was not interviewed in connection with the preparation of the report; (ii) no narrative report was produced; (iii) he is a Convention refugee; (iv) when drafting the report, the Minister believed he was in a position to effect removal immediately because there was no stay in place yet; (v) the Minister was of the opinion that the Immigration Appeal Division (the IAD) had no jurisdiction to hear an appeal where humanitarian and compassionate (H&C) grounds could be raised; (vi) there are numerous relevant consideration in the applicant's case that should have been taken into consideration.

[21] The applicant further submits that refugees are entitled to a higher level of procedural fairness than visitors (citing Justice Décary in *Cha*, above). He argues that, when Justice Mosley held in *Awed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 469, 46 Admin L.R. (4th) 233 (*Awed*) that this does not mean that refugees are entitled to expect more participation or discretion in the section 44 context than other foreign nationals, he was relying on the fact that refugees can appeal to the IAD where they can raise H&C considerations, a right the applicant may not have in this case.

[22] The applicant submits that the Federal Court jurisprudence on the topic is divergent, and the Federal

cette décision plusieurs aspects : le pouvoir discrétionnaire conféré aux agents d'exécution d'établir (ou non) un rapport selon le paragraphe 44(1), le niveau d'équité procédurale auquel ils sont astreints dans l'établissement de tels rapports, et les facteurs dont ils doivent tenir compte lorsqu'ils signent de tels rapports.

[20] Le demandeur affirme que, dans la décision *AMM*, ainsi que dans bon nombre des précédents qui y sont recensés, un rapport narratif avait été établi par l'agent, énumérant les circonstances du cas et les facteurs pris en compte. Le demandeur admet que, lorsqu'on faisait valoir, dans d'autres cas, que des rapports narratifs de cette nature étaient déficients, la Cour refusait en général d'intervenir. Cependant, il soutient que son cas est différent parce que : i) il n'a pas bénéficié d'une entrevue en marge de la rédaction du rapport; ii) aucun rapport narratif n'a été établi; iii) il est un réfugié au sens de la Convention; iv) au moment de la rédaction du rapport, le ministre croyait être en position de procéder immédiatement à l'exécution de la mesure de renvoi parce qu'il n'existait encore aucun sursis à l'exécution de cette mesure; v) le ministre était d'avis que la Section d'appel de l'immigration (la SAI) n'avait pas compétence pour instruire un appel où des considérations humanitaires pourraient être invoquées; vi) il y a dans le cas de l'appelant de nombreux facteurs pertinents qui auraient dû être pris en compte.

[21] Le demandeur affirme aussi que les réfugiés ont droit à un niveau plus élevé d'équité procédurale que les visiteurs (il cite à l'appui le juge Décary dans l'arrêt *Cha*, précité). Il soutient que, lorsque le juge Mosley écrivait, dans la décision *Awed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 469 (*Awed*), que cela ne signifie pas que les réfugiés sont fondés, plus que les autres étrangers, à espérer davantage de droits de participation ou davantage de latitude dans l'application de l'article 44, il s'appuyait sur le fait que les réfugiés peuvent interjeter appel devant la SAI, où ils sont à même d'invoquer des considérations humanitaires, un droit que le demandeur n'a peut-être pas dans la présente affaire.

[22] Le demandeur affirme que la jurisprudence de la Cour fédérale sur le sujet est incertaine et que l'arrêt

Court of Appeal's decision in *Cha*, above, is ambiguous with regards to the existence of discretion.

#### *Respondent's Position*

[23] The respondent submits that the officer's discretion not to issue a subsection 44(1) report when the individual has breached the relevant sections of the Act is limited. He cites *Correia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 782, 253 F.T.R. 153 (*Correia*) in support of the idea that the decision to make such reports must be considered in the context of Division 5 of the Act, which has as its purpose the removal of certain persons from Canada. He submits that the officer's inquiry is restricted to relevant facts, and not H&C matters nor the applicant's rehabilitation. The respondent also refers to *Richter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 806, [2009] 1 F.C.R. 675 (*Richter*), aff'd 2009 FCA 73 to indicate that the discretion not to report is extremely limited and that the purpose of the interview under subsection 44(1) is merely to confirm the factual information that supports the opinion of the officer.

