

A-153-18
2019 FCA 223

A-153-18
2019 CAF 223

Reem Yousef Saeed Kreishan, Giovanni Acevedo Arango (aka Giovanni Acevedo Arango), Cristian Camilo Acevedo Gomez, Mohammed Zakir Hossain, Suad Sulieman Odeh Abu Shabab, Abdalla Mahmoud Aboushabab, Maha Mahmoud Mohamed Oudah, Aly Mahmoud Mohamed Oudah, Mohamed Mahmoud Oudah, Tagi Mahmoud Mohamed Aboshabab, Huda Marwan Kashtem, Mhd Nazir Deirani, Bara'a Derani (*Appellants*)

Reem Yousef Saeed Kreishan, Giovanni Acevedo Arango (aussi appelé Giovanni Acevedo Arango), Cristian Camilo Acevedo Gomez, Mohammed Zakir Hossain, Suad Sulieman Odeh Abu Shabab, Abdalla Mahmoud Aboushabab, Maha Mahmoud Mohamed Oudah, Aly Mahmoud Mohamed Oudah, Mohamed Mahmoud Oudah, Tagi Mahmoud Mohamed Aboshabab, Huda Marwan Kashtem, Mhd Nazir Deirani, Bara'a Derani (*appelants*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*intimé*)

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

RÉPERTORIÉ : KREISHAN c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court of Appeal, Webb, Rennie and Laskin J.J.A.—Toronto, October 2, 2018; Ottawa, August 19, 2019.

Cour d'appel fédérale, juges Webb, Rennie et Laskin, J.C.A.—Toronto, 2 octobre 2018; Ottawa, 19 août 2019.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Appeal from Federal Court decision dismissing appellants' judicial reviews of Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division (RAD) decisions — RAD dismissing appellants' appeals of rejection by Refugee Protection Division (RPD) of their claims for asylum — Under Safe Third Country Agreement (STCA) between Canada, United States, responsibility for refugee claimants arriving from U.S. at Canadian land border port of entry falling to the U.S. as first "safe country" — However, Canada retaining responsibility for those having family members in Canada or who are unaccompanied minors (STCA-excepted asylum seekers) — Appellants STCA-excepted asylum seekers — Allowed into Canada after asserting having family members in Canada — RAD dismissing appeals on basis appellants having no right of appeal under Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 110(2)(d) (RAD bar) — Appellants contending RAD bar infringing Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), s. 7 — Whether Act, 110(2)(d) infringing Charter, s. 7 — Federal Court erring in assuming s. 7 engaged — Courts should not assume life, liberty or security negatively affected or limited by legislation in question — Courts having to examine nexus between impugned measure, deprivation — Nexus asserted herein was that inability to appeal to RAD increasing

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant les demandes de contrôle judiciaire des appelants à l'encontre des décisions de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — La SAR avait rejeté les appels interjetés par les appelants à l'encontre des décisions dans lesquelles la Section de la protection des réfugiés (SPR) a rejeté leurs demandes d'asile — Selon l'Entente sur les tiers pays sûrs (ETPS) conclue entre le Canada et les États-Unis, la responsabilité des demandeurs d'asile qui arrivent à un point d'entrée terrestre du Canada depuis les États-Unis incombe aux États-Unis, ce pays étant leur premier « pays sûr » d'arrivée — Le Canada conserve toutefois la responsabilité de la détermination du statut de réfugié des demandeurs en provenance des États-Unis qui ont des membres de la famille au Canada ou qui sont des mineurs non accompagnés (demandeurs d'asile visés par une dispense de l'ETPS) — Les appelants étaient des demandeurs d'asile visés par une dispense de l'ETPS — Ayant fait valoir que des membres de leur famille vivaient au Canada, ils ont été autorisés à entrer au Canada — La SAR a rejeté les appels, jugeant que les appelants n'avaient pas de droit d'appel selon l'art. 110(2)d de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) (restriction au droit d'interjeter appel à la SAR) — Les appelants

risk of refoulement, psychological stress — No nexus between RAD bar; any psychological harm experienced by appellants — No basis to interfere with Federal Court's conclusions in this respect — Charter not requiring that appellate tribunal be put in place — No constitutional requirement for government to act affirmatively to ensure that each person enjoy minimum of life, liberty, security of person — S. 7 requiring deprivation of these interests to be engaged — Absence of measures reducing existing risk of harm such as refoulement, failure to extend appeal rights to RAD to encompass others not amounting to deprivation within meaning of s. 7 — No special circumstances herein requiring affirmative obligation on government — Appeal dismissed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Under Safe Third Country Agreement (STCA) between Canada, United States, responsibility for refugee claimants arriving from U.S. at Canadian land border port of entry falling to the U.S. as first “safe country” — However, Canada retaining responsibility for those having family members in Canada or who are unaccompanied minors (STCA-excepted asylum seekers) — Appellants STCA-excepted asylum seekers — Allowed into Canada after asserting having family members in Canada — Appellant's refugee claims rejected by Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD)— Refugee Appeal Division (RAD) dismissing appeals on basis appellants having no right of appeal under Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 110(2)(d) (RAD bar) — Appellants contending RAD bar infringing Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), s. 7 — Arguing, inter alia: that their Charter, s. 7 interests engaged by risk of refoulement at end of refugee determination process and by psychological stress associated with absence of right of appeal; that RAD bar arbitrary, overbroad; that Federal Court erring in analysis of their s. 7 interests — Whether Act, s. 110(2)(d) infringing Charter, s. 7 — S. 110(2)(d) not engaging Charter, s. 7 — Appellants needing to show that their rights under s. 7 engaged by RAD bar, that deprivation not in accordance with principles of fundamental justice — Federal Court erring in assuming s. 7 engaged

ont soutenu que la restriction au droit d'interjeter appel à la SAR contrevenait à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés (Charte) — Il s'agissait de savoir si l'art. 110(2)d porte atteinte à l'art. 7 de la Charte — La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a présumé que l'art. 7 a été mis en jeu — Le juge ne doit pas présumer que la loi en question porte atteinte aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne ou qu'elle restreint ces droits — Le juge doit examiner le lien entre la mesure contestée et la privation — Dans le présent appel, le lien allégué tenait au fait que le déni d'interjeter appel à la SAR augmentait le risque de refoulement, ainsi que l'anxiété psychologique — Il n'y avait aucun lien entre les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR et quelque préjudice psychologique subi par les appelants — Il n'y avait aucune raison de revenir sur les conclusions de la Cour fédérale à cet égard — La Charte n'exige pas la mise sur pied d'une juridiction d'appel — Rien dans la Constitution n'oblige l'État à agir concrètement afin de garantir à chacun un droit minimum à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Il doit y avoir atteinte à ces droits pour que l'art. 7 soit mis en jeu — L'absence de mesures visant à réduire un risque existant de préjudice, comme le risque de refoulement, ne constitue pas une privation au sens de l'art. 7, pas plus que ne l'est le défaut d'étendre à d'autres le droit d'interjeter appel à la SAR — Il n'y avait aucune circonstance particulière qui imposerait au gouvernement une obligation positive — Appel rejeté.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Selon l'Entente sur les tiers pays sûrs (ETPS) conclue entre le Canada et les États-Unis, la responsabilité des demandeurs d'asile qui arrivent à un point d'entrée terrestre du Canada depuis les États-Unis incombe aux États-Unis, ce pays étant leur premier « pays sûr » d'arrivée — Le Canada conserve toutefois la responsabilité de la détermination du statut de réfugié des demandeurs qui ont des membres de la famille au Canada ou qui sont des mineurs non accompagnés (demandeurs d'asile visés par une dispense de l'ETPS) — Les appelants étaient des demandeurs d'asile visés par une dispense de l'ETPS — Ayant fait valoir que des membres de leur famille vivaient au Canada, ils ont été autorisés à entrer au Canada — Les demandes d'asile des appelants ont été rejetées par la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — La Section d'appel des réfugiés (SAR) a rejeté les appels, jugeant que les appelants n'avaient pas de droit d'appel selon l'art. 110(2)d de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) (restriction au droit d'interjeter appel à la SAR) — Les appelants ont soutenu que la restriction du droit d'interjeter appel à la SAR contrevenait à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Ils ont allégué notamment que le risque de refoulement au terme du processus de détermination du statut de réfugié et la tension psychologique associée à l'absence de droit d'appel, faisaient jouer les

— Courts should not assume life, liberty or security negatively affected or limited by legislation in question — Scope, substance of s. 7 interests matters of discrete, independent jurisprudential analysis — Courts having to examine nexus between impugned measure, deprivation — Nexus herein critical — Failure to scope out precise nature of deprivation frustrating second stage of s. 7 analysis — Nexus asserted herein was that inability to appeal to RAD increasing risk of refoulement, psychological stress — No nexus between RAD bar, any psychological harm experienced by appellants — No basis to interfere with Federal Court's conclusions in this respect — Stress associated with fact some claimants only having one chance to establish claim not engaging s. 7 — Psychological stress inherent in refugee determination process — S. 7 interests of all claimants, regardless of underlying administrative basis of their rejection, protected at removal stage — Charter not requiring that appellate tribunal be put in place — No constitutional requirement for government to act affirmatively to ensure that each person enjoy minimum of life, liberty, security of person — S. 7 requiring deprivation of these interests in order to be engaged.

Practice — Notice of constitutional question — Federal Courts Act, s. 57 requiring that notice of constitutional question be served on all Attorneys General at least ten days before hearing of appeal — Notice herein served less than ten days prior to hearing of appeal — While Court exercising discretion to hear appeal on conditional basis, that decision not lightly made — Factors in Canada (Attorney General) v. Larkman relating to requests for extensions of time not dispositive — Those factors addressing interests of, potential prejudice to, parties to proceeding — Notice of constitutional question, by contrast, having public dimension — Ensuring that law not declared unconstitutional unless opportunity given to government to support law's validity.

droits qu'ils tirent de l'art. 7 de la Charte; que les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR étaient arbitraires et que leur portée était excessive; et que la Cour fédérale a commis une erreur dans son analyse des droits qui leur sont garantis par l'art. 7 — Il s'agissait de savoir si l'art. 110(2)(d) de la LIPR porte atteinte à l'art. 7 de la Charte — L'art. 110(2)d ne déclenche pas l'application de l'art. 7 de la Charte — Les appelants devaient démontrer que les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR faisaient jouer les droits qu'ils tiennent de l'art. 7, puis que cette privation était contraire aux principes de justice fondamentale — La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a présumé que l'art. 7 a été mis en jeu — Le juge ne doit pas présumer que la loi en question porte atteinte aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne ou qu'elle restreint ces droits — La portée et la substance des droits garantis par l'art. 7 sont, en soi, des questions qui doivent faire l'objet d'une analyse jurisprudentielle distincte et indépendante — Le juge doit examiner le lien entre la mesure contestée et la privation — En l'espèce, le lien était essentiel — Le défaut de définir la nature précise de la privation réduit à néant la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'art. 7 — Dans le présent appel, le lien allégué tenait au fait que le déni d'interjeter appel à la SAR augmentait le risque de refoulement, ainsi que la tension psychologique — Il n'y avait aucun lien entre les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR et quelque préjudice psychologique subi par les appelants — Il n'y avait aucune raison de revenir sur les conclusions de la Cour fédérale à cet égard — La tension occasionnée du fait que certains demandeurs n'ont qu'une seule chance d'établir le bien-fondé de leur demande ne met pas en jeu l'art. 7 — La tension psychologique est inhérente au processus de détermination du statut de réfugié — Les droits que garantit l'art. 7 à tous les demandeurs, quels que soit le motif administratif justifiant le rejet de leur demande, sont protégés à l'étape du renvoi — La Charte n'exige pas la mise sur pied d'une juridiction d'appel — Rien dans la Constitution n'oblige l'État à agir concrètement afin de garantir à chacun un droit minimum à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Il doit y avoir atteinte à ces droits pour que l'article 7 soit mis en jeu.

Pratique — Avis de question constitutionnelle — Aux termes de l'art. 57 de la Loi sur les Cours fédérales, l'avis de question constitutionnelle doit être signifié à tous les procureurs généraux au moins dix jours avant l'audition de l'appel — Dans la présente affaire, l'avis a été signifié moins de dix jours avant l'audition de l'appel — La Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire d'instruire l'appel à certaines conditions, mais elle n'a pas pris cette décision à la légère — Les facteurs énoncés dans l'arrêt Canada (Procureur général) c. Larkman se rapportant aux demandes de prorogation de délai ne dictaient pas la solution — Ces facteurs visent à ce qu'il soit tenu compte des droits des parties à une instance et du préjudice qui pourrait leur être causé — L'avis de question constitutionnelle, à l'opposé, comporte une dimension publique — Il vise à

This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing the appellants' parallel judicial reviews of decisions by the Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division (RAD). The RAD had dismissed the appellant's appeals of decisions by the Board's Refugee Protection Division (RPD) rejecting their claims for asylum.

Under the safe third country concept, claims for asylum may be rejected on the basis that the claimant should have sought protection in a country other than where the claim was made. The Safe Third Country Agreement (STCA) between Canada and the United States recognizes, *inter alia*, the legal obligations of both countries under the principle of non-*refoulement* prohibiting the removal of refugees to a territory where they are at risk of human rights violations. Under the STCA, refugee claimants arriving from the United States at a Canadian land border port of entry cannot seek protection in Canada. Responsibility over their claim falls to the United States, the first "safe country" in which they arrived. Canada retains responsibility for determining the refugee status of claimants arriving from the United States who have family members in Canada or who are unaccompanied minors. The appellants were STCA-accepted asylum seekers who, after transiting through the United States, presented claims for protection at a Canadian land border port of entry. They were allowed into Canada after asserting that they had family members in Canada. The RAD dismissed the appeals on jurisdictional grounds, as under paragraph 110(2)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act) the appellants had no right of appeal (RAD bar). The appellants contended that the RAD bar infringed section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. They argued, *inter alia*: that their section 7 interests were engaged by the risk of *refoulement* at the end of the refugee determination process and by the psychological stress associated with the absence of a right of appeal; that the substantive protections of section 7 were violated by the RAD bar on the basis that it is arbitrary and overbroad in relation to its purpose; and that the Federal Court erred in law in the analysis of their section 7 interests. They also contended that a second stage appeal for failed claimants is necessary to ensure that errors of fact or law are corrected, so as to minimize the risk of *refoulement*. Finally, the appellants argued that in between the beginning of the refugee claim adjudication process, and at the removal stage, the obligation not to *refoule* continues, with the result that section 7 is engaged by the channelling of the appellants into a process which does not minimize the risk of *refoulement*.

s'assurer qu'une loi ne puisse être déclarée inconstitutionnelle que si le gouvernement a eu la latitude nécessaire pour en soutenir la validité.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant les demandes de contrôle judiciaire parallèles des appelants à l'encontre des décisions de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. La SAR avait rejeté les appels interjetés par les appelants à l'encontre des décisions dans lesquelles la Section de la protection des réfugiés (SPR) a rejeté leurs demandes d'asile.

Selon la notion de tiers pays sûr, les demandes d'asile peuvent être rejetées si le demandeur aurait dû demander l'asile dans un pays autre que celui dans lequel il a présenté sa demande. L'Entente sur les tiers pays sûrs (ETPS) conclue entre le Canada et les États-Unis précise notamment les obligations légales des deux pays aux termes du principe du non-*refoulement*, qui interdit le renvoi de réfugiés vers un territoire où ils risquent d'être victimes de violations des droits de la personne. Selon l'ETPS, les demandeurs d'asile qui arrivent à un point d'entrée terrestre du Canada depuis les États-Unis ne peuvent présenter une demande d'asile au Canada. La responsabilité de leur demande incombe plutôt aux États-Unis, ce pays étant leur premier « pays sûr » d'arrivée. Le Canada conserve la responsabilité de la détermination du statut de réfugié des demandeurs en provenance des États-Unis qui ont des membres de la famille au Canada ou qui sont des mineurs non accompagnés. Les appelants en l'espèce étaient des demandeurs d'asile visés par une dispense de l'ETPS qui, après avoir transité par les États-Unis, ont présenté des demandes d'asile à un point d'entrée terrestre du Canada. Ayant fait valoir que des membres de leur famille vivaient au Canada, ils ont été autorisés à entrer au Canada. La SAR a rejeté les appels pour défaut de compétence, jugeant que les appelants n'avaient pas de droit d'appel selon l'alinéa 110(2)d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (Loi) (restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR). Les appelants ont soutenu que les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR contrevenaient à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ils ont allégué notamment que le risque de *refoulement* au terme du processus de détermination du statut de réfugié et la tension psychologique associée à l'absence de droit d'appel, faisaient jouer les droits qu'ils tirent de l'article 7; que les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR étaient contraires aux protections fondamentales conférées par l'article 7, parce que ces restrictions étaient arbitraires et que leur portée était excessive par rapport à leurs objectifs; et que la Cour fédérale a commis une erreur de droit dans son analyse des droits qui leur sont garantis par l'article 7. Les appelants ont soutenu également qu'il est nécessaire d'offrir un appel en deuxième instance aux demandeurs déboutés, pour s'assurer que soit corrigée toute erreur de fait ou de droit et ainsi réduire au maximum le risque de

At issue was whether paragraph 110(2)(d) of the Act infringes section 7 of the Charter.

Held, the appeal should be dismissed.

A preliminary matter was first addressed with respect to the notice of constitutional question requirement in section 57 of the *Federal Courts Act*. Such a notice must be served on all Attorneys General at least ten days before the hearing of the appeal. In this case, it was served less than ten days prior to the hearing of the appeal. While the Court exercised its discretion to hear the appeal on a conditional basis, that decision was not lightly made. It observed that the factors in *Canada (Attorney General) v. Larkman* relating to requests for extensions of time are not dispositive. Those factors are designed to address the interests of, and potential prejudice to, the parties to a proceeding. The notice of constitutional question, by contrast, has a public dimension. It ensures that a law is not declared unconstitutional unless the fullest opportunity has been given to the government to support the law's validity. It is the potential for prejudice to that public interest that is paramount. The fact that immigration is a head of exclusive federal legislative competence does not mean that the provinces are unlikely to have an interest.

Paragraph 110(2)(d) of the Act does not engage section 7 of the Charter. To establish an infringement of section 7, the appellants needed to show that their rights under section 7 were engaged by the RAD bar, and then that the deprivation was not in accordance with the principles of fundamental justice. In the first stage of this analysis, the appellants' argument on section 7 engagement was limited to security of the person. The Federal Court had assumed, but did not decide, that section 7 was engaged. This was an error. A court considering whether a law infringes section 7 should not simply assume that life, liberty or security of the person is negatively affected or limited by the legislation in question. There are three reasons for this. The scope and substance of section 7 interests are, in and of themselves, matters of discrete, independent jurisprudential analysis. Their ambit must be defined and calibrated having regard to the legislation or measure in question. Assuming engagement also leaps over analysis of causation. A court must examine the nexus between the impugned measure and the deprivation. Causation is not to be assumed. In this appeal, the nexus between the measure and the section 7 interests is

refoulement. Enfin, les appelants ont soutenu que l'obligation de non-refoulement continue de jouer entre le début du processus d'examen de la demande d'asile et l'étape du renvoi, ce qui signifie que l'article 7 est mis en jeu du fait que les appelants sont engagés dans un processus qui ne réduit pas au minimum le risque de refoulement.

Il s'agissait de savoir si l'alinéa 110(2)(d) de la Loi porte atteinte à l'article 7 de la Charte.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

La Cour a dans un premier temps réglé une question préliminaire concernant l'exigence relative à l'avis de question constitutionnelle prévue par l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Un tel avis doit être signifié à tous les procureurs généraux au moins dix jours avant l'audition de l'appel. Dans la présente affaire, l'avis a été signifié moins de dix jours avant l'audition de l'appel. La Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire d'instruire l'appel à certaines conditions, mais elle n'a pas pris cette décision à la légère. Elle a indiqué que les facteurs consacrés par l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Larkman* se rapportant aux demandes de prorogation de délai ne dictent pas la solution. Ces facteurs visent à ce qu'il soit tenu compte des droits des parties à une instance et du préjudice qui pourrait leur être causé. L'avis de question constitutionnelle, à l'opposé, comporte une dimension publique. Il vise à s'assurer qu'une loi ne puisse être déclarée inconstitutionnelle que si le gouvernement a eu vraiment toute latitude pour en soutenir la validité. C'est le risque de préjudice à l'intérêt public qui revêt une importance capitale. Le fait que l'immigration soit un champ de compétence législative fédérale exclusive ne signifie pas qu'il est peu probable que les provinces y portent intérêt.

L'alinéa 110(2)(d) de la Loi ne déclenche pas l'application de l'article 7 de la Charte. Pour établir la violation de l'article 7, les appelants devaient démontrer que les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR faisaient jouer les droits qu'ils tiennent de l'article 7, puis que cette privation était contraire aux principes de justice fondamentale. Lors de la première étape de cette analyse, l'argumentation des appelants relative à l'article 7 s'est limitée à la sécurité de la personne. La Cour fédérale a présumé, sans toutefois trancher la question, que l'article 7 a été mis en jeu. C'était une erreur. Le juge qui doit déterminer si une loi est contraire à l'article 7 ne doit pas simplement présumer que la loi en question porte atteinte aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne ou qu'elle restreint ces droits. Il y a trois raisons à cela. La portée et la substance des droits garantis par l'article 7 sont, en soi, des questions qui doivent faire l'objet d'une analyse jurisprudentielle distincte et indépendante. Leur portée doit être définie et interprétée en fonction de la loi ou de la mesure en question. La présomption de mise en jeu s'étend également à l'analyse du lien de causalité. Le juge doit examiner le lien

critical to the analysis. Finally, the failure to scope out the precise nature of the deprivation frustrates the second stage of the section 7 analysis. It is impossible to consider whether the deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice analysis without first understanding the nature of the rights engaged. The nexus or causal connection asserted in this appeal was that the inability to appeal to the RAD increased the risk of *refoulement* and psychological stress and anxiety. There was no nexus between the RAD bar specifically and any psychological harm experienced by the appellants. There was no basis to interfere with the Federal Court's conclusions in this respect. Consistent with *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the stress associated with the fact that some claimants have only one chance to establish their claim and must seek recourse in the Federal Court does not engage section 7. Psychological stress is inherent in the refugee determination process. On the evidence, the psychological stress asserted here was indistinguishable from the ordinary stresses of deportation.

Where Parliament's intention is clear and there is no ambiguity, the Charter cannot be used as an interpretive tool to ascribe to the legislation a meaning which Parliament did not intend. There is no daylight between the concept of *refoulement* under the Convention and its clear and unambiguous expression in the IRPA. The obligation not to *refoule* applies to individuals who have been adjudicated to be persons in need of protection. However, whether failed asylum claimants are being *refouled* is a debate, label or appellation of no consequence. This is because section 7 re-engages at the removal stage of the process to protect against that risk. The section 7 interests of all claimants, regardless of the underlying administrative basis of their rejection, are protected at the removal stage, whether by a PRRA, a request to defer removal or the right to seek a stay of removal in the Federal Court. Section 7 is protected by the opportunity to seek a deferral of removal administratively, failing which, by the opportunity to seek a stay in the Federal Court. The Charter does not require that, in order to avoid the possibility of *refoulement*, an appellate tribunal be put in place.

The appellants' position that the advantages of the RAD ought to be extended to include STCA-expected claimants rested on the presupposition that section 7 imposed a positive obligation on Parliament to create the RAD in the first place. There is no constitutional requirement for the government to

entre la mesure contestée et la privation. On ne doit pas tenir pour acquis le lien de causalité. En l'espèce, le lien entre la mesure et les droits garantis par l'article 7 est essentiel à l'analyse. Enfin, le défaut de définir la nature précise de la privation réduit à néant la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'article 7. Il est impossible de déterminer si la privation est conforme aux principes de justice fondamentale, sans d'abord comprendre la nature des droits mis en cause. Dans le présent appel, le lien ou lien de causalité allégué tenait au fait que le déni d'interjeter appel à la SAR augmentait le risque de *refoulement*, ainsi que la tension et l'angoisse psychologiques. Il n'y avait aucun lien entre les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR et quelque préjudice psychologique subi par les appelants. Il n'y avait aucune raison de revenir sur les conclusions de la Cour fédérale à cet égard. Conformément à l'arrêt *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la tension occasionnée du fait que certains demandeurs n'ont qu'une seule chance d'établir le bien-fondé de leur demande et qu'ils doivent s'adresser à la Cour fédérale ne met pas en jeu l'article 7. La tension psychologique est inhérente au processus de détermination du statut de réfugié. D'après les éléments de preuve présentés, la tension psychologique alléguée en l'espèce ne diffère pas de la tension ordinaire associée à l'expulsion.

Lorsque l'intention du législateur est claire et dénuée d'ambiguïté, on ne peut invoquer la Charte comme instrument d'interprétation pour donner à la loi un sens non voulu par le législateur. Il n'y a aucune différence entre le concept de *refoulement* prévu par la Convention et son expression claire et non ambiguë dans la LIPR. L'obligation de ne pas *refouler* vise les personnes reconnues comme personnes à protéger. Cependant, il importe peu finalement de savoir ou d'indiquer que les demandeurs d'asile déboutés sont *refoulés*, car l'article 7 est remis en jeu à l'étape du renvoi pour protéger le demandeur contre ce risque. Les droits que garantit l'article 7 à tous les demandeurs, quels que soit le motif administratif justifiant le rejet de leur demande, sont protégés à l'étape du renvoi, que ce soit par la présentation d'une demande d'ERAR ou de report de la mesure de renvoi ou par le droit de demander à la Cour fédérale de surseoir au renvoi. L'article 7 est mis en jeu au moment du renvoi et il est possible aux demandeurs de demander le report de leur renvoi par voie administrative et, si cette démarche n'aboutit pas, de présenter une requête à la Cour fédérale tendant au sursis du renvoi. La Charte n'exige pas la mise sur pied d'une juridiction d'appel pour éviter le risque de *refoulement*.

La position des appelants, selon laquelle les avantages conférés par le droit d'interjeter appel à la SAR doivent être étendus aux demandeurs visés par une dispense de l'ETPS, reposait sur la prémisse portant que l'article 7 imposait au législateur l'obligation positive de créer la SAR. Rien dans la Constitution

act affirmatively to ensure that each person enjoys a minimum of life, liberty and security of the person. Section 7 requires a deprivation of these interests in order to be engaged. Consequently, the absence of measures aimed at reducing an existing risk of harm such as the risk of *refoulement* does not amount to deprivation within the meaning of section 7, and the failure to extend appeal rights to the RAD to encompass others is not a deprivation. Unless Parliament was otherwise constitutionally required to establish the RAD, neither the repeal nor limitation of the RAD amounts to deprivation within the meaning of section 7. There were no special circumstances herein that would have required an affirmative obligation on the government.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Balanced Refugee Reform Act*, S.C. 2010, c. 8.
 Bill C-11, *An Act respecting immigration to Canada and the granting of refugee protection to persons who are displaced, persecuted or in danger*, 37th Parl, 1st Sess., 2001.
 Bill C-31, *Protecting Canada's Immigration System Act*, S.C. 2012, c. 17.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 15.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 57.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(f), 25.1, 48(1)(2), 49(2)(c), 72, 98, 101(1), 102(1), 110, 111(1), 112(2)(b.1), 115.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 159.3, 159.5, 159.91(1), 231.
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5.
Order Fixing June 28, 2002 as the Date of the Coming into Force of Certain Provisions of the Act, SI/2002-97.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries*, 5 December 2002, [2004] Can. T.S. No. 2, preamble, Art. 1F.
Protocol Relating to the Status of Refugees, 606 U.N.T.S. 267.
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 33.

n'oblige l'État à agir concrètement afin de garantir à chacun un droit minimum à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Il doit y avoir atteinte à ces droits pour que l'article 7 soit mis en jeu. Par conséquent, l'absence de mesures visant à réduire un risque existant de préjudice, comme le risque de *refoulement*, ne constitue pas une privation au sens de l'article 7, pas plus que ne l'est le défaut d'étendre à d'autres le droit d'interjeter appel à la SAR. À moins que la Constitution n'oblige le législateur à établir la SAR, ni l'abrogation de la SAR ni sa limitation ne constitue une privation au sens de l'article 7. Dans la présente affaire, il n'y avait aucune circonstance particulière qui imposerait au gouvernement une obligation positive.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 15.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.
Décret fixant au 28 juin 2002 la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions de la Loi, TR/2002-97.
Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés, L.C. 2010, ch. 8.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2, 57.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3)f, 25.1, 48(1)(2), 49(2)c, 72, 98, 101(1), 102(1), 110, 111(1), 112(2)b.1, 115.
 Projet de loi C-11, *Loi concernant l'immigration au Canada et l'asile conféré aux personnes déplacées, persécutées ou en danger*, 37^e lég., 1^{re} sess., 2001.
 Projet de loi C-31, *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, L.C. 2012, ch. 17.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 159.3, 159.5, 159.91(1), 231.

Traités et autres instruments cités

- Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers*, 5 décembre 2002, [2004] R.T. Can. n° 2, préambule, art. 1F.
Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 33.
Protocole relatif au statut des réfugiés, 606 R.T.N.U. 267.

CASES CITED

APPLIED:

Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration), 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli*, [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539; *R. v. Michaud*, 2015 ONCA 585, 127 O.R. (3d) 81; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Begum v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FCA 181, [2019] 2 F.C.R. 488; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Gosselin v. Québec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429.

DISTINGUISHED:

Canada (Attorney General) v. Bedford, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101.

CONSIDERED:

Németh v. Canada (Justice), 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317, 109 N.R. 239 (F.C.A.); *Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157; *Canada (Attorney General) v. Larkman*, 2012 FCA 204, 433 N.R. 184; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *Sachs v. Air Canada*, 2007 FCA 279, 367 N.R. 384; *Mahjoub (Re)*, 2017 FC 334; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, (1999), 216 N.B.R. (2d) 25; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *Jekula v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 1 F.C. 266, (1999), 154 F.T.R. 268 (T.D.); *Atawnah v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FCA 144, [2017] 1 F.C.R. 153, leave to appeal to S.C.C. refused, [2016] 2 S.C.R. v; *Scott v. Canada (Attorney General)*, 2017 BCCA 422, 417 D.L.R. (4th) 733.

REFERRED TO:

Nadesan v. Canada (Citizenship and Immigration), 2015 FC 104; *Ayala Sosa v. Canada (Citizenship and*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539; *R. v. Michaud*, 2015 ONCA 585, 127 O.R. (3d) 81; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Begum c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CAF 181, [2019] 2 R.C.F. 488; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Canada (Procureur général) c. Bedford, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Németh c. Canada (Justice), 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317, 109 N.R. 239 (C.A.F.); *Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157; *Canada (Procureur général) c. Larkman*, 2012 CAF 204; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *Sachs c. Air Canada*, 2007 CAF 279; *Mahjoub (Re)*, 2017 CF 334; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *Jekula c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 1 C.F. 266 (1^{re} inst.); *Atawnah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CAF 144, [2017] 1 R.C.F. 153, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2016] 2 R.C.S. v; *Scott v. Canada (Attorney General)*, 2017 BCCA 422, 417 D.L.R. (4th) 733.

DÉCISIONS CITÉES :

Nadesan c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2015 CF 104; *Ayala Sosa c. Canada (Citoyenneté et*

Immigration), 2014 FC 428; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, 2000 SCC 48, [2000] 2 S.C.R. 519; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, (1995), 123 D.L.R. (4th) 462; *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 522, [2017] 4 F.C.R. 458; *Ishaq v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 156, [2015] 4 F.C.R. 297; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, (1997), 31 O.R. (3d) 574; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, (1993), 102 D.L.R. (4th) 456; *Beer v. Saskatchewan (Highways and Infrastructure)*, 2016 SKCA 24 (CanLII), 476 Sask. R. 74; *Alberta (Attorney General) v. Malin*, 2016 ABCA 396 (CanLII), 406 D.L.R. (4th) 368; *Ruffolo v. Jackson*, 2010 ONCA 472, 71 M.P.L.R. (4th) 43; *Cambie Surgeries Corporation v. British Columbia (Attorney General)*, 2017 BCCA 287, 99 B.C.L.R. (5th) 338; *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 699, leave to appeal to S.C.C. refused, 38589 (July 11, 2019); *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754; *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165; *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 R.C.S. 181; *R. v. McDonald*, 2018 ONCA 369, 360 C.C.C. (3d) 494; *Canada (Minister of Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *United States of America v. Cobb*, 2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587; *Rahaman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 89, [2002] 3 F.C. 537, leave to appeal to S.C.C. refused, [2002] 4 S.C.R. vii; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Hillier v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 44, 431 D.L.R. (4th) 556; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada (Secretary of State) v. Luitjens* (1991), 46 F.T.R. 267, 15 Imm. L.R. (2d) 40 (F.C.T.D.); *Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 286, [2012] 2 F.C.R. 133; *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *ETFO et al. v. Her Majesty the Queen*, 2019 ONSC 1308 (CanLII), 144 O.R. (3d) 347; *Flora v. Ontario Health Insurance Plan*, 2008 ONCA 538, 91 O.R. (3d) 412; *Ferrell v. Ontario (Attorney General)* (1998), 42 O.R. (3d) 97, 168 D.L.R. (4th) 1 (C.A.); *Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 505, 208 D.L.R. (4th) 577 (C.A.).

Immigration), 2014 CF 428; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, 2000 CSC 48, [2000] 2 R.C.S. 519; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 522, [2017] 4 R.C.F. 458; *Ishaq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 FC 156, [2015] 4 R.C.F. 297; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *Beer v. Saskatchewan (Highways and Infrastructure)*, 2016 SKCA 24 (CanLII), 476 Sask. R. 74; *Alberta (Attorney General) v. Malin*, 2016 ABCA 396 (CanLII), 406 D.L.R. (4th) 368; *Ruffolo v. Jackson*, 2010 ONCA 472, 71 M.P.L.R. (4th) 43; *Cambie Surgeries Corporation v. British Columbia (Attorney General)*, 2017 BCCA 287, 99 B.C.L.R. (5th) 338; *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 699, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 38589 (11 juillet 2019); *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754; *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165; *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181; *R. v. McDonald*, 2018 ONCA 369, 360 C.C.C. (3d) 494; *Canada (Ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587; *Rahaman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 89, [2002] 3 C.F. 537, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2002] 4 R.C.S. vii; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens*, [1991] A.C.F. n° 1041 (1^{re} inst.) (QL); *Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 286, [2012] 2 R.C.F. 133; *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *ETFO et al. v. Her Majesty the Queen*, 2019 ONSC 1308 (CanLII), 144 O.R. (3d) 347; *Flora v. Ontario Health Insurance Plan*, 2008 ONCA 538, 91 O.R. (3d) 412; *Ferrell v. Ontario (Attorney General)* (1998), 42 O.R. (3d) 97, 168 D.L.R. (4th) 1 (C.A.); *Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 505, 208 D.L.R. (4th) 577 (C.A.).

AUTHORS CITED

CIC Press Release, “Refugee Appeal Division Implementation Delayed”, 29 April 2002.

Hathaway, James C. *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Heckman, Gerald. “Revisiting the Application of section 7 of the *Charter* in Immigration and Refugee Protection” (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 312.

Legomsky, Stephen H. “Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection” (2003), 15:4 *Int. J. Refugee L.* 567.

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2012-272, *C. Gaz.* 2012.II.2871.

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto: Irwin Law, 2012.

APPEAL from a Federal Court decision (2018 FC 481, 60 Imm. L.R. (4th) 257) dismissing the appellants’ parallel judicial reviews of decisions by the Refugee Appeal Division’s dismissing their appeals of decisions by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board rejecting their claims for asylum. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Jared Will and *Joshua Blum* for appellant
Huda Marwan Kashtem.

Wennie Lee for appellant Reem Yousef Saeed
Kreishan.

Ben Liston for appellants Suad Sulieman Odeh
Abu Shabab, Abdalla Mahmoud Aboushabab,
Tagi Mahmoud Mohamed Aboushabab.

David W. Tyndale, *Amy King* and *Meva Motwani*
for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Jared Will & Associates, Toronto, for appellant
Huda Marwan Kashtem.

Lee & Company, Toronto, for appellant
Reem Yousef Saeed Kreishan.

DOCTRINE CITÉE

Communiqué de presse du ministère de la Citoyenneté et de l’Immigration « La mise sur pied de la Section d’appel des réfugiés est retardée », 29 avril 2002.

Hathaway, James C. *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2005.

Heckman, Gerald. « Revisiting the Application of section 7 of the *Charter* in Immigration and Refugee Protection » (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 312.

Legomsky, Stephen H. « Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries : The Meaning of Effective Protection » (2003), 15 :4 *Int. J. Refugee L.* 567.

Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, DORS/2012-272, *Gaz. C.* 2012.II.2871.

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto : Irwin Law, 2012.

APPEL d’une décision de la Cour fédérale (2018 CF 481) rejetant les demandes de contrôle judiciaire parallèles des appelants à l’encontre des décisions par lesquelles la Section d’appel des réfugiés a rejeté les appels interjetés par les appelants à l’encontre des décisions de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié de rejeter leurs demandes d’asile. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Jared Will et *Joshua Blum* pour l’appelante
Huda Marwan Kashtem.

Wennie Lee pour l’appelante Reem Yousef Saeed
Kreishan.

Ben Liston pour les appelants Suad Sulieman
Odeh Abu Shabab, Abdalla Mahmoud
Aboushabab, Tagi Mahmoud Mohamed
Aboushabab.

David W. Tyndale, *Amy King* et *Meva Motwani*
pour l’intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Jared Will & Associates, Toronto, pour l’appelante
Huda Marwan Kashtem.

Lee & Company, Toronto, pour l’appelante
Reem Yousef Saeed Kreishan.

Legal Aid Ontario Refugee Law Office, Toronto, for appellants Suad Sulieman Odeh Abu Shabab, Abdalla Mahmoud Aboushabab, Tagi Mahmoud Mohamed Aboshabab.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Bureau du droit des réfugiés, Toronto, pour les appelants Suad Sulieman Odeh Abu Shabab, Abdalla Mahmoud Aboushabab, Tagi Mahmoud Mohamed Aboshabab.

La sous-procureure générale du Canada, pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

RENNIE J.A.:

LE JUGE RENNIE, J.C.A. :

Table of Contents

Table des matières

	Paragraph		Paragraphe
I. Overview.....	1	I. Aperçu.....	1
II. The refugee determination process	18	II. Le processus de détermination du statut de réfugié	18
A. Legislative history of the RAD bar...	28	A. Historique législatif des restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR.....	28
B. Purpose and powers of the RAD...	41	B. Mission et pouvoirs de la SAR	41
III. Notice of constitutional question	48	III. Avis de question constitutionnelle	48
IV. Standard of review	56	IV. Norme de contrôle.....	56
V. The Federal Court decision and the appellants' arguments on appeal	57	V. La décision de la Cour fédérale et les moyens avancés par les appelants en appel.....	57
VI. Analysis.....	64	VI. Discussion.....	64
A. Preliminary observations	64	A. Observations préliminaires	64
B. Section 7 – General principles	78	B. Article 7 – Principes généraux.....	78
C. Engagement.....	88	C. Mise en jeu.....	88
(a) psychological harm.....	93	a) Préjudice psychologique.....	93
(b) nature of the process	101	b) Nature du processus.....	101
(i) refoulement and risk.....	104	(i) Le refoulement et les risques qui y sont associés....	104
(ii) Supreme Court jurisprudence and its implications	110	(ii) La jurisprudence de la Cour suprême et ses répercussions	110
(c) increased risk of refoulement ...	128	c) Risque accru de refoulement ...	128
(d) positive rights and section 7...	135	d) Les droits positifs et l'article 7...	135
VII. Conclusion	142	VII. Conclusion	142

I. Overview

[1] Under the safe third country concept in refugee law, claims for asylum may be rejected on the basis that the claimant should have sought protection in a country other than where the claim was made. An underlying objective of this concept is to deter asylum shopping (see Stephen H. Legomsky, “Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection” (2003), 15:4 *Int. J. Refugee L.* 567, at pages 568–571). In the context of individual claims for protection, the failure to claim protection in the first safe country of arrival may also bear on the credibility of the claimant (*Nadesan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 104, at paragraph 11; *Ayala Sosa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 428, at paragraph 34).

[2] Parliament has legislated the safe third country concept into Canadian law. Subsection 102(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) empowers the Governor in Council to designate countries that comply with international standards relating to the treatment of refugees as safe third countries. Refugee claimants coming to Canada from a designated safe third country cannot have their asylum claims determined here (IRPA, paragraph 101(1)(e)).

[3] To date the United States of America is the only country designated as a safe third country (*Immigration and Refugee Protection Regulations* (SOR/2002-227), section 159.3 (IRPA Regulations)). Following that designation, the United States and Canada signed the *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries* [5 December 2002, [2004] Can. T.S. No. 2] (otherwise known as the “Safe Third Country Agreement” (STCA)). The STCA came into effect on December 29, 2004.

[4] The preamble to the STCA states that its objectives include the orderly handling of asylum applications, enhanced burden sharing and cooperation between Canada and the United States, and the avoidance of direct or

I. Aperçu

[1] Selon la notion de tiers pays sûr prévue par le droit des réfugiés, les demandes d’asile peuvent être rejetées si le demandeur aurait dû demander l’asile dans un pays autre que celui dans lequel il a présenté sa demande. Cette notion vise notamment à prévenir la course au droit d’asile (voir Stephen H. Legomsky, « Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries : The Meaning of Effective Protection » (2003), 15:4 *Int. J. Refugee L.* 567, pages 568 à 571). S’il s’agit de demandes d’asile individuelles, la non-sollicitation de la protection du premier pays sûr d’arrivée peut également avoir un impact sur la crédibilité du demandeur (*Nadesan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 104, au paragraphe 11; *Ayala Sosa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 428, au paragraphe 34).

[2] Le législateur a retenu la notion de tiers pays sûr en droit canadien. Le paragraphe 102(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), autorise ainsi le gouverneur en conseil à désigner à titre de tiers pays sûrs des pays qui se conforment aux normes internationales en matière de traitement des réfugiés. Les demandes d’asile présentées au Canada par des demandeurs en provenance d’un tiers pays sûr désigné sont jugées irrecevables (LIPR, alinéa 101(1)(e)).

[3] À ce jour, les États-Unis sont le seul pays désigné à titre de tiers pays sûr (*Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (DORS/2002-227), article 159.3 (le Règlement)). À la suite de cette désignation, les États-Unis et le Canada ont signé l’*Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d’Amérique pour la coopération en matière d’examen des demandes de statut de réfugiés présentées par des ressortissants de pays tiers* [5 décembre 2002, [2004] R.T. Can. n° 2] (également connu sous le nom d’Entente sur les tiers pays sûrs, ou ETPS). L’ETPS est entrée en vigueur le 29 décembre 2004.

[4] Le préambule de l’ETPS déclare que cette entente a notamment pour objectifs de favoriser un traitement ordonné des demandes d’asile, d’améliorer le partage des responsabilités et la coopération entre le Canada et les

indirect breaches of the principle of non-*refoulement*. The preamble recognizes the legal obligations of Canada and the United States under the principle of non-*refoulement*, set out in the 1951 *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] 189 U.N.T.S. 150 (Convention) and the 1967 *Protocol Relating to the Status of Refugees*, 606 U.N.T.S. 267. The principle of non-*refoulement* prohibits the removal of refugees to a territory where they are at risk of human rights violations, and has been described as the cornerstone of the international refugee protection regime (*Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281 (*Németh*), at paragraphs 18–19).

[5] Under the STCA, refugee claimants arriving from the United States at a Canadian land border port of entry cannot seek protection here. Responsibility over their claim falls to the United States, it being the first “safe country” in which they arrived. Claimants arriving from the United States are returned to the United States at the Canadian border and directed to make their claim for asylum there. I note, parenthetically, that claimants arriving in Canada otherwise than at a land border port of entry (e.g., via an irregular border crossing or by air) are exempt from the STCA. Their claims for protection are assessed in the same manner as those of refugee claimants arriving from other countries.

[6] However, Canada retains responsibility for determining the refugee status of claimants arriving from the United States who have family members in Canada or who are unaccompanied minors. These claimants enter Canada and have their refugee status determined by the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board (I.R.B.) (IRPA Regulations, section 159.5). This appeal concerns those claimants—who I will refer to as “STCA-excepted claimants”—and the refugee determination process available to them in Canada.

États-Unis et d’éviter les atteintes directes et indirectes au principe du non-*refoulement*. On y précise également les obligations légales du Canada et des États-Unis aux termes du principe du non-*refoulement*, défini dans la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6], 189 U.N.T.S. 150 (la Convention) et le *Protocole relatif au statut des réfugiés*, 606 R.T.N.U. 267. Le principe du non-*refoulement*, qui interdit le renvoi de réfugiés vers un territoire où ils risquent d’être victimes de violations des droits de la personne, a été qualifié de pierre angulaire du régime international de protection des réfugiés (*Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281 (*Németh*), aux paragraphes 18 et 19).

[5] Selon l’ETPS, les demandeurs d’asile qui arrivent à un point d’entrée terrestre du Canada depuis les États-Unis ne peuvent présenter une demande d’asile au Canada. La responsabilité de leur demande incombe plutôt aux États-Unis, ce pays étant leur premier « pays sûr » d’arrivée. Les demandeurs d’asile qui arrivent à la frontière canadienne en provenance des États-Unis sont donc renvoyés vers ce pays avec la directive de présenter leur demande d’asile aux États-Unis. J’aimerais préciser incidemment que l’ETPS ne vise pas les demandeurs d’asile qui arrivent au Canada ailleurs qu’à un point d’entrée par route (p. ex. à un passage irrégulier de la frontière ou par avion). Ces demandes d’asile sont évaluées de la même manière que celles des demandeurs en provenance d’autres pays.