[24] The respondent also relies on *Cha*, above, at paragraphs 33, 35 and 37, where the Federal Court of Appeal held that an officer is expected to prepare a report under subsection 44(1) unless a pardon has been granted or the convictions reversed. Furthermore, it is argued that *Cha* stands for the notion that a reading of sections 36 and 44 of the Act indicates that officers and the Minister's delegates are only on a fact-finding mission and are not to consider particular circumstances—it is not the officer's function to deal with H&C matters or other matters relevant to a pre-removal risk assessment.

[25] The respondent submits that in the case of *AMM*, above, the Court did not answer whether there was a discretion or not on the part of the officer to issue the report. The respondent further submits that even when there was no detailed assessment, the Court did not intervene.

*Cha* de la Cour d'appel fédérale est ambigu sur l'existence d'un pouvoir discrétionnaire.

#### *La position du défendeur*

[23] Le défendeur affirme que l'agent n'a qu'un faible pouvoir discrétionnaire de ne pas établir un rapport aux termes du paragraphe 44(1) dès lors que l'intéressé tombe sous le coup des dispositions applicables de la Loi. Invoquant la décision *Correia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 782 (*Correia*), il affirme que la décision d'établir de tels rapports doit être considérée dans le contexte de la section 5 de la Loi, une section dont l'objet est le renvoi de certaines personnes du Canada. Selon le défendeur, l'enquête de l'agent se limite aux faits pertinents, à l'exclusion des questions d'ordre humanitaire ou de la réadaptation du demandeur. Le défendeur se réfère aussi à la décision *Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 806, [2009] 1 R.C.F. 675 (*Richter*), conf. par 2009 CAF 73, pour soutenir que le pouvoir discrétionnaire de l'agent de ne pas établir un rapport est extrêmement restreint et que l'entrevue aux termes du paragraphe 44(1) a simplement pour objet de vérifier les renseignements précis qui appuient l'avis de l'agent.

[24] Le défendeur invoque aussi l'arrêt *Cha*, précité, aux paragraphes 33, 35 et 37, où la Cour d'appel fédérale écrivait que l'agent est en principe tenu d'établir un rapport aux termes du paragraphe 44(1) sauf si un pardon a été accordé ou s'il y a eu verdict d'acquiescement en dernier ressort. Il fait aussi valoir que l'arrêt *Cha* donne l'interprétation suivante des articles 36 et 44 de la Loi : la mission des agents d'immigration et des représentants du ministre ne consiste qu'à rechercher les faits, sans qu'il soit tenu compte de circonstances particulières — il n'appartient pas à l'agent de s'enquérir de questions d'ordre humanitaire ni d'autres aspects pouvant intéresser un examen des risques avant renvoi.

[25] Le défendeur dit que, dans la décision *AMM*, précitée, la Cour ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si l'agent était libre ou non d'établir le rapport. Il ajoute que, alors même qu'il n'existait aucun examen détaillé, la Cour n'est pas intervenue.

[26] Finally, the respondent also submits that the applicant can present mitigating factors at the subsection 44(2) stage before the Minister's delegate (citing *Wajaras v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 200).

### Analysis

[27] At the outset, the Court recalls the wording of subsection 44(1) of the Act: "An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister" (emphasis added).

[28] The wording indicates that a certain discretion is awarded to the officer. Justice Décary's words in *Cha*, above, at paragraph 19, indicated that the level of discretion an officer has will depend on whether the case deals with foreign nationals or permanent residents, the various possible grounds for inadmissibility (and the varying level of complexity of the underlying facts, depending on the grounds), and whether the Minister's delegate issues the deportation order him or herself or refers it to the Immigration Division instead (*Cha*, above, at paragraph 22).

[29] At the hearing before this Court, the applicant relied heavily on *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3 (*Hernandez*), at paragraph 31, which lends support to the applicant's contention that certain factors should have been considered for the subsection 44(1) report.

[30] In *Hernandez*, above, Justice Snider interpreted the judgment in *Correia*, above, not to mean that immigration officers were precluded from considering anything beyond the conviction itself, but rather that the facts considered must relate to the criminal conviction. Justice Snider concluded by analysing the factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and*

[26] Finalement, le défendeur, invoquant la décision *Wajaras c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 200, ajoute que le demandeur peut, au stade du renvoi de l'affaire selon le paragraphe 44(2), présenter des circonstances atténuantes au représentant du ministre.

### Analyse

[27] La Cour rappelle d'entrée de jeu le libellé du paragraphe 44(1) de la Loi : « S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre » (non souligné dans l'original).

[28] Le texte du paragraphe 44(1) donne à penser qu'une certaine latitude est accordée à l'agent. Les propos du juge Décary dans l'arrêt *Cha*, précité, au paragraphe 19, montraient que le pouvoir d'appréciation de l'agent variera selon que l'affaire concerne un étranger ou un résident permanent, selon les divers moyens possibles pouvant justifier une interdiction de territoire (et selon le niveau de complexité des faits sous-jacents, compte tenu des moyens invoqués), et selon que le représentant du ministre prononce lui-même la mesure d'expulsion ou défère plutôt l'affaire à la Section de l'immigration (*Cha*, précité, paragraphe 22).

[29] Durant l'audience tenue devant la Cour, le demandeur s'est considérablement appuyé sur la décision *Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3 (*Hernandez*), au paragraphe 31, un précédent qui prête appui à son argument selon lequel certains facteurs auraient dû être pris en compte dans le rapport établi selon le paragraphe 44(1).

[30] Dans la décision *Hernandez*, précitée, la juge Snider écrivait que la décision *Correia*, précitée, ne signifiait pas que les agents d'immigration sont empêchés de considérer quoi que ce soit d'autre que la déclaration de culpabilité elle-même, mais plutôt que les faits pris en considération doivent se rapporter à la déclaration de culpabilité. Elle concluait par une analyse des facteurs

*Immigration*), [1999] 2 S.C.R. 817, and held that the duty of fairness in such cases was more relaxed, being administrative in nature, and did not always require an oral interview, but that at the very least, the applicant should be given the opportunity to make submissions and know the case against him.

[31] However, the Court notes that the remainder of the jurisprudence that was examined in *AMM*, above, generally favours the respondent's point of view that very little discretion is awarded to officers or the Minister's delegates to consider factors other than the factual basis of the inadmissibility finding. In support for this proposition, the Court recalls the following excerpt from *Cha*, above, at paragraph 37, where Justice Décary of the Federal Court of Appeal stated that the intent of Parliament is clear and observed the following:

It cannot be, in my view, that Parliament would have in sections 36 and 44 of the Act spent so much effort defining objective circumstances in which persons who commit certain well-defined offences in Canada are to be removed, to then grant the immigration officer or the Minister's delegate the option to keep these persons in Canada for reasons other than those contemplated by the Act and the Regulations. It is not the function of the immigration officer, when deciding whether or not to prepare a report on inadmissibility based on paragraph 36(2)(a) grounds, or the function of the Minister's delegate when he acts on a report, to deal with matters described in sections 25 (H&C considerations) and 112 (pre-removal risk assessment) of the Act. [Citations omitted.]

[32] In the case of *Awed*, above, which concerned a foreign national who was also a Convention refugee, Justice Mosley held the following at paragraph 17 when applying the Federal Court of Appeal's judgment in *Cha*:

I find no support in *Cha* for the applicant's contention that foreign nationals who are also protected persons and who have been convicted of the predicate crimes described in section 36 of the Act, are entitled to a higher degree of procedural fairness or participatory rights with respect to the operation of subsection 44(1) than other foreign nationals or permanent residents.

énumérés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, ajoutant que l'obligation d'équité dans de tels cas était moins stricte, étant de nature administrative, et ne commandait pas toujours une entrevue, mais que, à tout le moins, l'intéressé devrait avoir la possibilité de présenter des observations et de connaître le dossier établi contre lui.