[6] Le Canada conserve toutefois la responsabilité de la détermination du statut de réfugié des demandeurs en provenance des États-Unis qui ont des membres de la famille au Canada ou qui sont des mineurs non accompagnés. Ces demandeurs entrent au Canada et leur demande d’asile est examinée par la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (C.I.S.R.) (Règlement, article 159.5). Le présent appel concerne ce type de demandeurs d’asile — que je désignerai par l’expression « demandeurs visés par une dispense de l’ETPS » — ainsi que le processus de détermination du statut de réfugié auquel ils peuvent avoir recours au Canada.

[7] If an STCA-excepted claimant's application for asylum is rejected by the RPD, recourse lies in an application for leave and judicial review of the RPD decision in the Federal Court (IRPA, section 72). Other failed claimants, however, have a right of appeal to the Refugee Appeal Division (RAD), accompanied by a statutory stay of removal. The unavailability of a right of appeal and stay pending its disposition for STCA-excepted claimants lies at the heart of this appeal.

[8] The appellants are STCA-excepted asylum seekers whose claims were rejected by the RPD. They are Bangladeshi, Colombian, Jordanian and Syrian citizens and stateless Palestinians who, after transiting through the United States, presented claims for protection at a Canadian land border port of entry. Asserting that they had family members in Canada, they were allowed into Canada to advance their claims before the RPD.

[9] The appellants' claims were heard and rejected by the RPD. They appealed the negative RPD decisions to the RAD. The RAD dismissed the appeals on jurisdictional grounds, as under paragraph 110(2)(d) of the IRPA the appellants had no right of appeal.

[10] All of the appellants—except Ms. Kreishan—received leave to judicially review the RPD decisions dismissing their claims. These challenges were resolved in favour of the appellants, with the exception of that of Mr. Hossain, who was unsuccessful in his motion for a stay of removal, and was deported to Bangladesh.

[11] The appellants also launched parallel applications in the Federal Court for leave to judicially review the RAD's dismissals of their appeals.

[7] Le recours qui s'offre aux demandeurs visés par une dispense de l'ETPS, qui ont été déboutés par la SPR, consiste en la présentation d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision de la SPR à la Cour fédérale (LIPR, article 72). Les autres demandeurs d'asile déboutés ont, quant à eux, le droit d'interjeter appel auprès de la Section d'appel des réfugiés (SAR), droit qui s'accompagne du sursis prévu par la loi à l'exécution de la mesure de renvoi. L'impossibilité pour les demandeurs visés par une dispense de l'ETPS d'interjeter appel et de bénéficier d'un sursis dans l'attente de la décision constitue le principal élément en litige dans le présent appel.

[8] Les appelants en l'espèce sont des demandeurs d'asile visés par une dispense de l'ETPS, dont les demandes ont été rejetées par la SPR. Il s'agit de citoyens du Bangladesh, de la Colombie, de la Jordanie et de la Syrie ou de Palestiniens apatrides qui, après avoir transité par les États-Unis, ont présenté des demandes d'asile à un point d'entrée terrestre du Canada. Ayant fait valoir que des membres de leur famille vivaient au Canada, ils ont été autorisés à entrer au Canada pour présenter leurs demandes à la SPR.

[9] La SPR a instruit les demandes des appelants, mais elle les a rejetées. Les appelants ont interjeté appel des décisions défavorables de la SPR devant la SAR. La SAR a toutefois rejeté les appels pour défaut de compétence, jugeant que les appelants n'avaient pas de droit d'appel selon l'alinéa 110(2)d) de la LIPR.

[10] Tous les appelants — à l'exception de M^{me} Kreishan — ont obtenu l'autorisation de demander le contrôle judiciaire des décisions de la SPR ayant rejeté leur demande d'asile. Ces contestations se sont réglées en faveur des appelants, sauf dans le cas de M. Hossain qui a été expulsé vers le Bangladesh après le rejet de sa requête visant à surseoir à son renvoi.

[11] Parallèlement, les appelants ont aussi présenté des demandes d'autorisation à la Cour fédérale afin que leurs appels rejetés par la SAR fassent l'objet d'un contrôle judiciaire.

[12] In the appellants' challenges to the RAD decisions, leave was granted and the applications were consolidated. The appellants contended before the Federal Court that the denial of a right of appeal to the RAD contained in paragraph 110(2)(d) of the IRPA—"the RAD bar"—infringed section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.C.S., 1985, Appendix II, No. 4] (Charter). The appellants argued that their section 7 interests were engaged by the risk of *refoulement* at the end of the refugee determination process, the enhanced likelihood of *refoulement* for STCA-excepted claimants relative to those with access to the RAD and the psychological stress associated with the absence of a right of appeal. They further argued that the substantive protections of section 7 were violated by the RAD bar on the basis that it is arbitrary and overbroad in relation to its purpose, with grossly disproportionate effect, and that this infringement is not saved by section 1 of the Charter.

[13] These arguments were dismissed by the Federal Court (*Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 481, 60 Imm. L. R. (4th) 257 (*Kreishan*), *per* Heneghan J.), and have been advanced again on appeal.

[14] I approach the appellants' arguments from the threshold proposition that determining whether a statutory provision is compliant with section 7 of the Charter is a contextual exercise (see *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, 2000 SCC 48, [2000] 2 S.C.R. 519, at paragraph 71 (and cases cited therein); *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui*), at paragraph 20; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli*, [1992] 1 S.C.R. 711 (*Chiarelli*), at page 732; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, at pages 7–8). This caution has particular resonance when considering the IRPA, which provides for different streams of refugee claimants and different levels and types of review, that together form an integrated refugee determination system. Within this system there

[12] L'autorisation a été accordée et les demandes des appelants attaquant les décisions de la SAR ont été réunies. Les appelants ont soutenu devant la Cour fédérale que le déni du droit d'interjeter appel à la SAR, prévu à l'alinéa 110(2)d de la LIPR — « les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR » — contrevient à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C.(1985), appendice II, n° 44] (la Charte). Ils ont aussi allégué que le risque de refoulement au terme du processus de détermination du statut de réfugié, ainsi que la probabilité plus élevée de refoulement pour les demandeurs visés par une dispense de l'ETPS et la tension psychologique associée à l'absence de droit d'appel, font jouer les droits qu'ils tirent de par l'article 7. Enfin, ils ont affirmé que les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR étaient contraires aux protections fondamentales conférées par l'article 7, parce que ces restrictions étaient arbitraires, que leur portée était excessive par rapport à leurs objectifs, que leurs effets étaient totalement disproportionnés et que cette violation n'était pas justifiée par l'article 1 de la Charte.

[13] Ces arguments ont été rejetés par la Cour fédérale dans la décision *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 481 (*Kreishan*), sous la plume de la juge Heneghan, et ils ont de nouveau été présentés en appel.

[14] J'examinerai les arguments des appelants au regard du principe fondamental portant que rechercher si une disposition législative est conforme à l'article 7 de la Charte doit se faire au regard du contexte (voir *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, 2000 CSC 48, [2000] 2 R.C.S. 519, au paragraphe 71 (et la jurisprudence qui y est citée); *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui*), au paragraphe 20; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711 (*Chiarelli*), à la page 732; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, aux pages 7 et 8). Cette mise en garde vaut tout particulièrement en ce qui concerne l'examen des dispositions de la LIPR, car cette loi établit différentes catégories de demandeurs d'asile et différents niveaux

are elements of administrative, quasi-judicial, judicial and ministerial discretion which provide recourse to refugee claimants, at times sequentially, and at times concurrently. It is a *process* for the determination of refugee claims, and for that reason, it is imperative to situate the RAD bar under paragraph 110(2)(d) in the context of that process. This is particularly so where the argument, as it is here, is that the denial of a right to appeal violates both procedural and substantive principles of fundamental justice.

[15] The appellants' argument is ultimately predicated on the difference in treatment between different streams of asylum claimants. For that reason, any analysis requires an understanding of the process governing the adjudication of the claims of what I will call "regular claimants"—those arriving to Canada otherwise than at a land border port of entry from the United States. I will then identify how, in that process, the treatment of STCA-excepted claimants differs from that of regular claimants, followed by a review of the purpose and powers of the RAD, the appellate body to which the appellants are denied access.

[16] Thereafter, and with the benefit of that context, I will turn to the appellants' section 7 arguments. My analysis will address the jurisprudence of the Supreme Court of Canada on section 7 in its substantive and procedural aspects and its intersection with psychological harm and the risk of *refoulement*, to determine whether the RAD bar engages the appellants' section 7 rights.

[17] For the reasons which follow, I have concluded that paragraph 110(2)(d) of the IRPA does not engage section 7.

et types d'examen qui, ensemble, forment un système intégré de détermination du statut de réfugié. Ce système accorde des pouvoirs discrétionnaires de nature administrative, quasi judiciaire et judiciaire, en plus de ceux qui sont conférés au ministre, et ces pouvoirs définissent les recours qui sont ouverts aux demandeurs d'asile, parfois simultanément, parfois dans un ordre séquentiel. Comme la détermination du statut de réfugié s'inscrit dans un *processus*, il est impératif de situer les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR prévues à l'alinéa 110(2)d) dans le cadre de ce processus. Cela est d'autant plus important lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il est soutenu que le déni du droit d'appel viole les principes de justice fondamentale, procéduraux et au fond.

[15] En définitive, l'argumentation des appelants repose sur les différences de traitement entre différentes catégories de demandeurs d'asile. Pour cette raison, toute analyse appelle une compréhension du processus qui encadre l'instruction des demandes d'asile présentées par ceux que j'appellerai les « demandeurs ordinaires » — c'est-à-dire les demandeurs qui arrivent au Canada ailleurs que par un port frontalier terrestre des États-Unis. J'examinerai ensuite comment, dans le cadre de ce processus, le traitement des demandeurs visés par une dispense de l'ETPS diffère de celui des demandeurs ordinaires, puis j'examinerai la mission et les pouvoirs de la SAR — la juridiction d'appel à laquelle les appelants sont privés d'accès.

[16] J'examinerai ensuite, à la lumière de ce contexte, les moyens que les appelants puisent de l'article 7. Mon analyse tiendra compte de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur les aspects de fond et les aspects procéduraux de l'article 7, et de ses liens avec le préjudice psychologique et le risque de refoulement, afin de déterminer si les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR font entrer en jeu les intérêts prévus à l'article 7.

[17] Pour les motifs énoncés ci-après, je conclus que l'alinéa 110(2)d) de la LIPR ne déclenche pas l'application de l'article 7 de la Charte.

II. The refugee determination process

[18] If regular refugee claimants are unsuccessful before the RPD, they may appeal to the RAD. If their appeal is unsuccessful, further recourse lies in an application for leave to commence judicial review in the Federal Court. Leave will be granted where a “fairly arguable case” is disclosed (*Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317, 109 N.R. 239 (F.C.A.)).

[19] If the failed claimant is unsuccessful in their application to obtain leave to commence judicial review of the RAD decision, or alternatively, if leave is granted but the RAD decision is maintained by the Federal Court, they may, with certain exceptions, apply for a pre-removal risk assessment (PRRA). If unsuccessful before the PRRA officer, that is to say the PRRA officer concludes that there is no new evidence of risk or a change in country conditions since the RPD decision, the claimant may bring an application for leave to commence a judicial review application of the PRRA officer’s decision.

[20] Regular claimants whose claims for protection are rejected by the RPD have an automatic stay of removal pending the disposition of their appeal and leave application (IRPA Regulations, subsection 231(1)).

[21] If unsuccessful before the PRRA officer, a failed claimant will receive a Notice to Report to a removals officer to make arrangements for removal from Canada. Faced with a Notice to Report, a failed claimant may request a deferral of removal. The decision of a removals officer not to defer removal is a decision or order within the scope of section 2 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, and can be the basis for a further application for leave to commence judicial review in the Federal Court. It is usually accompanied by a motion for a stay

II. Le processus de détermination du statut de réfugié

[18] Lorsque les demandeurs d’asile ordinaires sont déboutés devant la SPR, ils peuvent interjeter appel à la SAR. Si leur appel est rejeté, ils peuvent ensuite présenter une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire à la Cour fédérale. L’autorisation est accordée s’il existe une [TRADUCTION] « cause raisonnablement défendable » (*Bains c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317; 109 N.R. 239 (C.A.F.)).

[19] Si la demande présentée par le demandeur débouté en vue d’obtenir l’autorisation de soumettre la décision de la SAR à un contrôle judiciaire est rejetée, ou si l’autorisation est accordée mais que la Cour fédérale maintient la décision de la SAR, le demandeur peut alors, sous réserve de certaines exceptions, présenter une demande d’examen des risques avant renvoi (ERAR). Si le demandeur n’a pas gain de cause devant l’agent chargé de l’ERAR, c’est-à-dire si l’agent chargé de l’ERAR conclut qu’il n’existe aucun nouvel élément de preuve indiquant des risques ou un changement de la situation dans le pays en cause depuis que la SPR a rendu sa décision, le demandeur peut présenter une demande en vue d’obtenir l’autorisation d’engager une procédure de contrôle judiciaire visant la décision de l’agent chargé de l’ERAR.

[20] Les demandeurs ordinaires dont les demandes d’asile sont rejetées par la SPR bénéficient automatiquement du sursis à leur renvoi jusqu’au règlement de leur appel et de leur demande d’autorisation (Règlement, paragraphe 231(1)).

[21] Le demandeur débouté qui n’a pas gain de cause devant l’agent chargé de l’ERAR reçoit un avis de convocation l’informant qu’il doit se présenter à un agent de renvoi pour établir les modalités de son renvoi du Canada. Le demandeur débouté qui reçoit un avis de convocation peut ensuite demander le report de son renvoi. Le refus de l’agent de renvoi de reporter le renvoi est une décision ou une ordonnance qui relève de l’article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et qui peut justifier la présentation d’une

of the removal order pending disposition of the application for leave to commence judicial review.

[22] Parallel to these proceedings, or in practice, contemporaneous with a request that the removal order be deferred, a claimant may apply under section 25.1 of the IRPA, requesting that the Minister dispense with compliance of provisions of the Act or Regulations on humanitarian and compassionate grounds. A claimant may bring a further application for leave to commence judicial review of a refusal of a section 25.1 application, and concurrently seek a stay from the Federal Court pending disposition of the leave application (see *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909 for consideration of the scope of the discretion under this section).

[23] There are points of both convergence and divergence in the process applicable to regular claimants and STCA-excepted claimants. Identification of these points brings the appellants' argument that section 7 is engaged into sharper relief.

[24] First, the merits of all claims for protection of all claimants, regardless of how they entered Canada, are assessed in substantively the same manner. Where, as here, the determination of refugee status involves an issue of credibility, the claimant is entitled to an oral hearing before an independent and impartial decision maker—the RPD. That is the teaching of *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 (*Singh*). I am, of course, leaving aside special cases that are not pertinent here, such as those that are excluded from the refugee determination process entirely by Article 1F of the 1951 Convention and section 98 of the IRPA (see *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431 (*Febles*)).

nouvelle demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à la Cour fédérale. Cette demande est habituellement accompagnée d'une requête en sursis de la mesure de renvoi jusqu'à ce que soit rendue une décision au sujet de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire.

[22] Parallèlement à ces procédures ou, comme cela se fait dans la pratique, parallèlement à une requête en sursis de la mesure de renvoi, le demandeur peut aussi présenter une demande au titre de l'article 25.1 de la LIPR afin que le ministre le dispense des dispositions de la Loi ou du Règlement pour des motifs d'ordre humanitaire. Le demandeur peut présenter une autre demande d'autorisation visant le contrôle judiciaire du rejet d'une demande présentée en application de l'article 25.1 et présenter simultanément une requête en sursis à la Cour fédérale jusqu'au règlement de sa demande d'autorisation (voir *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909, pour une discussion de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré par cet article).

[23] Le processus qui s'applique aux demandeurs ordinaires et celui prévu pour les demandeurs visés par une exception à l'ETPS comportent des éléments à la fois de convergence et de divergence. La détermination de ces éléments permet de mieux mettre en contexte les arguments des appelants portant sur l'application de l'article 7.

[24] Premièrement, la méthode utilisée pour apprécier si est fondée la demande d'asile est essentiellement la même pour tous, quelle que soit la manière dont le demandeur est entré au Canada. Lorsque la détermination du statut de réfugié soulève une question de crédibilité, comme c'est le cas en l'espèce, le demandeur a droit à une audience devant un décideur impartial et indépendant — en l'occurrence la SPR. Tel est l'enseignement de l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 (*Singh*). Je fais bien sûr abstraction des cas particuliers qui ne sont pas pertinents ici, par exemple les demandeurs qui sont carrément exclus du processus de détermination du statut de réfugié aux termes de l'article 1F de la Convention de 1951 et de l'article 98 de la LIPR (voir *Febles c. Canada*

[25] The second observation is that STCA-excepted claimants such as the appellants do not have access to a statutory stay of removal pending an application for leave to judicially review a negative RPD decision (IRPA Regulations, subsection 231(1)). They must seek a stay in the Federal Court pending disposition of the application for leave, and if leave is granted, pending disposition of the application for judicial review on the merits. This requirement underpins the appellants' argument of psychological stress and anxiety. Unlike regular claimants who have the certainty of a legislative stay pending their appeal to the RAD and subsequent application for leave to apply for judicial review of a RAD decision, the appellants have no such certainty and are forced to seek a stay from the Federal Court.

[26] The third observation is that following a negative RPD decision (in the case of an STCA-excepted claimant) or dismissal of an application for leave to commence judicial review of a negative RAD ruling (in the case of a regular claimant), the streams of failed claimants merge. From that point on there are no distinctions. Failed claimants, regardless of the country of origin, may follow the same path—request for a PRRA, request for deferral of removal, a section 25.1 application, each with their associated leave and stay applications. There are circumstances when claims for protection have been rejected under which both STCA-excepted claimants and regular claimants may not receive a PRRA. Paragraph 112(2)(b.1), for example, precludes all failed claimants, regardless of which stream they are in, from applying for a PRRA until 12 months have passed since the rejection of their claim for refugee protection.

(*Citoyenneté et Immigration*), 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431 (*Febles*)).

[25] Deuxièmement, les demandeurs visés par une dispense de l'ETPS, comme les appelants en l'espèce, n'ont pas droit au sursis à la mesure de renvoi prévu par la loi, alors qu'est pendante la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire d'une décision défavorable de la SPR (Règlement, paragraphe 231(1)). Ces demandeurs doivent présenter une requête en sursis à la Cour fédérale alors qu'est pendante leur demande d'autorisation et, si cette demande est accueillie, alors qu'est pendante la demande de contrôle judiciaire sur le fond. Les arguments invoqués en l'espèce au sujet de la tension psychologique et de l'anxiété éprouvées par les appelants sont fondés sur cette exigence. En effet, contrairement aux demandeurs ordinaires qui, selon la loi, sont assurés d'un sursis alors que sont pendants leur appel devant la SAR, puis de leur demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision de la SAR, les appelants ne bénéficient d'aucune garantie de la sorte et sont obligés de s'adresser à la Cour fédérale pour obtenir un sursis.

[26] Troisièmement, après une décision défavorable de la SPR (à l'égard d'un demandeur visé par une dispense de l'ETPS), ou le rejet d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire visant une décision défavorable de la SAR (dans le cas d'un demandeur ordinaire), tous les demandeurs déboutés, quelle que soit la catégorie à laquelle ils appartiennent, sont assujettis au même processus. À partir de cette étape, il n'y a plus aucune distinction. Les demandeurs déboutés, quel que soit leur pays d'origine, peuvent suivre le même processus — demande d'ERAR, demande de report du renvoi ou demande au titre de l'article 25.1 —, chacune accompagnée de leurs demandes d'autorisation et de sursis connexes. Il y a toutefois des cas où des demandeurs d'asile déboutés, autant des demandeurs ordinaires que des demandeurs visés par une dispense de l'ETPS, n'ont pas droit à une demande d'ERAR. L'alinéa 112(2)(b.1), par exemple, interdit à tous les demandeurs d'asile déboutés, quelle que soit la catégorie à laquelle ils appartiennent, de présenter une demande d'ERAR moins de 12 mois après le rejet de leur demande d'asile.

[27] The fourth observation is that the appellants are not the only category of claimants for whom there is no right of appeal. Decisions to allow or reject a claim for refugee protection by a designated foreign national (IRPA, paragraph 110(2)(a)), and decisions rejecting claims for refugee protection with no credible basis or that are manifestly unfounded (IRPA, paragraph 110(2)(c)) may not be appealed. As noted earlier, some claimants have no access whatsoever to the refugee determination process (section 98 of the IRPA and Article 1F of the Convention).

A. *Legislative history of the RAD bar*

[28] The appellants' argument is that the availability of a right of appeal for some, but not all claimants, renders their pathway through the refugee determination process unconstitutional. As in all cases where the constitutionality of a statutory provision is challenged, context is critical, and for that reason I turn to the legislative origins, purposes and powers of the RAD.

[29] I begin with the legislative history.

[30] Under the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, which preceded the IRPA, refugee claims were decided by two members of the Convention Refugee Determination Division of the I.R.B. If either member decided in the claimant's favour, protection was granted. Unsuccessful claimants could make an application for leave for judicial review in the Federal Court. There was no appeal, to any tribunal.

[31] In 2001, *An Act respecting immigration to Canada and the granting of refugee protection to persons who are displaced, persecuted or in danger* (now the IRPA), was introduced in Parliament (Bill C-11 [37th Parl., 1st Sess.]). Under its scheme, refugee claims would be determined by a single-member panel of the

[27] Quatrièmement, les appelants ne sont pas la seule catégorie de demandeurs d'asile qui sont privés du droit d'appel. Les décisions accordant ou rejetant la demande d'asile d'un étranger désigné (LIPR, alinéa 110(2)a)), et les décisions rejetant la demande d'asile parce qu'elle n'a pas un minimum de fondement ou qu'elle est manifestement infondée (LIPR, alinéa 110(2)c)), ne peuvent être portées en appel. Comme nous l'avons signalé précédemment, certains demandeurs d'asile ne peuvent aucunement avoir accès au processus de détermination du statut de réfugié (article 98 de la LIPR et article 1F de la Convention).

A. *Historique législatif des restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR*

[28] La thèse des appelants porte que l'existence du droit d'appel pour certains demandeurs d'asile, mais non pour tous, rend inconstitutionnelle la voie à suivre dans le cadre du processus de détermination du statut de réfugié. Comme dans toutes les affaires où la constitutionnalité d'une disposition législative est contestée, le contexte est d'une importance capitale; pour cette raison, j'examinerai maintenant l'historique législatif, la mission et les pouvoirs de la SAR.

[29] Je commencerai par l'historique législatif.

[30] Selon la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, qui a précédé la LIPR, prévoyait que les demandes d'asile étaient examinées par deux commissaires de la Section du statut de réfugié de la C.I.S.R. Il suffisait toutefois qu'un seul des deux commissaires se prononce en faveur du demandeur pour que la protection soit accordée. Les demandeurs déboutés pouvaient présenter une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à la Cour fédérale. Cette loi ne prévoyait nul voie d'appel, devant quelque juridiction que ce soit.

[31] La *Loi concernant l'immigration au Canada et l'asile conféré aux personnes déplacées, persécutées ou en danger* (aujourd'hui la LIPR) a été déposée au Parlement en 2001 (projet de loi C-11 [37^e lég., 1^{re} sess.]). Selon le régime qu'il consacrait l'examen des demandes d'asile était effectué par un commissaire

RPD with a right of appeal to a newly established appellate tribunal (the RAD).

[32] Bill C-11 received Royal Assent in November 2001, with its provisions to come into force on days to be fixed by order of the Governor in Council. However, in April 2002, the Minister of Citizenship and Immigration announced that the implementation of the RAD would be delayed due to “pressures on the system” (CIC Press Release, “Refugee Appeal Division Implementation Delayed”, 29 April 2002). As a result, following the coming into force of many of the IRPA’s provisions in June 2002 (*Order Fixing June 28, 2002, as the Date of the Coming into Force of Certain Provisions of the Act*, SI/2002-97), refugee claims were heard by a single member of the RPD. In the absence of the RAD, section 231 of the Regulations—which also came into force in June 2002—provided for a statutory stay of removal where leave to judicially review a negative RPD decision was sought.

[33] In 2010, the *Balanced Refugee Reform Act*, S.C. 2010, c. 8 (BRRA), was passed by Parliament. The BRRA provided that the IRPA’s RAD provisions would come into force within two years of Royal Assent. The BRRA received Royal Assent in June of that year.

[34] Two years later, in June 2012, Bill C-31, *Protecting Canada’s Immigration System Act*, S.C. 2012, c. 17 (PCISA), also received Royal Assent. The PCISA added certain restrictions on the right of appeal to the RAD. The bill’s summary states that the IRPA was to be amended to “provide for the expediting of the processing of refugee protection claims”.

[35] Of importance for the purposes of this appeal, section 110 of the IRPA, which established the RAD, was amended by the PCISA to include paragraph 110(2)(d). This paragraph, which is the target of the declaration of

unique de la SPR, avec droit d’appel devant un tribunal d’appel nouvellement constitué — la SAR.

[32] Le projet de loi C-11 a reçu la sanction royale en novembre 2001, ses dispositions devant entrer en vigueur à une date fixée par décret du gouverneur en conseil. Cependant, en avril 2002, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration de l’époque a annoncé que la mise sur pied de la SAR serait retardée en raison de la « surcharge du système » (Communiqué de presse du ministère de la Citoyenneté et de l’Immigration « La mise sur pied de la Section d’appel des réfugiés est retardée », 29 avril 2002). À la suite de l’entrée en vigueur de bon nombre des dispositions de la LIPR en juin 2002 (*Décret fixant au 28 juin 2002 la date d’entrée en vigueur de certaines dispositions de la Loi*, TR/2002-97), les demandes d’asile étaient désormais instruites par un membre unique de la SPR. En l’absence de la SAR, l’article 231 du Règlement — qui est aussi entré en vigueur en juin 2002 — prévoyait un sursis à l’exécution de la mesure de renvoi lors de la présentation d’une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire d’une décision défavorable de la SPR.

[33] En 2010, le législateur a adopté la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*, L.C. 2010, ch. 8 (la LMRER). La LMRER prévoyait que les dispositions de la LIPR concernant la SAR entreraient en vigueur dans un délai d’au plus deux ans à compter de la sanction royale. La LMRER a reçu la sanction royale en juin de cette année-là.

[34] Deux ans plus tard, soit en juin 2012, le projet de loi C-31, *Loi visant à protéger le système d’immigration du Canada*, L.C. 2012, ch. 17 (LPSIC), a également reçu la sanction royale. La LPSIC ajoutait de nouvelles restrictions au droit d’interjeter appel à la SAR. Le sommaire du projet de loi précise que la LIPR devait être modifiée pour « prévoir un traitement accéléré des demandes d’asile ».

[35] Aux fins du présent appel, il est important de préciser que l’article 110 de la LIPR, créant la SAR, a été modifié par la LPSIC afin que soit ajouté l’alinéa 110(2)d). Cet alinéa, qui est visé par le recours en

unconstitutionality, provides that no appeal to the RAD is available for STCA-excepted claimants:

110 ...

...

Restriction on appeals

(2) No appeal may be made in respect of any of the following:

...

(d) subject to the regulations, a decision of the Refugee Protection Division in respect of a claim for refugee protection if

(i) the foreign national who makes the claim came directly or indirectly to Canada from a country that is, on the day on which their claim is made, designated by regulations made under subsection 102(1) and that is a party to an agreement referred to in paragraph 102(2)(d), and

(ii) the claim — by virtue of regulations made under paragraph 102(1)(c) — is not ineligible under paragraph 101(1)(e) to be referred to the Refugee Protection Division;

[36] The Regulations were also amended in 2012 (SOR/2012-272) to account for the implementation of the RAD. Subsection 231(1) of the Regulations, under which a removal order was stayed where a failed RPD claimant sought leave to file an application for judicial review of an RPD decision, was amended to limit the statutory stay to an application for judicial review of a RAD decision. In practical terms, this meant that there was no automatic stay of removal for failed STCA-excepted applicants, such as the appellants, who did not have recourse to the RAD.

[37] The Regulatory Impact Analysis Statement to SOR/2012-272 [*C. Gaz.* 2012.II.2871] stated [at page 2875] that the amendment to subsection 231(1) of the Regulations was intended to ensure that STCA-excepted

déclaration d'inconstitutionnalité, prive les demandeurs bénéficiant de la dispense de l'ETPS du droit d'interjeter appel à la SAR.

110 [...]

Restriction

(2) Ne sont pas susceptibles d'appel :

[...]

d) sous réserve des règlements, la décision de la Section de la protection des réfugiés ayant trait à la demande d'asile qui, à la fois :

(i) est faite par un étranger arrivé, directement ou indirectement, d'un pays qui est — au moment de la demande — désigné par règlement pris en vertu du paragraphe 102(1) et partie à un accord visé à l'alinéa 102(2)d),

(ii) n'est pas irrecevable au titre de l'alinéa 101(1)e) par application des règlements pris au titre de l'alinéa 102(1)c);

[36] Le Règlement a de nouveau été modifié en 2012 (DORS/2012-272) afin qu'il soit tenu compte de la mise sur pied de la SAR. Le paragraphe 231(1) du Règlement, aux termes duquel un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi était accordé au demandeur d'asile débouté par la SPR présentant une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision de la SPR, a été amendé afin que le sursis soit limité aux demandes de contrôle judiciaire dirigées contre les décisions de la SAR. Concrètement, cette modification a eu pour effet de priver du sursis automatique à l'exécution de la mesure de renvoi les demandeurs visés par une dispense de l'ETPS qui, comme les appelants en l'espèce, avaient été déboutés et ne pouvaient interjeter appel à la SAR.

[37] Selon le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (DORS/2012-272 [*Gaz. C.* 2012.II.2871]), le paragraphe 231(1) du Règlement avait été modifié afin que les demandeurs visés par une dispense de l'ETPS ne

claimants would not be eligible for an automatic stay of removal if they sought leave to judicially review a negative RPD decision. This would “support the Government’s goals of expedited processing and removal of certain classes of failed claimants.”

[38] To summarize, during the 10-year period between the coming into force of the IRPA in 2002 and the implementation of the RAD in June of 2012 under the BRRRA, all claimants, regardless of whether they transited through a safe country, had their claims determined by a single member of the RPD. All claimants could bring applications to the Federal Court for leave to judicially review the RPD decision and a stay of removal pending disposition of the leave application. At no time was the RAD operational without the restrictions on appeal under subsection 110(2); put otherwise, persons in the position of the claimants, as failed STCA-excepted claimants, never had access to the RAD.

[39] With the advent of the RAD in 2012, most but not all claimants can appeal a negative RPD decision to the RAD. For these failed claimants, removal is deferred pending disposition of both the appeal and the application for leave to commence judicial review (IRPA Regulations, section 231).

[40] In contrast, STCA-excepted claimants who are unsuccessful before the RPD can bring an application for leave to judicially review the RPD decision. They may, in some cases, request a PRRA and a stay from the Federal Court pending its disposition. Again, should the PRRA be negative, leave to judicially review that decision may be sought. STCA-excepted claimants can also request a deferral of removal from the officer enforcing the removal order and seek leave to judicially review the officer’s decision along with a stay from the Federal Court pending disposition of the leave application.

soient pas admissibles au sursis automatique à la mesure de renvoi lors de la présentation d’une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire d’une décision défavorable de la SPR. Cette modification appuierait « les objectifs du gouvernement qui consistent à assurer le traitement et le renvoi accélérés de certaines catégories de demandeurs déboutés » [à la page 2875].

[38] En résumé, durant la période de dix ans comprise entre l’entrée en vigueur de la LIPR en 2002 et la mise sur pied de la SAR en juin 2012 aux termes de la *Loi sur les mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*, toutes les demandes d’asile, que le demandeur ait transité ou non par un pays sûr, ont été étudiées par un commissaire unique de la SPR. Tous les demandeurs pouvaient présenter une demande à la Cour fédérale en autorisation d’engager un recours en contrôle judiciaire dirigé contre la décision de la SPR, ainsi que présenter une demande de sursis à la mesure de renvoi dans l’attente d’une décision concernant leur demande d’autorisation. Les restrictions au droit d’interjeter appel, prévues par le paragraphe 110(2), ne sont appliquées que depuis la mise sur pied de la SAR; autrement dit, nulle personne se trouvant dans la position des appelants, c’est-à-dire celle de demandeurs déboutés visés par une dispense de l’ETPS, n’a jamais eu accès à la SAR.

[39] Depuis la création de la SAR, en 2012, la plupart, mais non la totalité, des demandeurs d’asile peuvent interjeter appel d’une décision défavorable de la SPR devant la SAR. Pour ces demandeurs déboutés, le renvoi est reporté alors que sont pendants l’appel et la demande d’autorisation et de contrôle judiciaire (Règlement, article 231).

[40] Les demandeurs visés par une dispense de l’ETPS, qui sont déboutés devant la SPR, peuvent quant à eux présenter une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire de la décision de la SPR. Ils peuvent aussi, dans certains cas, présenter une demande d’ERAR, ainsi qu’une requête en sursis à la Cour fédérale alors qu’est pendante leur demande. Si la décision rendue au terme de l’ERAR est défavorable, le demandeur peut à nouveau présenter une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire. Les demandeurs visés par une dispense de l’ETPS peuvent eux aussi demander le

B. Purpose and powers of the RAD

[41] The legislative purpose behind the RAD's implementation was discussed in *Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157 (*Huruglica*). In that case, this Court referred to the 2001 comments of the Minister responsible for Bill C-11, that “[t]he whole purpose [of the RAD] is to ensure that the correct decision is made” [emphasis in original] (at paragraph 87), as well as to those of Peter Showler, then Chair of the I.R.B., who stated that the RAD would “efficiently remedy errors made by the RPD” and act as a “safety net” [emphasis in original] (at paragraph 88). After reviewing the legislative history, this Court concluded that “[t]he RAD was essentially viewed as a safety net that would catch all mistakes made by the RPD, be it on the law or the facts” (at paragraph 98).

[42] The RAD has robust powers of error-correction consistent with its statutory purpose. Unless precluded by the IRPA, an appeal to the RAD from an RPD decision may be made as a matter of right by a failed claimant or by the Minister on questions of law, fact or mixed fact and law.

[43] Appeals before the RAD “must” proceed without a hearing on the basis of the record before the RPD (IRPA, subsection 110(3)). New evidence may only be presented if it arose after the rejection of the claim or was not reasonably available at the time of the hearing before the RPD. Where new evidence is admitted, the RAD has the discretion to hold an oral hearing (IRPA, subsections 110(4), 110(6)) provided certain criteria are met. Subsection 110(6) provides:

report de leur renvoi à l'agent chargé d'appliquer la mesure de renvoi, et présenter une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision rendue par cet agent, ainsi qu'une demande de sursis à la Cour fédérale alors qu'est pendante leur demande d'autorisation.

B. Mandat et pouvoirs de la SAR

[41] L'intention du législateur en créant la SAR a été examinée à l'occasion de l'affaire *Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157 (*Huruglica*). Notre Cour a alors référé à des commentaires formulés en 2001 par le ministre alors responsable du projet de loi C-11, selon lesquels « [le] but [de la SAR] est d'assurer que la bonne décision est prise » [souligné dans l'original] (au paragraphe 87), ainsi qu'à ceux de Peter Showler, alors président de la C.I.S.R., qui a déclaré que la SAR pourrait, « de manière efficace, corriger les erreurs faites par la SPR » [souligné dans l'original] et servir ainsi de « filet de sécurité » (au paragraphe 88). Après avoir passé en revue l'historique de la loi, notre Cour a conclu que, « [e]ssentiellement, la SAR devait servir de filet de sécurité puisqu'elle devait rattraper les erreurs de droit ou de fait de la SPR » (au paragraphe 98).

[42] La SAR dispose de vastes pouvoirs pour corriger les erreurs, en conformité avec la mission qui lui est conférée par la loi. À moins que la LIPR ne l'interdise, le demandeur peut, de droit, interjeter appel d'une décision de la SPR à la SAR, ou le ministre peut interjeter appel sur une question de droit, une question de fait ou une question mixte de fait et de droit.

[43] Les appels devant la SAR « procède[nt] » sans audition, selon le dossier qui a été présenté à la SPR (LIPR, paragraphe 110(3)). De nouveaux éléments de preuve ne peuvent être présentés que s'ils se sont manifestés après le rejet de la demande ou qu'ils n'étaient pas raisonnablement accessibles au moment de l'audience devant la SPR. Lorsque de nouveaux éléments de preuve sont admis, la SAR a le pouvoir discrétionnaire de tenir une audience (LIPR, paragraphes 110(4) et 110(6)), à condition que certains critères soient respectés. Le paragraphe 110(6) dispose :

APPEAL TO REFUGEE APPEAL DIVISION

110 ...

...

Hearing

(6) The Refugee Appeal Division may hold a hearing if, in its opinion, there is documentary evidence referred to in subsection (3)

- (a) that raises a serious issue with respect to the credibility of the person who is the subject of the appeal;
- (b) that is central to the decision with respect to the refugee protection claim; and
- (c) that, if accepted, would justify allowing or rejecting the refugee protection claim.

[44] RPD decisions are reviewed by the RAD for correctness (*Huruglica*, at paragraph 103). The RAD may confirm the RPD determination, set it aside and substitute its own decision, including a grant of refugee protection, or refer the matter back to the RPD with directions (IRPA, subsection 111(1)). The RAD does not have the power to order removal and makes no orders to that effect. Removal is an administrative action, taken by departmental officers when a claim has been rejected. The Federal Court, on the other hand, can stay or set aside removal orders.

[45] The appellants contrast the powers of the RAD with the limitations of judicial review of an RPD decision. The critical distinction between an appeal to the RAD and recourse in the Federal Court lies in the standard of review. Correctness before the RAD offers the appellants the hope that a second hearing, albeit on the same record and without oral evidence, will generate a different result. Further, access to the RAD is as of right, whereas access to the Federal Court is dependent on leave (IRPA, subsection 72(1)). New evidence is admissible before the RAD provided that the statutory criteria are met. Judicial review in the Federal Court is confined to the record.

APPEL DEVANT LA SECTION D'APPEL DES RÉFUGIÉS

110 [...]

Audience

(6) La section peut tenir une audience si elle estime qu'il existe des éléments de preuve documentaire visés au paragraphe (3) qui, à la fois :

- a) soulèvent une question importante en ce qui concerne la crédibilité de la personne en cause;
- b) sont essentiels pour la prise de la décision relative à la demande d'asile;
- c) à supposer qu'ils soient admis, justifieraient que la demande d'asile soit accordée ou refusée, selon le cas.

[44] La SAR doit examiner les décisions de la SPR selon la norme de la décision correcte (*Huruglica*, au paragraphe 103). La SAR peut confirmer la décision de la SPR, casser la décision et y substituer sa propre décision, y compris accorder l'asile, ou renvoyer l'affaire à la SPR en y joignant des instructions (LIPR, au paragraphe 111(1)). La SAR n'est pas habilitée à ordonner le renvoi ni à rendre une ordonnance en ce sens. Le renvoi est une mesure administrative qui est prise par les fonctionnaires du ministère après le rejet de la demande. En revanche, la Cour fédérale peut annuler une mesure de renvoi ou surseoir à son exécution.

[45] Les appelants opposent les pouvoirs de la SAR aux limites du contrôle judiciaire d'une décision de la SPR. La principale distinction entre l'appel devant la SAR et le recours devant la Cour fédérale se situe sur le plan de la norme de contrôle. La norme de la décision correcte, dans le cas des appels devant la SAR, permet aux appelants d'espérer qu'une deuxième audience aboutira à une issue différente, même avec le même dossier et sans témoignage verbal. De plus, l'accès à la SAR est de droit, alors que l'accès à la Cour fédérale est subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation (LIPR, au paragraphe 72(1)). De nouveaux éléments de preuve peuvent être présentés à la SAR, à condition que les critères définis dans la loi soient respectés. En revanche, le contrôle judiciaire par la Cour fédérale se borne au dossier.

[46] Before leaving this point, a *caveat*. It is important to note that the standard of review by which the Federal Court reviews RPD and RAD decisions does not preclude consideration of the merits or factual findings of either tribunal. Reasonableness and its criteria of justification, intelligibility and transparency, apply to how these tribunals assess the evidence before them and the inferences which may be drawn from that evidence, and correctness applies to the fairness of the procedure of the RPD hearing (*Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121). Adverse findings of fact and conclusions or inferences with respect to credibility must find their justification in the evidence before the RPD and their expression in the reasons of the RPD.

[47] While there is most certainly a difference in the role of RAD and the Federal Court in reviewing an RPD decision, the gulf is not as wide as contended. The difference lies in correctness review as opposed to reasonableness review. Reasonableness review requires that all elements of an RPD decision satisfy the *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 criteria.

III. Notice of constitutional question

[48] Where the constitutional validity of legislation is in question, subsections 57(1) and (2) of the *Federal Courts Act* require that a notice of constitutional question be served on the Attorney General of Canada and on the provincial and territorial Attorneys General at least ten days before the hearing of the appeal:

Constitutional questions

57 (1) If the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of a province, or of regulations made under such an Act, is in question before the Federal Court of Appeal or the

[46] Avant de clore ce point, une mise en garde s'impose. Il est important de noter que la norme de contrôle au regard de laquelle la Cour fédérale examine les décisions de la SPR et de la SAR ne l'empêche pas de faire un examen sur le fond ou de prendre en compte les conclusions de fait de l'un ou l'autre tribunal. La norme de la décision raisonnable, et les critères de justification, d'intelligibilité et de transparence qui s'y rattachent, s'appliquent à la manière dont les tribunaux apprécient la preuve dont ils ont été saisis et aux conclusions qui peuvent en être tirées, alors que la norme de la décision correcte concerne l'équité procédurale de l'audience devant la SPR (*Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121). Les conclusions de fait défavorables et les conclusions ou hypothèses défavorables en matière de crédibilité doivent être justifiées par les éléments de preuve qui ont été présentés à la SPR et doivent être énoncées dans les motifs de la SPR.

[47] Bien qu'il existe certainement une différence entre la mission de la SAR et celle de la Cour fédérale qui examine une décision de la SPR, l'écart n'est pas aussi grand qu'on le prétend. La différence se situe sur le plan de la norme de contrôle, selon que l'examen se fait au regard de la norme de la décision correcte ou de la norme de la décision raisonnable. La norme de la décision raisonnable exige que tous les aspects de la décision de la SPR satisfassent aux critères consacrés par l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*).

III. Avis de question constitutionnelle

[48] Lorsque la validité constitutionnelle d'une loi est en cause, les paragraphes 57(1) et (2) de la *Loi sur les Cours fédérales* exigent qu'un avis de question constitutionnelle soit signifié au procureur général du Canada ainsi qu'aux procureurs généraux des provinces ou territoriales, au moins dix jours avant l'audition de l'appel :

Questions constitutionnelles

57 (1) Les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d'application, dont la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour d'appel fédérale ou la Cour fédérale ou un office fédéral,

Federal Court or a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, the Act or regulation shall not be judged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with subsection (2).

Time of notice

(2) The notice must be served at least 10 days before the day on which the constitutional question is to be argued, unless the Federal Court of Appeal or the Federal Court or the federal board, commission or other tribunal, as the case may be, orders otherwise.

[49] In this case, the appellants filed a notice of constitutional question on September 25, 2018, with an accompanying solicitor's certificate stating that the notice had been served on the Attorneys General on September 24, 2018, less than ten days prior to the hearing of the appeal. The parties were directed to address the implications of late service in their oral submissions.

[50] At the outset of the hearing of this appeal, counsel for the appellants advised that six of the provincial and territorial Attorneys General had indicated no intention to intervene in the appeal and that it was anticipated that none of the remaining Attorneys General would respond differently. Counsel submitted that this Court had the discretion under subsection 57(2) of the *Federal Courts Act* to abridge the time for service and hear the appeal as scheduled, as the Federal Court had done in *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 522, [2017] 4 F.C.R. 458 and *Ishaq v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 156, [2015] 4 F.C.R. 297, by applying the factors set out in *Canada (Attorney General) v. Larkman*, 2012 FCA 204, 433 N.R. 184 (*Larkman*) relating to requests for extensions of time.

[51] Counsel for the Attorney General of Canada agreed that the *Larkman* factors were satisfied in this case and consented to the hearing of the appeal as scheduled. Both counsel submitted that the importance of the legal question at issue, as well as the large number of

sauf s'il s'agit d'un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins que le procureur général du Canada et ceux des provinces n'aient été avisés conformément au paragraphe (2).

Formule et délai de l'avis

(2) L'avis est, sauf ordonnance contraire de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale ou de l'office fédéral en cause, signifié au moins dix jours avant la date à laquelle la question constitutionnelle qui en fait l'objet doit être débattue.

[49] En l'espèce, les appelants ont déposé un avis de question constitutionnelle le 25 septembre 2018, accompagné d'une attestation d'un avocat indiquant que l'avis avait été signifié aux procureurs généraux le 24 septembre 2018, soit moins de dix jours avant l'audition de l'appel. Les parties ont été invitées à examiner les conséquences de cette signification tardive dans leurs observations verbales.

[50] D'entrée de jeu, lors de l'audition du présent appel, les avocats des appelants ont déclaré que six procureurs généraux des provinces et territoires avaient indiqué qu'ils n'avaient pas l'intention d'intervenir dans l'appel et qu'ils s'attendaient à ce que les autres procureurs en fassent autant. Les avocats ont soutenu que notre Cour avait le pouvoir discrétionnaire, aux termes du paragraphe 57(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, d'abréger le délai de signification et d'instruire l'appel comme prévu, comme l'a fait la Cour fédérale à l'occasion des affaires *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 522, [2017] 4 R.C.F. 458 et *Ishaq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 156, [2015] 4 R.C.F. 297, en appliquant les facteurs consacrés par l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Larkman*, 2012 CAF 204 (*Larkman*) relativement aux demandes de prorogation de délai.