[31] Cependant, la Cour relève que les autres précédents examinés dans la décision *AMM*, précitée, appuient en général la position du défendeur pour qui les agents d'immigration ou les représentants du ministre n'ont guère la possibilité de prendre en compte des facteurs autres que les faits à l'origine de l'interdiction de territoire. Au soutien de cette manière de voir, la Cour reproduit l'extrait suivant de l'arrêt *Cha*, au paragraphe 37, où le juge Décary, de la Cour d'appel fédérale, écrivait que l'intention du législateur était sans ambiguïté, ajoutant ce qui suit :

Je ne peux concevoir que le législateur ait mis autant de soins pour préciser, aux articles 36 et 44 de la Loi, de manière objective, les cas où les auteurs de certaines infractions bien définies commises au Canada doivent être renvoyés du pays, pour ensuite offrir la possibilité à un agent d'immigration ou à un représentant du ministre de permettre à ces personnes de rester au Canada pour des motifs autres que ceux prévus par la Loi ou le Règlement. Il n'appartient pas à l'agent d'immigration, lorsqu'il décide d'établir ou non un rapport d'interdiction de territoire pour des motifs visés par l'alinéa 36(2)a, ou au représentant du ministre lorsqu'il y donne suite, de se pencher sur des questions visées par les articles 25 (motif d'ordre humanitaire) et 112 (examen des risques avant renvoi) de la Loi. [Références omises.]

[32] Dans la décision *Awed*, précitée, qui concernait un étranger qui était également un réfugié au sens de la Convention, le juge Mosley s'exprimait ainsi, au paragraphe 17, à propos de l'arrêt *Cha* rendu par la Cour d'appel fédérale :

Rien dans l'arrêt *Cha* ne va dans le sens de la thèse du demandeur, qui prétend que, dans le cadre de l'application du paragraphe 44(1), les ressortissants étrangers qui sont aussi des personnes à protéger et qui ont été déclarées coupables de certains crimes énoncés à l'article 36 de la Loi ont droit à des garanties procédurales plus élevées ou ont un droit de défendre leur point de vue plus large que les autres ressortissants étrangers ou que les résidents permanents.

[33] Hence, Justice Mosley viewed the interview under subsection 44(1) simply as a means to confirm the facts underlying the finding of inadmissibility with a minimal content of duty of fairness. Two years later, in *Richter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 806, [2009] 1 F.C.R. 675 [cited above], Justice Mosley reiterated his conclusions expressed in *Awed*, above. Justice Mosley's decision in *Richter* was appealed and the Federal Court of Appeal confirmed the decision and substantially adopted his reasoning and mentioned that the scope and content of the duty will vary depending on the circumstances of each case (*Richter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 73 [cited above], at paragraph 10).

[34] The Court is therefore of the view that the jurisprudence favours a more restrictive approach to the discretion that an officer or a Minister's delegate has in considering mitigating or H&C factors at the section 44 level (*Cha*, above; *Awed*, above; *Richter*, above; *Correia*, above).

[35] Based on the jurisprudence noted above and the circumstances of this case, the Court cannot conclude that the duty of fairness in a case like this one requires the officer to allow for submissions prior to the issuance of a subsection 44(1) report, or that the officer should, or even could, consider humanitarian and compassionate grounds. The fact that the Minister's delegate would not consider H&C factors during this interview is consistent with the majority of the jurisprudence on this issue, and consistent with the Federal Court of Appeal's decisions. Therefore, the Court finds no breach in procedural fairness that warrants its intervention.

[36] The application for judicial review will therefore be dismissed.

[37] The applicant proposed the following three alternative ways of formulating a question to be certified:

[33] Le juge Mosley estimait donc qu'une entrevue aux termes du paragraphe 44(1) était simplement un moyen de vérifier les faits à l'origine de l'interdiction de territoire et qu'elle était assortie d'un niveau très faible d'obligation d'équité. Deux années plus tard, dans la décision *Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 806, [2009] 1 R.C.F. 675 [précitée], le juge Mosley réitérait sa position exprimée dans la décision *Awed*, précitée. Appel fut interjeté de sa décision dans l'affaire *Richter*, et la Cour d'appel fédérale a confirmé sa décision et adopté pour l'essentiel son raisonnement, ajoutant que l'étendue et la teneur de l'obligation d'équité variera en fonction des circonstances de l'espèce (*Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 73 [précité], au paragraphe 10).