[51] L'avocat du procureur général du Canada a reconnu que les facteurs consacrés par l'arrêt *Larkman* étaient réunis en l'espèce et a consenti à l'audition de l'appel selon le calendrier arrêté. Les avocats des deux parties ont fait valoir que l'importance de la question de

cases in abeyance at the Federal Court pending the outcome of this appeal, weighed in favour of granting an abridgement of time for service.

[52] After considering the parties' submissions, the Court decided to hear the appeal on a conditional basis. The parties were advised that if any of the remaining provincial or territorial Attorneys General sought leave to intervene it was possible that the appeal would need to be reheard, depending on the nature of the intervention sought. The appeal proceeded on that basis. Following the hearing of the appeal, the appellants advised the Court that they had received replies from all 13 provincial and territorial Attorneys General and that none had expressed an intention to intervene in the appeal and either consented to, did not oppose, or expressly declined to take a position on the appellants' request for an abridgement of the time for service of the notice.

[53] As a result of the responses from the Attorneys General, I would grant the appellants' request for an abridgement of the time for service. However, in doing so I stress that the notice requirement in section 57 of the *Federal Courts Act* is not a mere formality. In this case, the Court exercised its discretion to hear the appeal on a conditional basis, taking into account the parties' submissions and the consent of the Attorney General of Canada. This decision was not lightly made and similar results should not be expected in future cases.

[54] Further, I do not agree that the *Larkman* factors are dispositive. Those factors are designed to address the interests of and potential prejudice to the parties to a proceeding. The notice of constitutional question, by contrast, has a public dimension. It ensures that a law is not declared unconstitutional unless the fullest opportunity has been given to the government to support the law's validity (*Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, at paragraph 19, citing *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at paragraph 48). As a result, it is the potential for prejudice to that public interest that is paramount.

droit en litige, ainsi que le grand nombre d'affaires en suspens devant la Cour fédérale dans l'attente du présent appel, jouaient en faveur de l'abrègement du délai de signification.

[52] Après avoir examiné les arguments des parties, notre Cour a décidé d'instruire l'appel à certaines conditions. Les parties ont ainsi été informées de la possibilité que l'appel doive être instruit de nouveau, si l'un des procureurs généraux provinciaux ou territoriaux restants demandait l'autorisation d'intervenir; cela dépendrait de la nature de l'intervention souhaitée. L'appel a été instruit à cette condition. Après l'instruction de l'appel, les appelants ont informé la Cour qu'ils avaient reçu des réponses des 13 procureurs généraux provinciaux et territoriaux et qu'aucun n'avait exprimé l'intention d'intervenir dans l'appel; ils acceptaient la demande d'abrègement du délai de signification de l'avis ou n'y étaient pas opposés, ou ils ont expressément refusé de prendre position sur la question.

[53] Vu les réponses reçues des procureurs généraux, j'accueillerais la demande d'abrègement du délai de signification présentée par les appelants. Je tiens toutefois à insister sur ce que l'exigence prévue par l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, relativement au délai de signification, n'est pas une simple formalité. En l'espèce, la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire d'instruire l'appel à certaines conditions, en tenant compte des observations des parties et du consentement du procureur général du Canada. Cette décision n'a pas été prise à la légère et il ne faudrait pas s'attendre à des issues semblables dans de futures affaires.

[54] De plus, je rejette l'idée que les facteurs consacrés par l'arrêt *Larkman* dictent la solution. Ces facteurs visent à ce qu'il soit tenu compte des droits des parties à une instance et du préjudice qui pourrait leur être causé. L'avis de question constitutionnelle, à l'opposé, comporte une dimension publique. Cet avis vise à s'assurer qu'une loi ne puisse être déclarée inconstitutionnelle que si le gouvernement a eu vraiment toute latitude pour en soutenir la validité (*Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 19, citant *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, au paragraphe 48). C'est donc le risque de préjudice à l'intérêt public qui revêt une importance capitale.

[55] The fact that immigration is a head of exclusive federal legislative competence does not mean that the provinces are unlikely to have an interest. Provincial Attorneys General may have no great stake in whether paragraph 110(2)(d) of the IRPA survives Charter scrutiny, but this is irrelevant for the purposes of considering whether the time for service of the notice should be abridged. The interest of the Attorneys General is in the evolution of section 7 jurisprudence and the implications of a decision in a particular case to analogous matters within provincial legislative competence.

IV. Standard of review

[56] The constitutionality of paragraph 110(2)(d) of the IRPA is a question of law. The decision of the Federal Court on this issue attracts appellate review on a standard of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8). The Federal Court's evidentiary findings are nonetheless owed deference, including its assessment of the evidence on psychological harm.

V. The Federal Court decision and the appellants' arguments on appeal

[57] As noted earlier, the Federal Court dismissed the application. The judge observed that "[t]he heart of the Applicants' arguments is not the lack of an appeal but the consequences of that lack" [*Kreishan*, at paragraph 133]. The appellants identified those consequences as an increased risk of *refoulement* and the imposition of serious state-imposed psychological stress. The judge assumed, but did not decide, that these consequences engaged the appellants' section 7 rights (*Kreishan*, at paragraph 144).

[58] The judge rejected the argument that the RAD bar increased the risk of *refoulement*. The appellants, in consequence of the RPD decision, were failed claimants. They were not, on the basis of the RPD adjudication, being returned to a country where they would face

[55] Le fait que l'immigration soit un champ de compétence législative fédérale exclusive ne signifie pas qu'il est peu probable que les provinces et territoires y portent intérêt. Savoir si l'alinéa 110(2)d) de la LIPR peut résister à un examen fondé sur la Charte n'est peut-être pas un enjeu important pour les procureurs généraux des provinces; cette question n'est toutefois pas pertinente pour déterminer si le délai de signification de l'avis doit être abrégé. Ce qui intéresse les procureurs généraux, c'est de connaître l'évolution de la jurisprudence concernant l'article 7, ainsi que les répercussions d'une décision rendue dans une affaire particulière sur des affaires analogues qui relèvent de la compétence législative des provinces.

IV. Norme de contrôle

[56] La constitutionnalité de l'alinéa 110(2)d) de la LIPR est une question de droit. La décision de la Cour fédérale sur cette question doit être examinée en appel au regard de la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8). Les conclusions de la Cour fédérale commandent néanmoins la déférence, notamment son appréciation de la preuve sur le préjudice psychologique.

V. La décision de la Cour fédérale et les arguments formulés par les appelants en appel

[57] Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, la Cour fédérale a rejeté la demande. Le juge a observé que « [l]e point central des arguments des demandeurs n'est pas l'absence du droit d'interjeter appel, mais les conséquences d'une telle absence » [*Kreishan*, au paragraphe 133]. Selon les appelants, ces conséquences étaient le risque accru de *refoulement* et l'imposition d'une grave tension psychologique causée par l'État. Le juge a supposé, sans toutefois trancher la question, que ces conséquences mettaient en jeu les droits tirés par les appelants de l'article 7 (*Kreishan*, au paragraphe 144).

[58] Le juge a rejeté la thèse portant que les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR augmentaient le risque de *refoulement*. À la suite de la décision rendue par la SPR, les appelants étaient des demandeurs déboutés. Ils n'étaient pas, aux fins de la décision de la SPR,

persecution on Convention grounds. The judge also cited the Supreme Court's decision in *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176 (*Kazemi*), for the proposition that section 7 “does not protect against ordinary stress and anxiety” (*Kreishan*, at paragraph. 131)—the inference being that the stress allegedly associated with a denial of access to the RAD was indistinguishable from the stress inherent to the refugee determination process and thus did not meet the threshold of a section 7 interest.

[59] With respect to the second phase of the section 7 analysis, namely whether the deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice, the judge found that the legislative objective of the STCA was to regulate the entry of refugee claimants into Canada and the streamlining of the refugee determination process. In that context, the purpose of the bar on appeals to the RAD and the absence of a statutory stay of removal was to reduce incentives which would encourage the making of claims in Canada when claimants had access to protection in the United States. The judge concluded that the RAD bar was not arbitrary, but was rationally connected to the objectives of burden sharing with the United States and limiting the caseload before the RAD. The RAD bar was not overbroad because it promoted the aims of the STCA, namely to encourage claimants to present their claim in their country of first arrival, and aligned with the purposes of the safe third country concept.

[60] In broad terms, the appellants raise three challenges to the decision. They do not quarrel with the judge's characterization of the issues, rather they contend that the judge erred in law in the analysis of their section 7 interests on the assumption that they were engaged. Without determining the nature and extent to which their rights were engaged, no principled consideration could be given to the question whether the

des demandeurs qui seraient renvoyés dans un pays où ils feraient l'objet de persécution pour des motifs cités dans la Convention. La juge a également cité une jurisprudence de la Cour suprême du Canada, *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176 (*Kazemi*), qui enseignerait que l'article 7 « ne protège pas contre une tension et une angoisse ordinaires » (*Kreishan*, au paragraphe 131) — au sens où la tension censée découler du déni du droit d'accès à la SAR ne diffère pas de celle inhérente au processus de détermination du statut de réfugié et ne satisfait donc pas au critère concernant les droits garantis par l'article 7.

[59] En ce qui a trait à la deuxième phase de l'analyse relative à l'article 7, à savoir si le déni était conforme aux principes de justice fondamentale, la juge a conclu que l'objectif législatif de l'ETPS était de réglementer l'entrée des demandeurs d'asile au Canada et de simplifier le processus de détermination du statut de réfugié. Vu ce contexte, les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR et l'absence de sursis automatique à la mesure de renvoi avaient pour but de réduire les facteurs susceptibles d'inciter des demandeurs à présenter des demandes d'asile au Canada alors qu'ils avaient accès à une protection aux États-Unis. La juge a conclu que ces restrictions n'étaient pas arbitraires, mais qu'elles avaient un lien rationnel avec les objectifs de partager les responsabilités avec les États-Unis et de limiter le volume de demandes présentées à la SAR. Elle a également conclu que les restrictions n'avaient pas une portée excessive, car elles contribuent à promouvoir l'objectif de l'ETPS, qui est d'encourager les demandeurs d'asile à présenter leur demande dans leur premier pays d'arrivée, et qu'elles s'harmonisaient avec la notion de tiers pays sûr.

[60] De façon générale, les appelants attaquent trois aspects de la décision. N'est pas controversée l'interprétation par la juge des questions en litige, mais ils soutiennent plutôt que la juge a commis une erreur de droit dans son analyse visant à déterminer si les droits garantis par l'article 7 étaient en jeu. Ils soutiennent qu'aucune analyse cohérente ne peut être faite quant à la question de savoir si le déni de ces droits est fait conforme aux

deprivation of those rights was in accordance with the principles of fundamental justice.

[61] Consequently, the appellants say that the judge erred in her analysis of whether the appellants were deprived of their rights in accordance with the principles of fundamental justice. In this regard, they point to the judge's conclusions as to the legislative purpose of the STCA, arguing that such a broad and amorphous characterization of legislative purpose in the context of section 7 analysis effectively immunizes legislation from constitutional scrutiny. With respect to the overbreadth and the proportionality criteria, they contend that the judge failed to examine the relationship between the objectives of the impugned provisions and the impact on the appellants' section 7 interests. They also argue that the judge made a palpable and overriding error of fact in concluding that the RAD bar resulted in a reduction of the time required for removal of failed claimants, and that this undermined the rational connection between the measure and the purpose.

[62] The appellants argue that the judge erred in not finding that the preferential treatment given to regular claimants triggered their section 7 interests by increasing the risk of *refoulement* and amplifying the anxiety and psychological stress associated with prosecuting a claim for protection.

[63] Citing the submissions of the United Nations High Commission for Refugees (UNHCR) to the Parliamentary Committee in its consideration of what became the PCISA, they contend that a second stage appeal for failed claimants is necessary to ensure that errors of fact or law are corrected, so as to minimize the risk of *refoulement*. The appellants point to what they characterize as the high level of successful appeals from negative RPD rulings as support for their argument, and the correspondingly low percentage of successful applications for leave for judicial review.

principes de justice fondamentale, sans déterminer dans quelle mesure et de quelle manière ces droits ont été mis en jeu.

[61] Ils affirment donc que la juge a commis une erreur dans son analyse visant à déterminer si les appelants avaient été privés de leurs droits dans le respect des principes de justice fondamentale. Ils soulignent à cet égard les conclusions de la juge concernant l'objectif législatif de l'ETPS, alléguant qu'une qualification aussi large et vague de l'objectif législatif dans le cadre de l'analyse relative à l'article 7 met la loi à l'abri d'un examen visant à en déterminer la constitutionnalité. En ce qui a trait aux critères de la portée excessive et d'effets disproportionnés, les appelants soutiennent que la juge a omis d'examiner le rapport entre les objectifs des dispositions contestées et leurs effets sur les droits des appelants au titre de l'article 7. Ils allèguent en outre que la juge a commis une erreur de fait manifeste et dominante en concluant que les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR réduisaient le délai requis pour le renvoi des demandeurs déboutés, et que cela sapait le lien rationnel entre la mesure et son objet.

[62] Ils soutiennent que la juge a aussi commis une erreur en ne concluant pas que le traitement préférentiel dont bénéficient les demandeurs ordinaires faisait jouer les droits que les appelants tirent de l'article 7, en augmentant le risque de refoulement et en amplifiant l'angoisse et la tension psychologique découlant de la présentation d'une demande d'asile.

[63] Citant les observations faites par le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) à la commission parlementaire lors de l'analyse du projet de loi qui allait devenir la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, les appelants soutiennent qu'il est nécessaire d'offrir un appel en deuxième instance aux demandeurs déboutés, pour s'assurer que soit corrigée toute erreur de fait ou de droit et ainsi réduire au maximum le risque de refoulement. Les appelants appuient leur argumentation en comparant le volume élevé d'appels accueillis visant les décisions défavorables de la SPR au faible pourcentage de demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire qui sont accueillies.

VI. Analysis

A. *Preliminary observations*

[64] Before turning to the principles which guide the application of section 7 in these circumstances, four preliminary observations are in order.

[65] I admit that I have struggled with the appellants' arguments. The appellants concede that, under existing case law, the principles of fundamental justice do not require, as a matter of process, any right of appeal (*Sachs v. Air Canada*, 2007 FCA 279, 367 N.R. 384 (*Sachs*), at paragraph 11, citing *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53 (*Kourtessis*); see also *Charkaoui*, at paragraph 136; *Beer v. Saskatchewan (Highways and Infrastructure)*, 2016 SKCA 24 (CanLII), 476 Sask. R. 74, at paragraph 3; *Alberta (Attorney General) v. Malin*, 2016 ABCA 396 (CanLII), 406 D.L.R. (4th) 368, at paragraph 25; *Ruffolo v. Jackson*, 2010 ONCA 472, 71 M.P.L.R. (4th) 43, at paragraph 13; *Cambie Surgeries Corporation v. British Columbia (Attorney General)*, 2017 BCCA 287, 99 B.C.L.R. (5th) 338, at paragraph 27). However, they say that this rule speaks only to section 7's procedural guarantees, and does not preclude a challenge on the basis that a denial of a right of appeal offends the substantive values embodied in the principles of fundamental justice. They refer to the Federal Court's comment in *Mahjoub (Re)*, 2017 FC 334 (*Mahjoub*) that "while there is no constitutional right to an appeal, if an appeal right is created, it must be constitutionally sound" (at paragraph 58). Thus, in the appellants' view, while they may not have a constitutional right to access the RAD as a matter of process, they have a substantive right not to be barred from the RAD in a manner that is arbitrary, overbroad or grossly disproportionate.

VI. Discussion

A. *Observations préliminaires*

[64] Avant d'examiner les principes qui encadrent l'opération de l'article 7 en l'espèce, je formulerai quatre observations préliminaires.

[65] Je dois admettre que les arguments des appelants m'ont posé des difficultés. Les appelants reconnaissent que, selon la jurisprudence actuelle, les principes de justice fondamentale n'exigent pas, dans le cadre des procédures, l'existence d'un droit d'appel (*Syndicat canadien de la fonction publique (Transport aérien, composante d'Air Canada, comité de santé et de sécurité au travail de la section locale 4004) c. Air Canada*, 2007 CAF 279, *sub nom. Sachs c. Air Canada* (*Sachs*), au paragraphe 11, citant *Kourtessis c. M.N.R.*, [1993] 2 R.C.S. 53 (*Kourtessis*); voir aussi *Charkaoui*, au paragraphe 136; *Beer v. Saskatchewan (Highways and Infrastructure)*, 2016 SKCA 24 (CanLII), 476 Sask. R. 74, au paragraphe 3; *Alberta (Attorney General) v. Malin*, 2016 ABCA 396 (CanLII), 406 D.L.R. (4th) 368, au paragraphe 25; *Ruffolo v. Jackson*, 2010 ONCA 472, 71 M.P.L.R. (4th) 43, au paragraphe 13; *Cambie Surgeries Corporation v. British Columbia (Attorney General)*, 2017 BCCA 287, 99 B.C.L.R. (5th) 338, au paragraphe 27). Ils affirment toutefois que cette règle ne vise que les garanties procédurales prévues par l'article 7 et qu'elle n'interdit pas une attaque fondée sur le fait que le déni du droit d'appel porte atteinte aux valeurs de fond sur lesquelles reposent les principes de justice fondamentale. Ils renvoient à une observation de la Cour fédérale dans la décision *Mahjoub (Re)*, 2017 CF 334 (*Mahjoub*) portant que, « bien qu'il n'y ait aucun droit constitutionnel permettant d'interjeter appel, si un tel appel doit être interjeté, il doit être constitutionnel » (au paragraphe 58). Les appelants soutiennent donc valoir que, même si la Constitution ne leur reconnaît pas nécessairement le droit procédural d'interjeter appel à la SAR, ils disposent néanmoins du droit fondamental de ne pas être privés d'interjeter appel à la SAR d'une manière qui soit arbitraire, de portée excessive ou totalement disproportionnée.

[66] However, it has proven difficult not to view the appellants' argument as a disguised challenge to the principle that there is no right, constitutional or otherwise, to an appeal. The arguments which they advance in support of a right of appeal are no different, regardless of whether they are directed to the procedural or substantive considerations of section 7, and would be equally at home in an appeal that asserted, directly, a section 7 right to appeal to the RAD as a matter of procedure.

[67] In crafting these arguments, the appellants have cleaved the advantages of an appeal from the right to an appeal. They characterize the former as substantive and the latter as procedural, mirroring the dual elements of section 7. Doing so artfully avoids the instruction of the Supreme Court of Canada with respect to section 7 appeal rights, and the appellants do not point to any case law which limits the *Kourtessis* principle to procedural rights alone.

[68] Advantages are inherent in a right of appeal. There is no doubt that an appeal enhances a claimant's chances of remaining in Canada. An appeal offers hope of a different outcome on the merits, or that the jurisprudential risks associated with a loss on appeal would convince the Minister to reconsider his or her position. But section 7 is not engaged by an offer of hope—or the absence of hope. It is engaged where the claimant faces removal to risks of death, torture or cruel and usual treatment (*Charkaoui; Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 699 (*Tapambwa*), leave to appeal to S.C.C. refused, 38589 (July 11, 2019)). This is consistent with this Court's observations in *Sachs*, where it held that section 7 does not grant a right to an appeal "even in matters with a significant effect on the life, liberty and security of the person" (at paragraph 11). Nor does section 7 mandate a particular form of refugee determination process, let alone one that is error-free.

[69] My second preliminary observation is that the appellants' argument has echoes of a section 15 Charter

[66] Il est toutefois difficile de ne pas voir les arguments des appelants comme une contestation occulte du principe selon lequel ils sont privés du droit — constitutionnel ou autre — d'interjeter appel. Les arguments qu'ils avancent à l'appui du droit d'appel ne diffèrent pas, qu'ils concernent les aspects procéduraux ou les aspects de fond de l'article 7, et ils pourraient valoir tout autant en matière d'appel visant à faire valoir directement un droit procédural garanti par l'article 7 d'interjeter appel à la SAR.

[67] En formulant ces arguments, les appelants ont opéré une distinction entre les avantages d'un appel et le droit d'appel, caractérisant les premiers d'éléments fondamentaux et le second d'élément procédural, reproduisant ainsi les doubles éléments de l'article 7. Ce faisant, les appelants évitent habilement la doctrine de la Cour suprême du Canada en matière de droits d'appel au titre de l'article 7, et ils ne citent aucune jurisprudence limitant uniquement aux droits procéduraux la doctrine de l'arrêt *Kourtessis*.

[68] Les avantages sont inhérents au droit d'appel. Il ne fait aucun doute qu'un appel améliore les chances du demandeur de demeurer au Canada. Un appel lui permet d'espérer une issue différente sur le fond, ou encore d'espérer que les risques jurisprudentiels découlant d'une défaite en appel puissent convaincre le ministre de revoir sa position. Ce n'est toutefois pas l'espoir, ni l'absence d'espoir, qui met en jeu l'article 7. Ce texte joue lorsque le demandeur est menacé de renvoi et qu'il risque la mort, la torture ou un traitement cruel et inusité (*Charkaoui; Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 R.C.F. 699 (*Tapambwa*), droit d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada refusé, 38589 (11 juillet 2019)). Cela est conforme aux observations de notre Cour dans l'arrêt *Sachs*, où elle décide que l'article 7 ne garantit pas un droit d'appel, « même dans les affaires ayant des conséquences importantes sur la vie, la liberté et la sécurité de la personne » (au paragraphe 11). Pas plus que l'article 7 ne dicte la forme que doit prendre le processus de détermination du statut de réfugié, et encore moins qu'il soit exempt d'erreurs.

[69] Je passe à ma deuxième observation préliminaire; les arguments des appelants rappellent une

argument. The appellants concede that they have no right to an appeal, but because others do have a right, they are disadvantaged in ways said to engage section 7. Much as the appellants seek to avoid arguing by way of comparison, their argument pivots on the differential in treatment between the two types of claimants. I accept that a statute creating a right of appeal cannot discriminate on a prohibited or analogous ground (see *Mahjoub*). However, the appellants do not base their case on section 15, although section 15 themes and criteria are woven into their argument in support of the scope of section 7 substantive protections.

[70] Beguiling and attractive as the argument may be, importing the language of section 15, and the concepts of “disadvantaged” and “in comparison to” into the analysis of section 7 is problematic. The focus of section 7 is on the particular rights of the claimant. Whether others are treated better is of no consequence, any more so than pointing to others that are treated worse. A court considering section 7 engagement does so with a sharp focus on the rights of the party before it and asks whether that party is running a constitutionally unacceptable risk.