[34] La Cour est donc d'avis que la jurisprudence favorise une approche plus restrictive pour ce qui concerne la liberté d'un agent d'immigration ou d'un représentant du ministre de prendre en compte des circonstances atténuantes ou des considérations humanitaires dans une procédure engagée selon l'article 44 (*Cha*, précité; *Awed*, précitée; *Richter*, précitée; *Correia*, précitée).

[35] Eu égard à la jurisprudence susmentionnée et aux circonstances de la présente affaire, la Cour ne peut conclure que l'obligation d'équité dans un cas comme celui-ci contraint l'agent à recevoir des observations avant d'établir un rapport selon le paragraphe 44(1), et elle ne peut conclure non plus que l'agent devrait, ou même pourrait, considérer des motifs d'ordre humanitaire. Le représentant du ministre n'a pas à prendre en compte des questions d'ordre humanitaire durant l'entrevue menée selon l'article 44, et cette position s'accorde avec la jurisprudence dominante sur la question, ainsi qu'avec les arrêts de la Cour d'appel fédérale. La Cour conclut donc qu'il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale pouvant justifier son intervention.

[36] La demande de contrôle judiciaire sera donc rejetée.

[37] Le demandeur a proposé les trois manières suivantes de formuler une question susceptible d'être certifiée :

(i) In the preparation of a report under subsection 44(1) of the Act in respect of a protected person, does the duty of procedural fairness require that the officer provide an opportunity for the person concerned to make submissions and/or provide evidence? or,

(ii) What is the scope of discretion available to an enforcement officer in deciding whether to prepare, and in preparing, a subsection 44(1) report regarding a protected person? or,

(iii) What is the duty of fairness owed to a protected person by an enforcement officer in deciding whether to prepare, and in preparing, a subsection 44(1) report?

[38] The Federal Court of Appeal stated the necessary criteria for certifying a question of general importance in *Liyangam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4. The proposed questions must transcend the interests of the immediate parties to the litigation, contemplate issues of broad significance or general application and be determinative of the appeal.

[39] In the Court's view, the questions formulated by the applicant do not satisfy these criteria: the proposed questions for certification have been considered or settled by the Federal Court of Appeal.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is dismissed;
2. No questions for certification;
3. A copy of the reasons for judgment and judgment is to be placed in file IMM-2411-12.

(i) Dans l'établissement d'un rapport selon le paragraphe 44(1) de la Loi à propos d'une personne protégée, l'obligation d'équité procédurale requiert-elle de l'agent qu'il donne à cette personne l'occasion de présenter des arguments et/ou de produire des preuves?

(ii) Quelle est la latitude dont jouit un agent d'exécution dans la décision d'établir ou non, selon le paragraphe 44(1), un rapport touchant une personne protégée, ou dans l'établissement d'un tel rapport?

(iii) Quelle obligation d'équité un agent d'exécution a-t-il envers une personne protégée lorsqu'il décide s'il convient ou non d'établir un rapport selon le paragraphe 44(1), et lorsqu'il établit un tel rapport?

[38] La Cour d'appel fédérale a exposé, dans l'arrêt *Liyangam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL), les critères à observer lorsqu'il s'agit de certifier une question de portée générale. La question proposée doit transcender les intérêts des parties au litige, elle doit aborder des éléments ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale et elle doit être déterminante pour l'issue de l'appel.

[39] Selon la Cour, les questions formulées par le demandeur ne répondent pas à ces critères : les questions qu'il voudrait voir certifiées ont été examinées ou résolues par la Cour d'appel fédérale.

#### JUGEMENT

LE JUGEMENT DE LA COUR est le suivant :

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée;
2. Aucune question n'est certifiée;
3. Une copie des présents motifs du jugement et jugement sera versée dans le dossier IMM-2411-12.