[71] As noted earlier, if the appellants’ section 7 interests are triggered, the treatment of others is, at this stage, of no moment. I would also add that, to the extent comparisons are being made, the proper comparator might be those arriving from the United States at a Canadian land border port of entry and turned back. Sight should not be lost of the fact that the appellants were admitted into Canada under an exception to the STCA, and had an opportunity to advance a claim for asylum in Canada. In relation to those who are turned back, and who might be the closest comparator, the appellants are arguably more favourably treated. However, as noted, these comparative arguments have no place in considering whether section 7 is engaged. To the extent they may be pertinent, they are best situated in the consideration of whether the deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice, and if not, section 1.

argumentation fondée sur l’article 15 de la Charte. Les appelants reconnaissent qu’ils n’ont pas droit d’appel, mais ils s’estiment défavorisés d’une manière qui met en jeu l’article 7 parce que ce droit est ouvert à d’autres. Bien que les appelants cherchent à éviter les comparaisons, leur argumentation repose sur la différence de traitements entre deux catégories de demandeurs d’asile. Je reconnais qu’une loi qui crée un droit d’appel ne peut opérer de distinction fondée sur un motif interdit ou analogue (voir *Mahjoub*). Cependant, les appelants ne fondent pas leur argumentation sur l’article 15, bien que certains thèmes et critères consacrés à l’article 15 se retrouvent dans leurs observations sur la portée des protections de fond consacrées par l’article 7.

[70] Aussi séduisant que soit cet argument, la transposition du texte de l’article 15 et du concept d’individu « défavorisés », et le recours aux « comparaisons » dans l’analyse relative à l’article 7, pose problème. L’article 7 a pour centre de gravité les droits particuliers du demandeur. Souligner le fait que d’autres bénéficient d’un meilleur traitement, ou que le traitement réservé à d’autres est pire, est sans conséquence. Le juge qui étudie la pertinence de l’article 7 porte une intense attention aux droits de la partie qui s’adresse à lui et cherche à déterminer si cette partie est exposée à un risque inacceptable sur le plan constitutionnel.

[71] Ainsi qu’il a été signalé précédemment, si les droits que tirent les appelants de l’article 7 jouent, il importe peu de savoir, à cette étape, quel traitement est réservé à d’autres. Dans la mesure où des comparaisons sont faites, j’ajouterais que le bon élément de comparaison pourrait être les personnes qui arrivent à un point d’entrée terrestre du Canada en provenance des États-Unis, mais qui sont retournées. Il ne faut pas perdre de vue que les appelants ont été admis au Canada aux termes d’une exception à l’ETPS, et qu’ils ont eu la possibilité de présenter une demande d’asile au Canada. Lorsqu’on les compare aux demandeurs qui sont renvoyés, lesquels sont sans doute ceux qui pourraient le mieux se comparer à eux, il est permis de penser que les appelants bénéficient d’un traitement plus favorable. Cependant, ainsi qu’il a été mentionné, de tels arguments comparatifs n’ont pas leur place dans une analyse visant à déterminer si joue l’article 7. Dans la mesure où ils

[72] I turn to my third preliminary observation. It is important to be precise as to the argument that was made before this Court.

[73] The appellants accept that had the RAD never been created, there would be no argument that section 7 obligated that one be created. As a logical consequence, they accept that were the provisions establishing the RAD repealed, there would be no case to be advanced. This is because they do not, in the context of this case, argue that a right of appeal must exist in order to fulfill or round out the requirements of *Singh*. Nor do the appellants argue that a system of judicial review is inconsistent with section 7 if it does not have an automatic stay of removal pending disposition of the application. This, counsel noted, is an open question. These arguments were not advanced before us and nothing in these reasons should be read as commenting on their merits. Rather, their argument, and in consequence, the singular focus of these reasons, is that the RAD bar takes away a protection and triggers enhanced psychological stress (the deprivation) in an overbroad, arbitrary and grossly disproportionate manner. The infirmity arises from the uneven treatment—the amelioration of the risk of *refoulement* for some but not all.

[74] My fourth remark concerns the development of section 7 in the context of immigration law.

[75] The Supreme Court's approach to section 7 in the context of refugee determination has been the subject of critical academic commentary (see Gerald Heckman, "Revisiting the Application of section 7 of the *Charter* in Immigration and Refugee Protection" (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 312). Professor Heckman expresses the view that the Court's approach to section 7 in this context is

peuvent être pertinents, ces arguments sont surtout utiles pour déterminer si la privation est conforme aux principes de justice fondamentale et, dans la négative, si elle est conforme à l'article 1.

[72] Je passe maintenant à ma troisième observation préliminaire. Il est important que les arguments qui sont présentés à notre Cour soient précis.

[73] Les appelants reconnaissent que, si la SAR n'avait jamais été créée, on ne pourrait prétendre que l'article 7 en imposait la création. Conséquence logique, ils reconnaissent que, si les dispositions établissant la SAR avaient été abrogées, il n'y aurait aucun moyen à défendre. Il en est ainsi parce que les appelants n'allèguent pas, dans le cadre de la présente affaire, qu'il doit y avoir droit appel pour satisfaire ou compléter les exigences consacrées par l'arrêt *Singh*. Ils ne soutiennent pas non plus qu'un système de contrôle judiciaire est contraire à l'article 7 s'il ne prévoit pas un sursis automatique à la mesure de renvoi lorsqu'est pendante la demande. Comme l'ont noté les avocats, il s'agit d'une question ouverte. Ces arguments n'ont pas été défendus devant nous, et rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme étant un commentaire quant au bien-fondé de tels arguments. Leur argumentation et, partant, le thème unique des présents motifs, porte que les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR privent les demandeurs d'une protection et les exposent à une tension psychologique accrue (du fait de la privation) d'une manière arbitraire qui a une portée excessive et qui est totalement disproportionnée. L'invalidité découle du caractère irrégulier du traitement — c'est-à-dire du risque de refoulement accru pour certains, mais pas pour tous.

[74] Ma quatrième remarque concerne le développement du droit portant sur l'article 7 en matière de droit de l'immigration.

[75] L'approche de la Cour suprême à l'égard de l'article 7 dans le cadre de la détermination du statut de réfugié a été critiquée par la doctrine (voir Gerald Heckman, « Revisiting the Application of section 7 of the *Charter* in Immigration and Refugee Protection » (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 312). Selon le professeur Heckman, l'approche de la Cour à l'égard de l'article 7

inconsistent with its approach in other areas of law such as criminal and extradition law. Similarly, Professor Hamish Stewart has observed that, while criminal proceedings must comply with section 7 “from the outset” because of the “potential for imprisonment that they create”, the same logic “apparently does not apply to deportation proceedings” (Hamish Stewart, *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Toronto: Irwin Law, 2012), at page 81).

[76] It is arguable that the appellants here are at a “stage” of the refugee determination process that engages section 7. This is because all foreign nationals are issued conditional removal orders immediately upon making a refugee claim. By subsections 48(1) and (2) of the IRPA, a removal order is “enforceable” if it has come into force and not been stayed, and a claimant who is subject to an enforceable removal order must leave Canada immediately. Thus, a conditional order made with respect to an STCA-excepted claimant comes into force 15 days after a negative RPD decision (IRPA, paragraph 49(2)(c); IRPA Regulations, subsection 159.91(1)), and is not stayed by any other provision. Therefore, the RAD bar is arguably not a preliminary stage of the type at issue in *Febles* and *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704 (*B010*), but rather the stage “immediately preced[ing] removal” (see Heckman, at page 347), such that it is amenable to scrutiny on section 7 grounds.

[77] This argument, as attractive as it may be, is inconsistent with the clear and consistent direction of the Supreme Court. It is well established that the scope of the guarantees under section 7 will vary with the relevant context (*Chiarelli*, at page 732). The immigration context is no exception. In *Chiarelli*, the Supreme Court recognized that the scope of section 7 rights differ as between citizens and non-citizens in light of the

dans ce contexte n’est pas cohérente avec son approche dans d’autres domaines du droit, notamment le droit pénal et les lois sur l’extradition. De même, le professeur Hamish Stewart note que, bien que les procédures pénales doivent être conformes à l’article 7 [TRADUCTION] « dès le début » en raison du [TRADUCTION] « risque d’incarcération qui s’y rattache », la même logique [TRADUCTION] « ne semble pas s’appliquer aux mesures d’expulsion » (Hamish Stewart, *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Toronto: Irwin Law, 2012), à la page 81).

[76] On peut soutenir que les appelants en l’espèce sont à une « étape » du processus de détermination du statut de réfugié qui met en jeu l’article 7, car tous les ressortissants étrangers sont visés par une mesure de renvoi conditionnelle dès qu’ils présentent une demande d’asile. Selon les paragraphes 48(1) et (2) de la LIPR, la mesure de renvoi est « exécutoire » depuis sa prise d’effet dès lors qu’elle ne fait pas l’objet d’un sursis, et le demandeur qui est visé par une mesure de renvoi exécutoire doit quitter le Canada immédiatement. Par conséquent, l’ordonnance conditionnelle concernant le demandeur visé par une dispense de l’ETPS entre en vigueur 15 jours après la notification d’une décision défavorable de la SPR (LIPR, alinéa 49(2)c); Règlement, paragraphe 159.91(1)), et aucune autre disposition ne prévoit de sursis. Il est donc possible de soutenir que les restrictions au droit d’interjeter appel à la SAR ne constituent pas une étape préliminaire du type en cause dans l’arrêt *Febles* ou dans l’arrêt *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704 (*B010*), mais qu’il s’agit plutôt de l’étape [TRADUCTION] « précédant immédiatement le renvoi » (voir Heckman, à la page 347), de sorte qu’elles peuvent se prêter à un examen pour des motifs fondés sur l’article 7.

[77] Cet argument, aussi intéressant soit-il, est contraire à la doctrine claire et cohérente de la Cour suprême, à savoir que la portée des garanties prévues à l’article 7 varie selon le contexte en jeu (*Chiarelli*, à la page 732). Et il en va de même en matière d’immigration. Dans l’arrêt *Chiarelli*, la Cour suprême reconnaît que la portée des droits conférés par l’article 7 diffère selon qu’il s’agit de citoyens ou de non-citoyens, eu égard

fundamental principle that the latter do not have an unqualified right to enter or remain in Canada (page 733). In consequence, the removal of a non-citizen does not in itself engage the liberty and security interests encompassed in section 7 (see also: *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539, at paragraph 46).

B. Section 7—General principles

[78] Section 7 of the Charter provides that everyone has the right to life, liberty and security of the person, and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice. In *Singh*, the Supreme Court held that the word “[e]veryone” in section 7 includes every person who is physically present in Canada and thus amenable to Canadian law. Foreign nationals entering Canada without proper documentation, such as the appellants, are therefore entitled to challenge the RAD bar on the basis that it infringes section 7 of the Charter (see also *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754, at paragraph 23).

[79] To establish an infringement of section 7, the appellants bear a dual onus.

[80] They must first show that their rights under section 7 are engaged by the RAD bar, and then that the deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice. This two-step analysis has been consistently followed by this Court, and most recently reiterated by the Supreme Court in *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165, at paragraph 68 and *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101 (*Bedford*), at paragraph 58.

[81] In the first stage of this analysis, commonly called “engagement”, the appellants have to demonstrate that one of the listed rights is engaged. Regard must be had to the nature of the interests at stake (*Charkaoui*, at paragraph 18), and in this case, the appellants’ argument

au principe fondamental selon lequel les non-citoyens n’ont pas le droit absolu d’entrer au Canada ou d’y demeurer (page 733). Par conséquent, le renvoi d’un non-citoyen, en soi, ne fait pas jouer les droits à la liberté et à la sécurité garantis par l’article 7 (voir aussi *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539, au paragraphe 46).

B. Article 7 – Principes généraux

[78] Selon l’article 7 de la Charte, chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale. Dans l’arrêt *Singh*, la Cour suprême a précisé que le mot « [c]hacun » employé à l’article 7 englobe toute personne qui se trouve au Canada et qui, de ce fait, est assujettie à la loi canadienne. Par conséquent, les ressortissants étrangers qui entrent au Canada sans la bonne documentation, comme c’est le cas des appelants en l’espèce, peuvent contester les restrictions au droit d’interjeter appel à la SAR au motif qu’elles violent l’article 7 de la Charte (voir aussi *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, au paragraphe 23).

[79] Pour établir la violation de l’article 7, le fardeau de la preuve des appelants est double.

[80] Ils doivent d’abord démontrer que les restrictions au droit d’interjeter appel à la SAR font jouer les droits qu’ils tiennent de l’article 7, puis que cette privation est contraire aux principes de justice fondamentale. Cette analyse en deux étapes a systématiquement été suivie par notre Cour et elle a très récemment été réitérée par la Cour suprême dans les arrêts *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165, au paragraphe 68 et *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101 (*Bedford*), au paragraphe 58.

[81] Lors de la première étape de cette analyse, communément appelée « mise en jeu », les appelants doivent démontrer que l’un des droits énoncés dans la Charte est mis en jeu. Il faut également tenir compte de la nature des droits en cause (*Charkaoui*, au paragraphe 18); en

on section 7 engagement is limited to security of the person. They contend that as security of the person interests in section 7 are co-extensive with persecution risks, an increased risk of *refoulement* engages section 7.

[82] To discharge their first burden, the appellants must establish that their security of the person has been or may be “negatively impact[ed]” or “limit[ed]”, and that there is a “sufficient causal connection” between the RAD bar and the prejudice suffered (*Bedford*, at paragraphs 58, 75; *R. v. Michaud*, 2015 ONCA 585, 127 O.R. (3d) 81, at paragraph 64). The sufficient causal connection standard does not require that the RAD bar be the only or even the dominant cause of the prejudice. The deprivation and its causation may be established by a reasonable inference, drawn on a balance of probabilities (*Bedford*, at paragraph 76).

[83] The relevant standard of causation in a section 7 challenge—a “sufficient causal connection”—requires a real and not speculative link between the prejudice and the legislative provision (*Bedford*, at paragraph 76). The Supreme Court has held that this standard is a flexible one, which “allows the circumstances of each particular case to be taken into account” (at paragraph 75). In *Bedford*, the Supreme Court also rejected a higher threshold argued by the Attorney General of Canada, holding that only “a fair and workable threshold” was required for section 7 engagement, being the “port of entry” for section 7 claims (at paragraph 78).

[84] At the second stage of the section 7 analysis, if the appellants establish that the RAD bar interferes with their right to security of the person, they must show that the interference is contrary to the principles of fundamental justice. As the Supreme Court has stated, “[s]ection 7 does not promise that the state will never interfere with a person’s life, liberty or security

l’espèce, l’argumentation des appelants relativement à l’article 7 se limite à la sécurité de la personne. Les appelants soutiennent qu’un risque accru de refoulement met en jeu l’article 7, car le droit à la sécurité de la personne garanti par l’article 7 est coextensif au risque de persécution.

[82] Pour s’acquitter du premier volet de leur fardeau, les appelants doivent démontrer que les dispositions controversées ont, ou pourraient avoir, « un effet préjudiciable » sur leur droit à la sécurité de la personne ou qu’elles « limitent » ou pourraient limiter ce droit, et qu’il existe un « lien de causalité suffisant » entre les restrictions au droit d’interjeter appel à la SAR et le préjudice subi (*Bedford*, aux paragraphes 58 et 75; *R. v. Michaud*, 2015 ONCA 585, 127 O.R. (3d) 81, au paragraphe 64). La norme fondée sur l’existence d’un lien de causalité suffisant n’exige pas que les restrictions au droit d’interjeter appel à la SAR soient la seule, ni même la principale, cause du préjudice. La privation et ses causes peuvent être établies par déduction raisonnable, suivant la prépondérance des probabilités (*Bedford*, au paragraphe 76).

[83] La norme relative au lien de causalité pertinente lors d’une contestation au titre de l’article 7 — à savoir le « lien de causalité suffisant » — exige l’existence d’un lien réel et non hypothétique entre le préjudice subi et la disposition législative (*Bedford*, au paragraphe 76). La Cour suprême enseigne qu’il s’agit d’une norme souple qui « permet l’adaptation aux circonstances propres à chaque espèce » (au paragraphe 75). Dans l’arrêt *Bedford*, la Cour suprême a également rejeté le critère plus strict invoqué par le procureur général du Canada, concluant qu’« un critère juste et fonctionnel » suffisait pour mettre en jeu l’article 7, ce critère étant [TRADUCTION] « le point d’entrée » des demandes relevant de l’article 7 (au paragraphe 78).

[84] Lors de la deuxième étape de l’analyse fondée sur l’article 7, les appelants doivent démontrer que l’interférence est contraire aux principes de justice fondamentale, pour établir que les restrictions au droit d’interjeter appel à la SAR portent atteinte à leur droit à la sécurité de la personne. Comme l’a observé la Cour suprême, « [l]’article 7 garantit non pas que l’État ne portera jamais

of the person — laws do this all the time — but rather that the state will not do so in a way that violates the principles of fundamental justice” (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at paragraph 71).

[85] The principles of fundamental justice have both substantive and procedural elements (*A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181, at paragraph 138, *per* McLachlin C.J.C., concurring; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*), at paragraph 113).

[86] The procedural elements of section 7 are grounded in the specific context of the statute involved and the rights affected (*Suresh*, at paragraph 115). That is, the section 7 guarantee to a fair process takes its colour from the nature of the proceedings and the interests at stake (*Charkaoui*, at paragraph 20). The substantive elements of section 7 speak to the basic values underpinning our constitutional order (*Bedford*, at paragraphs 96, 105).

[87] In this case, the appellants argue that the RAD bar violates the values against arbitrariness, overbreadth and gross disproportionality. They do not argue that Parliament must, as a matter of fair process, provide refugee claimants with a statutory appeal and stay pending its disposition. Instead, the appellants advance the argument, as their counsel stated during oral submissions, that Parliament cannot limit refugee claimants’ access to the RAD unless it observes the substantive principles of fundamental justice in doing so.

C. Engagement

[88] In the decision under appeal, the Federal Court assumed, but did not decide, that section 7 was engaged. I agree with the appellants that this was an error. A court considering whether a law infringes section 7 should not, in the ordinary course, simply assume that life, liberty or security of the person is negatively affected or limited by

atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne — les lois le font constamment —, mais que l’État ne le fera pas en violation des principes de justice fondamentale » (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, au paragraphe 71).

[85] Les principes de justice fondamentale comportent deux éléments : le fond et la procédure (*A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l’enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181, au paragraphe 138, sous la plume de la juge en chef McLachlin, motifs concordants; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*), au paragraphe 113).

[86] Les éléments de l’article 7 qui touchent la procédure dépendent du contexte propre à la loi en cause et des droits touchés (*Suresh*, au paragraphe 115). Autrement dit, la garantie à un processus équitable prévue par l’article 7 est fonction de la nature de l’instance et des droits en cause (*Charkaoui*, au paragraphe 20). Les éléments de fond de l’article 7 s’entendent des valeurs fondamentales qui sous-tendent notre ordre constitutionnel (*Bedford*, aux paragraphes 96 et 105).

[87] En l’espèce, les appelants soutiennent que les restrictions au droit d’interjeter appel à la SAR sont contraires aux valeurs qui s’opposent à l’arbitraire, à la portée excessive et à la disproportion totale. Ils n’allèguent pas que, pour assurer un processus équitable, le législateur doit offrir aux demandeurs d’asile un appel et un sursis automatiques lorsqu’est pendante leur demande. Ils soutiennent plutôt, comme l’a déclaré leur avocat durant les plaidoiries, que le législateur ne peut limiter l’accès des demandeurs d’asile à la SAR, sauf si cela est fait en conformité avec les principes de fond de la justice fondamentale.

C. Mise en jeu

[88] En ce qui concerne la décision portée en appel, la Cour fédérale a présumé, sans toutefois trancher la question, que l’article 7 avait été mis en jeu. Je conviens avec les appelants que c’était une erreur. Le juge qui doit déterminer si une loi est contraire à l’article 7 ne doit pas, dans la conduite normale de ses activités, simplement

the legislation in question. There are three reasons for this.

[89] First, the scope and substance of section 7 interests are, in and of themselves, matters of discrete, independent jurisprudential analysis. Their ambit must be defined and calibrated having regard to the legislation or measure in question (see *Begum v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FCA 181, [2019] 2 F.C.R. 488 (*Begum*), at paragraph 99). If no interest in life, liberty or security of the person is implicated in the circumstances before the court, then the analysis stops (*Begum*, at paragraph 110; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307 (*Blencoe*), at paragraph 47).

[90] Assuming engagement also leaps over analysis of causation. A court must examine the nexus between the impugned measure and the deprivation. Causation is not to be assumed. In this appeal, the nexus between the measure and the section 7 interests is critical to the analysis.

[91] Finally, the failure to scope out the precise nature of the deprivation frustrates the second stage of the section 7 analysis—namely, whether that deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. It is impossible to consider whether the deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice analysis without first understanding the nature of the rights engaged (see *R. v. McDonald*, 2018 ONCA 369, 360 C.C.C. (3d) 494, at paragraph 37). In this case, the appellants have argued that the RAD bar violates the basic values against arbitrariness, overbreadth and gross disproportionality (see *Bedford*, at paragraph 96). A law is arbitrary where there is no connection between its effect and object, overbroad where it sweeps in conduct that bears no relation to its object, and grossly disproportionate where its effect is, relative to its object, entirely outside the norms of our free and democratic society (*Bedford*, at paragraphs 98, 117, 119 and 120). All three principles “compare the rights infringement caused by the law with the objective of the law, not with the law’s effectiveness” (*Bedford*, at paragraph 123).

présumer que la loi en question porte atteinte aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne ou qu’elle restreint ces droits. Il y a trois raisons à cela.

[89] Premièrement, la portée et la substance des droits garantis par l’article 7 sont, en soi, des questions qui doivent faire l’objet d’une analyse jurisprudentielle distincte et indépendante. Leur portée doit être définie et interprétée en fonction de la loi ou de la mesure en question (voir *Begum c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CAF 181, [2019] 2 R.C.F. 488 (*Begum*), au paragraphe 99.) Si les droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne ne sont pas en cause vu les faits dont est saisi le juge, l’analyse s’arrête (*Begum*, au paragraphe 110; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307 (*Blencoe*), au paragraphe 47).

[90] La présomption de mise en jeu s’étend également à l’analyse du lien de causalité. Le juge doit examiner le lien entre la mesure contestée et la privation. On ne doit pas tenir pour acquis le lien de causalité. En l’espèce, le lien entre la mesure et les droits garantis par l’article 7 est essentiel à l’analyse.

[91] Enfin, le défaut de définir la nature précise de la privation réduit à néant la deuxième étape de l’analyse fondée sur l’article 7 — quant à savoir si la privation est conforme aux principes de justice fondamentale. Il est en effet impossible de déterminer si la privation est conforme aux principes de justice fondamentale, sans d’abord comprendre la nature des droits mis en cause (voir *R. v. McDonald*, 2018 ONCA 369, 360 C.C.C. (3d) 494, au paragraphe 37). En l’espèce, les appelants soutiennent que les restrictions au droit d’interjeter appel à la SAR sont contraires aux valeurs fondamentales qui s’opposent à l’arbitraire, à la portée excessive et à la disproportion totale de la loi (voir *Bedford*, au paragraphe 96). Une loi est arbitraire lorsqu’il n’existe aucun lien entre son effet et son objet; sa portée est excessive lorsque son application n’a aucun rapport avec son objectif et elle est totalement disproportionnée lorsque son effet, par rapport à son objet, déborde complètement le cadre des normes reconnues dans notre société libre et démocratique (*Bedford*, aux paragraphes 98, 117, 119 et 120). Ces trois notions « supposent la comparaison

[92] I turn to the engagement arguments raised by the appellants.

(a) *psychological harm*

[93] The right to security of the person encompasses state-imposed psychological stress (*Blencoe*, at paragraphs 56–57). However, the effect on a person’s psychological integrity must be “serious and profound” [emphasis in original] and “greater than ordinary stress or anxiety” (*Kazemi*, at paragraph 125, excerpting from *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at paragraph 60). The evidentiary and causal threshold that must be crossed to establish that the measure has induced sufficient stress that it triggers the security of the person is high (*Canada (Minister of Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006, at paragraph 122; *Begum*, at paragraph 103).

[94] As noted, analysis of section 7 requires that in order to establish that section 7 is engaged, there must be a causal connection between the measure and the deprivation. The nexus or causal connection asserted in this appeal is that because of the inability to appeal to the RAD, the risk of *refoulement* and psychological stress and anxiety are increased.

[95] The appellants argue that the stress associated with not having a right of appeal and an automatic legislated stay pending appeal causes such psychological stress or harm that section 7 is engaged. This distils to the proposition that because they are denied a second opportunity of establishing their case, their anxiety is greater than regular claimants. In support, they rely on affidavit evidence setting out their own psychological stress, as well as expert evidence on the psychological effects of rejection of a claim for refugee claimants. At the hearing of this appeal, appellants’ counsel submitted that the psychological harm suffered by the appellants

de l’atteinte aux droits causée par la loi avec l’objectif de la loi, et non avec son efficacité » (*Bedford*, au paragraphe 123).

[92] J’examinerai maintenant les arguments soulevés par l’appelant concernant la mise en jeu.

a) *Préjudice psychologique*

[93] Le droit à la sécurité de la personne englobe la tension psychologique causée par l’État (*Blencoe*, aux paragraphes 56 et 57). Cependant, les répercussions sur l’intégrité psychologique d’une personne doivent être « graves et profondes » [souligné dans l’original] et « plus importantes qu’une tension ou une angoisse ordinaires » (*Kazemi*, au paragraphe 125, citant l’arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, au paragraphe 60). Le niveau de preuve et le lien de causalité exigés pour établir que la mesure a causé une tension suffisante pour menacer la sécurité de la personne sont élevés (*Canada (Ministre des Transports, de l’Infrastructure et des Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006, au paragraphe 122; *Begum*, au paragraphe 103).

[94] Ainsi qu’il a été signalé, pour établir la mise en jeu de l’article 7 dans une analyse fondée sur cet article, il faut démontrer qu’il existe un lien de causalité entre la mesure en cause et la privation. Dans le présent appel, le lien ou lien de causalité allégué tient au fait que le déni d’interjeter appel à la SAR augmente le risque de *refoulement*, ainsi que la tension et l’angoisse psychologiques.

[95] Les appelants soutiennent que la tension causée par le déni du droit d’appel et par l’absence d’un sursis automatique prévu par la loi lorsqu’est pendante de l’appel cause une tension ou un préjudice psychologique qui met en jeu l’article 7. Autrement dit, ils soutiennent que leur angoisse est plus grande que celle qu’éprouvent les demandeurs ordinaires, parce qu’on les prive d’une deuxième possibilité de défendre leur cause. Ils s’appuient sur un affidavit exposant la tension psychologique qu’ils ont subie, ainsi qu’une preuve d’expert sur les effets psychologiques du rejet d’une demande sur le demandeur d’asile. Durant l’audition du présent appel,

was precipitated by paragraph 110(2)(d) of the IRPA because if the appellants had access to the RAD then the deficient RPD decisions would have been corrected without having to go to the Federal Court to have the orders set aside.

[96] In this case, the judge found that the evidence did not establish that the stress associated with removal following a negative RPD decision was demonstrably different than that associated with removal following a negative RAD decision (*Kreishan*, at paragraph 124). The appellants' expert evidence, in particular, pointed to no difference in the nature of the stress or its degree. There was, therefore, no nexus between the RAD bar specifically and any psychological harm experienced by the appellants. I see no basis to interfere with the judge's conclusions in this respect.

[97] Whether the psychological stresses associated with the refugee determination process engages section 7 has been considered by the Supreme Court. As noted, the Supreme Court has held that "the deportation of a non-citizen in itself cannot implicate the liberty and security interests" protected by section 7, because non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in Canada—even where psychological harm is alleged (*Medovarski*, at paragraphs 45–46). Consistent with *Medovarski*, the stress associated with the fact that some claimants have only one chance to establish their claim and must seek recourse in the Federal Court does not engage section 7.

[98] The appellants seek to distinguish *Medovarski*, saying that it has been subsequently qualified by *Charkaoui*. In *Charkaoui*, the Supreme Court states, at paragraph 17: "While the deportation of a non-citizen in the immigration context may not *in itself* engage s. 7 of the *Charter*, some features associated with deportation, such as detention in the course of the certificate process

les avocats des appelants ont soutenu que le préjudice psychologique souffert par les appelants avait été rapidement causé par l'alinéa 110(2)d) de la LIPR, car, si les appelants avaient eu le droit d'interjeter appel à la SAR, les décisions erronées de la SPR auraient été corrigées sans qu'ils aient à présenter une demande à la Cour fédérale d'annulation des ordonnances.

[96] En l'espèce, la juge a conclu que les éléments de preuve ne permettaient pas d'établir que la tension résultant du renvoi à la suite d'une décision défavorable de la SPR était manifestement différente de la tension résultant du renvoi faisant suite à une décision défavorable de la SAR (*Kreishan*, au paragraphe 124). Plus précisément, la preuve d'expert présentée par les appelants n'indiquait aucune différence quant à la nature de la tension ou à son degré. Aucun lien précis n'a donc pu être établi entre les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR et quelque préjudice psychologique subi par les appelants. Par conséquent, je ne vois aucune raison de revenir sur les conclusions de la juge à cet égard.

[97] La Cour suprême s'est déjà penchée sur la question de savoir si les tensions psychologiques relatives au processus de détermination du statut de réfugié mettent ou non en jeu l'article 7. Comme nous l'avons signalé, la Cour suprême a déclaré que, « [à] elle seule, l'expulsion d'un non-citoyen ne peut mettre en cause les droits à la liberté et à la sécurité » garantis par l'article 7, car les non-citoyens n'ont pas le droit absolu d'entrer ou de demeurer au Canada — même lorsqu'on allègue un préjudice psychologique (*Medovarski*, aux paragraphes 45 et 46). Selon la jurisprudence *Medovarski*, la tension occasionnée du fait que certains demandeurs n'ont qu'une seule chance d'établir le bien-fondé de leur demande et qu'ils doivent s'adresser à la Cour fédérale ne met pas en jeu l'article 7.

[98] Les appelants cherchent à opérer une distinction avec les faits de l'affaire *Medovarski*, soutenant que sa doctrine a subséquemment été circonscrite par la jurisprudence *Charkaoui*. Dans l'arrêt *Charkaoui*, la Cour suprême note (paragraphe 17) : « Si l'expulsion d'un non-citoyen dans le contexte de l'immigration n'enclenche peut-être pas *en soi* l'application de l'art. 7

or the prospect of deportation to torture, may do so” (emphasis added).

[99] In *Charkaoui*, the Court was considering section 7 in the context of subsection 115(2). This does not assist the appellants. Under subsection 115(2) [of the IRPA], a recipient of a certificate of inadmissibility, who may otherwise be a Convention refugee or protected person, loses the protection of non-*refoulement* under subsection 115(1), and may, subject to the Minister’s proper consideration and balancing of factors, therefore be *refouled*. This is quite different from the circumstances of an STCA-excepted claimant with access to the RPD, who cannot be removed from Canada prior to adjudication of their claim.

[100] I accept that psychological stress is inherent in the refugee determination process, and that the opportunity of a second chance at establishing a claim for protection offers hope to a failed claimant. However, on the evidence, the psychological stress asserted here is indistinguishable from the ordinary stresses of deportation and, consistent with the Supreme Court’s holding in *Medovarski*, does not engage section 7. In reaching this conclusion, I do not foreclose the possibility that in certain unique circumstances, depending on the legal and factual matrix of a particular case, section 7 may be engaged. In any event, as noted earlier, in the case of four of the five appellants the recourse through the Federal Court provided both a stay of removal and a reversal of the RPD determination. For these appellants, the system worked in their favour.

(b) *nature of the process*

[101] The appellants next submit that section 7 is engaged by any legal regime where the deprivation of the right to life, liberty or security of the person is a potential

de la *Charte*, certains éléments rattachés à l’expulsion, telles la détention au cours du processus de délivrance et d’examen d’un certificat ou l’éventualité d’un renvoi vers un pays où il existe un risque de torture, pourraient en entraîner l’application » (non souligné dans l’original).

[99] À l’occasion de l’affaire *Charkaoui*, la Cour a examiné l’article 7 au regard du paragraphe 115(2). Cette discussion ne peut être utilement invoquée par les appelants. Selon le paragraphe 115(2), la personne qui reçoit un certificat d’interdiction de territoire, et qui autrement pourrait être un réfugié au sens de la Convention ou une personne protégée, perd la protection prévue par le paragraphe 115(1) concernant le non-refoulement et peut donc, sous réserve d’un examen approprié du ministre et d’une pondération des facteurs en cause, être refoulée. Ce cas est très différent de celui du demandeur visé par une dispense de l’ETPS qui a accès à la SPR, et qui ne peut être renvoyé du Canada avant que l’on statue sur sa demande.

[100] Je reconnais que la tension psychologique est inhérente au processus de détermination du statut de réfugié et qu’avoir une deuxième occasion d’établir le bien-fondé de sa demande offre une lueur d’espoir au demandeur débouté. Cependant, d’après les éléments de preuve présentés, la tension psychologique alléguée en l’espèce ne diffère pas de la tension ordinaire associée à l’expulsion et, conformément à la conclusion de la Cour suprême dans l’arrêt *Medovarski*, cela ne met pas en jeu l’article 7. En formulant cette conclusion, je n’écarte pas la possibilité que certaines circonstances uniques, selon le contexte juridique et factuel d’une affaire particulière, puissent mettre en jeu l’article 7. Quoi qu’il ne soit, comme nous l’avons signalé précédemment, le recours devant la Cour fédérale a permis à quatre des cinq appelants d’obtenir le sursis à leur renvoi et que la décision de la SPR soit infirmée. Le système a donc joué en faveur de ces appelants.

b) *Nature du processus*

[101] Les appelants soutiennent que tout régime juridique, dans le cadre duquel une personne peut, au terme d’un processus, être privée de son droit à la vie, à la liberté

consequence at the end of the process. They rely again on *Charkaoui*, in which the Supreme Court noted that the appellant's security of the person was engaged by the certificate process, since it could lead to removal from Canada to a place where his life or freedom would be threatened (at paragraph 14). The appellants also point to the extradition context, where the Supreme Court has found that the potential imposition of a death penalty by the requesting state is sufficient to engage section 7, relying on *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, at paragraph 60, and *United States of America v. Cobb*, 2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587, at paragraph 34.

[102] They also rely on the decision of the Supreme Court in *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, where provisions of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 permitting federal offences to be prosecuted within the military justice system were considered. In that case, the Supreme Court held that “the fact that [the impugned provision] forms part of a scheme through which a person subject to the [Code of Service Discipline] can be deprived of his or her liberty is sufficient to engage the liberty interest” (at paragraph 17). The appellants submit that the RAD bar is similarly part of a “process” or “scheme” through which claimants may face persecution, torture and death if returned to their countries of origin.

[103] In considering this argument, it is important to take a detour to delineate the concept of *refoulement*, and what the Supreme Court has said about its relationship with section 7.

(i) *refoulement and risk*

[104] The starting point is section 115 of the IRPA.

[105] Subsection 115(1) of the IRPA provides:

ou à la sécurité, fait jouer l'article 7. Ils citent à nouveau l'arrêt *Charkaoui*, dans lequel la Cour suprême a observé que le processus de délivrance d'un certificat mettait en jeu la sécurité de l'appelant, car ce processus pouvait résulter en son renvoi du Canada vers une destination où sa vie ou sa liberté seraient menacées (au paragraphe 14). Les appelants mentionnent également le contexte de l'extradition, la Cour suprême ayant conclu que l'imposition potentielle de la peine de mort par l'État requérant suffit pour mettre en jeu l'article 7, citant à l'appui les arrêts *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, au paragraphe 60 et *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587, au paragraphe 34.

[102] Ils invoquent aussi une jurisprudence la Cour suprême du Canada, *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; la Cour a alors examiné des dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 selon lesquelles des infractions fédérales peuvent être assujetties au système judiciaire militaire. À l'occasion de cette affaire, la Cour suprême a conclu que « le fait que [la disposition contestée] fait partie d'un régime dans lequel une personne assujettie au [Code de discipline militaire] peut être privée de sa liberté est suffisant pour qu'entre en jeu le droit à la liberté » (au paragraphe 17). Les appelants soutiennent que les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR font partie, de la même manière, d'un « processus » ou d'un « régime » dans le cadre duquel les demandeurs risquent d'être exposés à la persécution, à la torture et à la mort s'ils sont renvoyés dans leur pays d'origine.

[103] L'examen de cet argument, appelle une parenthèse pour définir la notion de *refoulement* et préciser l'interprétation que la Cour suprême en a faite relativement à l'article 7.

(i) *Le refoulement et les risques qui y sont associés*

[104] Le point de départ est l'article 115 de la LIPR.

[105] Le paragraphe 115(1) de la LIPR dispose :

PRINCIPLE OF NON-REFOULEMENT

Protection

115 (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

[106] This provision is directed to fulfilling Canada's non-*refoulement* obligations under Article 33 of the Convention. Signatory states should normally permit refugee claimants to remain in the receiving country until their claim has been determined and they have exhausted their recourse (*Rahaman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 89, [2002] 3 F.C. 537, at paragraph 41, leave to appeal to S.C.C. refused, 29183 (November 21, 2002) [[2002] 4 S.C.R. vii]).

[107] The Federal Court concluded that non-*refoulement* applies only to those individuals that have been recognized as protected persons, and not to failed claimants (at paragraph 128). This view finds support in *Suresh*, in which the Supreme Court stated that “[r]ecognition as a Convention refugee has a number of legal consequences” including that “generally the government may not return (*refouler*) a Convention refugee ‘to a country where the person’s life or freedom would be threatened’” (at paragraph 7). In *Febles*, however, the Court noted that Article 33(1) of the Convention, which embodies the principle of non-*refoulement*, is applicable to persons whose need for protection has been recognized or “not yet adjudicated” (at paragraph 25).

[108] In considering to whom and how far the obligation of non-*refoulement* applies in the Canadian refugee determination system, the Supreme Court teaches that, where possible, statutes should be interpreted in a way which makes their provisions consistent with Canada's international treaty obligations and principles of international law (*Németh*, at paragraph 34), a principle codified

PRINCIPE DU NON-REFOULEMENT

Principe

115 (1) Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

[106] Cette disposition vise à permettre au Canada de s'acquitter de ses obligations en matière de non-*refoulement* aux termes de l'article 33 de la Convention. Les États signataires doivent normalement permettre aux demandeurs d'asile de rester dans le pays d'accueil jusqu'à ce qu'une décision soit rendue concernant leur demande et qu'ils aient épuisé leurs recours (*Rahaman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 89, [2002] 3 C.F. 537, au paragraphe 41, autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada refusée, 29183 (21 novembre 2002) [[2002] 4 R.C.S. vii]).

[107] La Cour fédérale a conclu que le non-*refoulement* ne concerne que les personnes reconnues comme personnes protégées, et non les demandeurs déboutés (au paragraphe 128). Cette doctrine est corroborée par l'arrêt *Suresh*, dans lequel la Cour suprême a observé que « [c]ette reconnaissance a un certain nombre de conséquences juridiques », notamment que « l'État ne peut généralement pas renvoyer un réfugié au sens de la Convention “dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées” » (au paragraphe 7). Dans l'arrêt *Febles*, toutefois, la Cour suprême a noté que le paragraphe 33(1) de la Convention, qui affirme le principe de non-*refoulement*, vise les personnes dont le besoin de protection est reconnu ou qui « [n'ont] pas encore fait l'objet d'une décision » (au paragraphe 25).

[108] Pour déterminer à qui et dans quelle mesure l'obligation de non-*refoulement* s'applique dans le cadre du système canadien de détermination du statut de réfugié, la Cour suprême du Canada note que, dans la mesure du possible, les lois doivent être interprétées de manière à ce que leurs dispositions soient compatibles avec les obligations du Canada issues de traités

in paragraph 3(3)(f) of the IRPA. Indeed, there exists an underlying presumption that the legislature “act[s] in compliance with Canada’s obligations as a signatory of international treaties and as a member of the international community [as well as in conformity] with the values and principles of customary and conventional international law” (see also *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at paragraph 53; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 70; and *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269 (*Schreiber*), at paragraph 50).

[109] However, the Supreme Court also teaches that the presumption that legislation implements Canada’s international obligations is rebuttable (*Németh*, at paragraph 35; *Hillier v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 44, 431 D.L.R. (4th) 556, at paragraph 38). Where a provision is unambiguous, it must be given effect (*Schreiber*, at paragraph 50). It is similarly well established that where Parliament’s intention is clear and there is no ambiguity, the Charter cannot be used as an interpretive tool to ascribe to the legislation a meaning which Parliament did not intend (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 61–62).

(ii) *Supreme Court jurisprudence and its implications*

[110] There is no daylight between the concept of *refoulement* under the Convention and its clear and unambiguous expression in the IRPA. The obligation not to *refouler* applies to individuals who have been adjudicated to be persons in need of protection. However, and as I will next explain, whether failed asylum claimants are being *refouled*, or are at greater risk of being *refouled*, is, in the end, a debate, label or appellation of no consequence. This is because section 7 re-engages at the removal stage of the process to protect against that risk.

[111] The appellants argue that the obligation not to *refouler* extends beyond the adjudication of their claim before the RPD. This is not in question. International law and domestic law recognize that refugee status is

internationaux et avec les principes du droit international (*Németh*, au paragraphe 34), un principe codifié à l’alinéa 3(3)f de la LIPR. D’ailleurs, le législateur est présumé « agir conformément aux obligations du Canada en tant que signataire de traités internationaux et membre de la communauté internationale et respecter les valeurs et les principes du droit international [...] coutumier et conventionnel » (voir aussi *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, au paragraphe 53; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 70 et *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269 (*Schreiber*), au paragraphe 50).

[109] Cependant, la Cour suprême enseigne également que la présomption que la loi met en œuvre les obligations internationales du Canada est réfutable (*Németh*, au paragraphe 35; *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44, au paragraphe 38). Si une disposition est dénuée d’ambiguïté, elle doit être observée (*Schreiber*, au paragraphe 50). De même, le droit est bien fixé : lorsque l’intention du législateur est claire et dénuée d’ambiguïté, on ne peut invoquer la Charte comme instrument d’interprétation pour donner à la loi un sens non voulu par le législateur (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 61 et 62).

(ii) *La jurisprudence de la Cour suprême et ses répercussions*

[110] Il n’y a aucune différence entre le concept de *refoulement* prévu par la Convention et son expression claire et non ambiguë dans la LIPR. L’obligation de ne pas *refouler* vise les personnes reconnues comme personnes à protéger. Cependant, comme je l’explique ci-après, il importe peu finalement de savoir ou d’indiquer que les demandeurs d’asile déboutés sont *refoulés*, ou qu’ils sont exposés à un risque accru de *refoulement*, car l’article 7 est remis en jeu à l’étape du renvoi pour protéger le demandeur contre ce risque.

[111] Les appelants soutiennent que l’obligation de non-*refoulement* s’étend au-delà de la décision rendue par la SPR concernant leur demande. Cela n’est pas controversé. Le droit international et le droit interne

constitutive, that is to say, it may be lost, and it may be regained. In light of this, the appellants contend that to discharge the obligation, a failed claimant must have access to an appellate tribunal.

[112] In essence, the appellants' argument is that in between those two points—at the beginning of the refugee claim adjudication process, and at the removal stage—the obligation not to *refouler* continues, with the result that section 7 is engaged by the channelling of the appellants into a process which does not minimize the risk of *refoulement*.

[113] Neither international nor domestic law principles support this argument.

[114] The Convention is not prescriptive as to how signatory countries fulfill their obligation not to *refouler*. The legislative design, including the nature of the adjudicative body, whether administrative or judicial, or a combination of both, is a matter of domestic law. International law does not mandate any particular form of refugee determination process, or that an appeal mechanism exist (*Németh*, at paragraph 51). Neither the Convention nor the Charter require review mechanisms, let alone compel review by appeal or judicial review.

[115] What international immigration law does require, however, is recognition that the obligation not to *refouler* is transitory. It may be adjudicated not to exist at any given point in time. But a new risk may arise following a negative ruling. Drawing on Hathaway (James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), at pages 158 and 278), the Supreme Court in *Németh* concluded, at paragraph 50, that:

.... It follows that the rights flowing from the individual's situation as a refugee are temporal in the sense that

reconnaissent que le statut de réfugié est constitutif, c'est-à-dire qu'il peut être retiré mais qu'il peut aussi être rétabli. Ces appelants soutiennent donc que, pour que cette obligation soit rejetée, le demandeur débouté doit avoir accès à une juridiction d'appel.

[112] Essentiellement, les appelants soutiennent que l'obligation de non-refoulement continue de jouer entre ces deux étapes — c'est-à-dire entre le début du processus d'examen de la demande d'asile et l'étape de renvoi — ce qui signifie que l'article 7 est mis en jeu du fait que les appelants sont engagés dans un processus qui ne réduit pas au minimum le risque de refoulement.

[113] Cependant, ni les principes du droit international, ni ceux du droit national, ne vont dans le sens d'un tel argument.

[114] La Convention ne prescrit pas la manière dont les États signataires doivent s'acquitter de leur obligation en matière de non-refoulement. La conception de la loi, y compris la nature de l'organisme juridictionnel — qu'il s'agisse d'un organisme administratif ou judiciaire, ou une combinaison des deux — relève du droit interne. Le droit international n'exige pas que le processus de détermination du statut de réfugié prenne une forme particulière, ni qu'un mécanisme d'appel y soit rattaché (*Németh*, au paragraphe 51). De même, ni la Convention, ni la Charte, n'exigent la mise en place de mécanismes de réexamen, encore moins d'un examen obligatoire par voie d'appel ou de contrôle judiciaire.

[115] Ce que le droit international de l'immigration exige, en revanche, c'est de reconnaître que l'obligation de non-refoulement est transitoire. Il peut à tout moment être conclu que cette obligation n'existe pas. Il est possible toutefois que de nouveaux risques se manifestent après le prononcé d'une décision défavorable. Se fondant sur le traité de James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law* (Cambridge : Cambridge University Press, 2005), aux pages 158 et 278), la Cour suprême a conclu dans l'arrêt *Németh* (paragraphe 50) :

[...] Il s'ensuit que les droits découlant de la situation de réfugié sont temporels au sens où leur existence est liée à

they exist while the risk exists but end when the risk has ended. Thus, like other obligations under the Refugee Convention, the duty of *non-refoulement* is “entirely a function of the existence of a risk of being persecuted [and] it does not compel a state to allow a refugee to remain in its territory if and when that risk has ended”: Hathaway, at p. 302; *R. (Yogathas) v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920, per Lord Scott of Foscote, at para. 106. The relevant time for assessment of risk is at the time of proposed removal: Hathaway, at p. 920; Wouters, at p. 99. [Emphasis added.]

[116] In recognition of the fact that circumstances may change or that a new risk might arise, Parliament has inserted additional protections at the time of removal. The purpose of a PRRA, for example, is to determine whether on the basis of a change in country conditions or on the basis of new evidence that has come to light since the RPD decision, there has been a change in the nature or degree of risk. The PRRA recognizes that the principle of *non-refoulement* is prospective, and that, in some cases given the delay between adjudication and removal, a second look at country conditions may be required (*Tapambwa*, at paragraph 53). In the same vein, Parliament has given the Federal Court supervisory jurisdiction over all aspects of the immigration process, with the result that most decisions, at all stages, are subject to an application for leave to commence judicial review and a concurrent stay.

[117] In broad terms, the refugee determination process is framed by two constitutional protections. Upon first presentation of a claim for asylum, section 7 mandates that claimants have a right to a hearing before an independent decision maker (*Singh*). Section 7 re-engages at the conclusion of the process to ensure that failed or excluded claimants are not removed to face section 7 risks (*B010*, at paragraph 75). It is for this reason, as I noted earlier, that the discussion whether failed claimants are being “*refouled*” is a diversion. The jurisprudence is clear that, at the point of removal, section 7 interests are engaged.

celle du risque et prend fin lorsque le risque disparaît. Ainsi, comme d’autres obligations imposées par la Convention relative aux réfugiés, l’obligation de non-refoulement est donc [TRADUCTION] « entièrement fonction de l’existence d’un risque de persécution [et] elle ne contraint pas un État à permettre à un réfugié de demeurer dans son territoire lorsque le risque a cessé » : Hathaway, p. 302; *R. (Yogathas) v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920, Lord Scott of Foscote, par. 106. L’appréciation du risque s’effectue au moment du renvoi envisagé : Hathaway, p. 920; Wouters, p. 99. [Non souligné dans l’original.]

[116] Conscient que les circonstances peuvent évoluer ou qu’un nouveau risque peut se manifester, le législateur a prévu d’autres mécanismes de protection au moment du renvoi. C’est le cas notamment de l’ERAR qui vise à déterminer si le degré de risque ou la nature du risque ont changé, à la suite de changements dans la situation du pays en cause ou de nouveaux éléments de preuve mis en lumière depuis la décision rendue par la SPR. L’ERAR reconnaît que le principe de non-refoulement est prospectif et qu’en raison du délai qui s’écoule entre la décision et le renvoi, un deuxième examen de la situation dans le pays en cause peut, dans certains cas, s’avérer nécessaire (*Tapambwa*, au paragraphe 53). Dans le même ordre d’idées, le législateur a donné à la Cour fédérale le pouvoir de surveiller tous les aspects du processus d’immigration, de sorte que la plupart des décisions, à toutes les étapes, peuvent faire l’objet d’une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire et du sursis qui s’y rattache.

[117] En termes généraux, le processus de détermination du statut de réfugié est encadré par deux modes de protection constitutionnel. L’article 7 exige ainsi que les demandeurs aient le droit d’être entendus par un décideur indépendant lorsqu’ils présentent une demande d’asile pour la première fois (*Singh*). L’article 7 est de nouveau mis en jeu à la conclusion du processus, pour s’assurer que les demandeurs déboutés ou exclus qui sont renvoyés ne sont pas exposés aux risques prévus à l’article 7 (*B010*, au paragraphe 75). C’est pour cette raison que, comme je l’ai signalé précédemment, la discussion visant à déterminer si des demandeurs déboutés sont « *refoulés* » est un leurre. La jurisprudence est claire : les droits garantis par l’article 7 sont mis en jeu au moment du renvoi.

[118] The Supreme Court has been consistent in its determination that the substantive elements of section 7 are addressed at the removal stage.

[119] In *Febles*, for example, the Supreme Court held that section 98 of the IRPA—under which an individual may be excluded from even advancing a claim for protection—was consistent with section 7 of the Charter because, even if so excluded, an individual may still apply for a stay of removal under the IRPA’s PRRA provisions if he or she faces a risk of death, torture or cruel and unusual treatment or punishment (at paragraph 67).

[120] The weakness in the appellants’ argument is apparent if their situation is contrasted to such individuals who are denied the right to advance any claim for protection. The Supreme Court considered the constitutionality of those circumstances in *B010*. Citing *Febles*, the Supreme Court stated at paragraph 75:

... s. 7 of the *Charter* is not engaged at the stage of determining admissibility to Canada under s. 37(1). This Court recently held in *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431, that a determination of exclusion from refugee protection under the *IRPA* did not engage s. 7, because “even if excluded from refugee protection, the appellant is able to apply for a stay of removal to a place if he would face death, torture or cruel and unusual treatment or punishment if removed to that place” (para. 67). It is at this subsequent pre-removal risk assessment stage of the IRPA’s refugee protection process that s. 7 is typically engaged. The rationale from *Febles*, which concerned determinations of “exclusion” from refugee status, applies equally to determinations of “inadmissibility” to refugee status under the *IRPA*. [Emphasis added.]

[121] Analogy may be drawn to other asylum claimants who, for reasons of criminality or participation in crimes against humanity, are inadmissible under Article 1F of the Convention. In commenting on the role of section 7 in relation to this category of claimants, Evans J. (as he

[118] La doctrine de la Cour suprême du Canada est cohérente : les éléments de fond de l’article 7 sont pris en compte à l’étape du renvoi.

[119] Dans l’arrêt *Febles*, par exemple, la Cour suprême a conclu que l’article 98 de la LIPR — qui précise les conditions dans lesquelles une personne ne peut même pas présenter de demande de protection — est compatible avec l’article 7 de la Charte, parce que même une personne ainsi exclue peut, aux termes des dispositions de la LIPR concernant l’ERAR, présenter une demande tendant à surseoir à une mesure de renvoi si cette personne est exposée à un risque de mort, de torture ou de traitements ou peines cruels ou inusités (au paragraphe 67).

[120] La faiblesse de l’argumentation des appelants ressort clairement de la comparaison de leur situation à celle de personnes qui sont privées du droit de présenter toute demande de protection. La Cour suprême a examiné la constitutionnalité de ces circonstances dans l’arrêt *B010*. Citant l’arrêt *Febles*, la Cour suprême a observé ce qui suit au paragraphe 75 :

[...] l’art. 7 de la *Charte* n’entre pas en jeu lorsque vient le temps de déterminer si un migrant est interdit de territoire au Canada selon le par. 37(1). La Cour a récemment conclu dans *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431, que le constat d’exclusion de l’asile tiré en vertu de la *LIPR* ne déclenchait pas l’application de l’article 7, car, « même s’il est exclu du régime de protection des réfugiés, l’appellant peut demander au ministre de surseoir à une mesure de renvoi pour le lieu en cause si le renvoi à ce lieu l’expose à la mort, à la torture ou à des traitements ou peines cruels ou inusités » (par. 67). C’est à cette étape subséquente, l’examen des risques avant renvoi, du processus d’asile établi par la LIPR que l’art. 7 entre habituellement en jeu. Le raisonnement découlant de *Febles*, qui visait les décisions portant « exclusion » du statut de réfugié, vaut également pour les constats d’« inadmissibilité » au statut de réfugié tirés en vertu de la *LIPR*. [Non souligné dans l’original.]

[121] Une analogie peut être établie avec les autres demandeurs d’asile qui, pour des raisons de criminalité ou de participation à des crimes contre l’humanité, sont inadmissibles au titre de l’article 1F de la Convention. Commentant le rôle de l’article 7 en lien avec cette

then was) observed in *Jekula v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 1 F.C. 266, (1999), 154 F.T.R. 268 (T.D.), “while it is true that a finding of ineligibility deprives [a] claimant of access to an important right, namely the right to have a claim determined by the Refugee Division, this right is not included in ‘the right to life, liberty and security of the person’” ... “a determination that a refugee claimant is not eligible to have access to the Refugee Division is merely one step in the administrative process that may lead eventually to removal from Canada” (at paragraphs 31–32).

[122] So too is the denial of an appeal to the RAD. It is but one measure in a process that may lead to removal. The section 7 interests of all claimants, regardless of the underlying administrative basis of their rejection—excluded under Article 1F, rejected by the RAD or rejected by the RPD, ineligible to appeal as having no credible basis—are protected at the removal stage, whether by a PRRA, a request to defer removal or the right to seek a stay of removal in the Federal Court. This section does not mandate appeals or judicial review at every stage of a process (*Canada (Secretary of State) v. Luitjens* (1991), 46 F.T.R. 267, 15 Imm. L.R. (2d) 40 (F.C.T.D.)).

[123] The appellants note that STCA-excepted claimants are removed, on average, 198 days after a negative RPD decision. This is compared to 197 days for regular claimants. As a result of the 12-month legislative bar under paragraph 112(2)(b.1) of the IRPA, STCA-excepted claimants therefore do not typically have the benefit of a PRRA prior to their removal.

[124] However, the manner in which section 7 risks of applicants who are PRRA-barred are assessed is a process where “an enforcement officer assesses the sufficiency of the evidence of risk, and if satisfied the evidence is sufficient, defers removal and refers the risk assessment to another decision-maker” (*Atawnah v.*

catégorie de demandeurs, le juge Evans (tel était alors son titre) a observé, dans la décision *Jekula c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 1 C.F. 266 (1^{re} inst.) (*Jekula*), que « s’il est vrai qu’un verdict d’irrecevabilité dénie à la demanderesse l’exercice d’un droit important, ce droit n’est pas compris dans “le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » [...] « [I]a conclusion que la revendication n’est pas recevable n’est qu’une étape dans le processus administratif qui pourrait aboutir au renvoi hors du Canada » (aux paragraphes 31 et 32).

[122] Il en va de même du déni du droit d’interjeter appel à la SAR. Ce n’est qu’une mesure dans un processus qui pourrait aboutir au renvoi. Les droits que garantit l’article 7 à tous les demandeurs, quels que soit le motif administratif justifiant le rejet de leur demande — à l’exception des motifs prévus à l’article 1F, du rejet par la SAR ou par la SPR et de l’irrecevabilité de la demande en l’absence d’un minimum de fondement — sont protégés à l’étape du renvoi, que ce soit par la présentation d’une demande d’ERAR ou de report de la mesure de renvoi ou par le droit de demander à la Cour fédérale de surseoir au renvoi. Cet article n’exige pas qu’il soit donné la possibilité d’interjeter appel ou de demander un contrôle judiciaire à chaque étape du processus (*Canada (Secrétaire d’État) c. Luitjens*, [1991] A.C.F. n° 1041 (1^{re} inst.) (QL)).

[123] Les appelants soulignent le fait que les demandeurs visés par une dispense de l’ETPS sont renvoyés, en moyenne, 198 jours après une décision défavorable de la SPR. Cela se compare à un délai de 197 jours pour les demandeurs ordinaires. En raison du délai de 12 mois prévu à l’alinéa 112(2)b.1) de la LIPR pendant lequel les demandeurs visés par une dispense de l’ETPS ne peuvent présenter de demande de protection, ceux-ci ne peuvent habituellement pas bénéficier d’un ERAR avant leur renvoi.

[124] Cependant, la manière dont sont appréciés les risques visés par l’article 7, auxquels sont exposés les demandeurs à qui l’ERAR est refusé, est un processus par lequel « un agent d’exécution évalue le caractère suffisant de la preuve du risque, et, s’il est convaincu que la preuve est suffisante, reporte le renvoi et transmet à un

Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2016 FCA 144, [2017] 1 F.C.R. 153 (*Atawnah*), at paragraph 27, leave to appeal to S.C.C. refused, 37122 (December 1, 2016) [[2016] 2 S.C.R. v.]. As noted by Dawson J.A. in *Atawnah* [at paragraph 18], the rights available to those being removed in the absence of a PRRA are “not illusory”, but real and effective.

[125] Requests for deferral are also available where failure to defer would expose the applicant to the risk of death, extreme sanction or inhumane treatment. Importantly, removal officers also retain a discretion to defer removal in cases where these elements are not strictly met. For example, new evidence may substantiate an allegation of risk that was not previously considered. Similarly, evidence that pre-dates the last risk assessment may arise where there are reasons justifying why it was not presented before the last assessment (*Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 286, [2012] 2 F.C.R. 133 (*Shpati*)).

[126] An enforcement officer’s refusal to defer removal may be challenged by way of an application for leave and judicial review in the Federal Court, and a claimant may bring a motion for a stay of removal pending the outcome of their application for judicial review. The Federal Court can, and often does, consider a request for a stay of removal in a more comprehensive manner than an enforcement officer can consider a request for deferral (*Shpati*, at paragraph 51).

[127] For these reasons, the appellants’ arguments cannot succeed. Section 7 is engaged at the point of removal, and is protected by the opportunity to seek a deferral of removal administratively, failing which, to seek a stay in the Federal Court. Nor does the Charter require that, in order to avoid the possibility of *refoulement*, an appellate tribunal be put in place. The IRPA, the jurisprudence of the Supreme Court of Canada, and international law are aligned on each of these conclusions.

autre décideur l’examen du risque » (*Atawnah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CAF 144, [2017] 1 R.C.F. 153 (*Atawnah*), au paragraphe 27, autorisation d’interjeter appel à la Cour suprême du Canada refusée, 37122 (1^{er} décembre 2016 [[2016] 2 R.C.S. v]). Comme l’a souligné la juge Dawson de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Atawnah* [au paragraphe 18], les droits des personnes qui sont renvoyées en l’absence d’un ERAR ne sont « pas illusoires »; ils sont bien réels.

[125] Il est également possible de présenter une demande de report, si l’absence de report exposerait le demandeur à un risque de mort, de sanction excessive ou de traitement inhumain. Plus important encore, les agents de renvoi conservent le pouvoir discrétionnaire de reporter le renvoi dans les cas où ces conditions ne sont pas rigoureusement respectées, par exemple lorsque de nouveaux éléments de preuve confirment un risque allégué qui n’avait pas précédemment été envisagé. Ou encore, lorsque des raisons peuvent expliquer la non-présentation d’éléments de preuve antérieurs à la dernière appréciation du risque (*Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 286, [2012] 2 R.C.F. 133 [*Shpati*]).

[126] Le refus d’un agent d’exécution de reporter le renvoi peut être contesté par la présentation d’une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire à la Cour fédérale; le demandeur peut aussi présenter une requête tendant au sursis à son renvoi dans l’attente d’une décision concernant sa demande de contrôle judiciaire. Dans le cadre d’une demande de sursis, la Cour fédérale peut procéder, et de fait procède souvent, à l’examen plus approfondi que ne peut le faire un agent d’exécution dans le cadre d’une demande de report (*Shpati*, au paragraphe 51).

[127] Pour ces motifs, les arguments des appelants ne peuvent être retenus. L’article 7 est mis en jeu au moment du renvoi et il est donc possible aux demandeurs de demander le report de leur renvoi par voie administrative et, si cette démarche n’aboutit pas, de présenter une requête à la Cour fédérale tendant au sursis du renvoi. De plus, la Charte n’exige pas la mise sur pied d’une juridiction d’appel pour éviter le risque de *refoulement*. La LIPR, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et le droit international convergent tous vers ces conclusions.

(c) *increased risk of refoulement*

[128] Finally, the appellants put considerable emphasis on the Supreme Court's decision in *Bedford*. In that case, at issue was the constitutionality of provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, preventing sex workers from accessing private protection measures, such as hiring security guards, while engaging in the lawful activity of sex work. The Supreme Court held that the provisions engaged section 7 because they imposed "dangerous conditions on prostitution", by preventing people engaged in a legal activity from "taking steps to protect themselves from the risks" inherent in that activity (at paragraph 60; emphasis in original).

[129] The appellants analogize this to the RAD bar. They argue that the RAD makes it more dangerous to be a refugee claimant in Canada, because it heightens the risk of *refoulement*, relative to claimants with access to the RAD, and that it therefore engages section 7. They cite, in their favour, statistics that show a higher rate of success on appeal for failed RPD claimants compared to failed RPD claimants on judicial review, and say that out of this difference arises a threat to their life, liberty and security of the person.

[130] *Bedford* is distinguishable, and in a fundamental respect. As I explained earlier, the scope of section 7, at both stages, is driven by context. Part of that context includes the fact that the appellants have had a constitutionally compliant adjudication of their claims for asylum (*Singh*) and constitutionally compliant assessment of new risks prior to removal (*Febles*, *B010*, *Tapambwa*, *Atawnah*). Unlike Ms. Bedford who had a right to work, the appellants have no legal right to remain in Canada.

c) *Risque accru de refoulement*

[128] Enfin, les appelants insistent beaucoup sur l'arrêt *Bedford* de la Cour suprême. La question en litige dans cette affaire concernait la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, privant les travailleurs du sexe de l'accès à certaines mesures de sécurité, comme l'embauche d'un garde de sécurité, durant la pratique légale de la prostitution. La Cour suprême a conclu que ces dispositions mettaient en jeu l'article 7, car elles imposaient des « conditions dangereuses à la pratique de la prostitution » en empêchant des personnes qui se livrent à une activité légale de « prendre des mesures pour assurer leur propre protection contre les risques » inhérents à leur activité (au paragraphe 60; italiques dans l'original).

[129] Les appelants voient une analogie entre les faits de cette affaire et les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR. Ils soutiennent que, vu les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR, il est plus dangereux d'être un demandeur d'asile au Canada, car ces restrictions les exposent à un risque de refoulement plus élevé que celui auxquels sont exposés les demandeurs qui ont accès à la SAR, et donc que cela met en jeu l'article 7. Ils citent à l'appui des statistiques dont il ressort que le pourcentage de demandeurs déboutés par la SPR qui ont ensuite gain de cause est plus élevé pour ceux qui portent leur cause en appel que pour ceux qui demandent un contrôle judiciaire, et ils affirment que cette différence résulte en une menace pour leur vie, leur sécurité et la sécurité de leur personne.

[130] Les faits de l'arrêt *Bedford* diffèrent toutefois sur un élément fondamental. Comme je l'ai expliqué précédemment, la portée de l'article 7, à ces deux étapes, dépend du contexte. Ce contexte inclut notamment le fait que, conformément à la Constitution, les appelants ont eu droit à l'examen de leur demande d'asile (*Singh*) et à une appréciation des nouveaux risques avant leur renvoi (*Febles*, *B010*, *Tapambwa*, *Atawnah*). Contrairement à M^{me} Bedford qui avait le droit de travailler, la loi ne reconnaît aux appelants aucun droit de demeurer au Canada.

[131] Turning to the statistics, the evidence demonstrates that between 2013 and 2014, 26.4 percent of negative RPD decisions appealed to the RAD were “incorrect”. From 2005 to 2010 (before the implementation of the RAD), 7.8 percent of perfected applications for judicial review were successful. It is in this difference of nearly 19 percent in the success rate that the appellants say the risk of *refoulement* is enhanced to the point of triggering section 7.

[132] At the outset, while these statistics may provide some insight into the relative success of claimants of the same general class before and after the availability of the RAD, I am hesitant to derive substantial conclusions from them. They are necessarily limited to a comparison of different individual claimants during different time periods. In effect, we are completely blind to the potentially wide range of factors and circumstances which may explain the different rates of success (changing socio-political climates in the countries of origin, to name but one). Furthermore, the rate of success for claimants with access to the RAD is averaged across a relatively short time period (two years *versus* six years) which raises concern for anomalous results, especially given the RAD’s nascence during this time.

[133] More importantly, these statistics are illustrative of the latent difficulty in the appellants’ argument. At what point along the continuum of differing success rates is the risk of *refoulement* sufficiently mitigated that no section 7 interest is engaged? There is no answer to this, of course, which is why the Supreme Court has, in its reasons, focused on the bookends of the process—initial adjudication (*Singh*), and consistent with international law, removal (*Suresh, Febles, B010*).

[134] The appellants concede that the RAD bar would be constitutional if there was no deviation in the success rates between Federal Court judicial review applications and RAD decisions. The appellants’ argument disappears if the success rates were identical. While the appellants

[131] Il ressort des statistiques que 26,4 p. 100 des décisions défavorables de la SPR, qui ont été portées en appel devant la SAR entre 2013 et 2014, étaient « erronées ». De 2005 à 2010, soit avant la mise sur pied de la SAR, 7,8 p. 100 des demandes de contrôle judiciaire mises en état ont eu gain de cause. C’est cette différence de près de 19 p. 100 dans le taux de réussite qui, selon les appelants, augmente le risque de *refoulement* au point de mettre en jeu l’article 7.

[132] D’entrée de jeu, même si ces statistiques peuvent nous éclairer sur le succès relatif des demandeurs d’une même catégorie générale, avant et après la mise sur pied de la SAR, j’hésite à en tirer des conclusions de fond. Ces statistiques se limitent nécessairement à une comparaison entre différents demandeurs individuels durant différentes périodes. Concrètement, nous n’avons absolument aucune information sur l’éventail potentiellement large de facteurs et de circonstances qui pourraient expliquer les différents taux de réussite (notamment l’évolution du climat socio-politique dans les pays d’origine, pour ne nommer que celui-ci). De plus, le taux moyen de demandeurs ayant eu gain de cause après avoir interjeté appel à la SAR est calculé sur une période relativement courte (deux ans par comparaison à six ans), ce qui soulève des doutes quant à la possibilité de résultats hors-normes, notamment compte tenu du caractère nouveau de la SAR durant cette période.

[133] Mais, plus important encore, ces statistiques témoignent des problèmes latents dans l’argumentation des appelants. À quelle étape, le long du continuum des différents taux de réussite, le risque de *refoulement* devient-il suffisamment atténué pour ne pas mettre en jeu les droits garantis par l’article 7? Il est bien sûr impossible de répondre à cette question, et c’est pourquoi la Cour suprême, dans ses motifs, s’est concentrée sur les pôles du processus — soit la décision initiale (*Singh*) et, conformément au droit international, le renvoi (*Suresh, Febles, B010*).

[134] Les appelants admettent que les restrictions au droit d’interjeter appel à la SAR seraient conformes à la constitution s’il n’y avait pas de différence entre le pourcentage de demandeurs ayant gain de cause, qu’il s’agisse d’une demande de contrôle judiciaire à la Cour

concede that perfection is not the standard, the subjectivity associated with choosing a point on a continuum where the constitutional infirmity evaporates, reinforces the conclusion on engagement.

(d) *positive rights and section 7*

[135] What the appellants assert in this appeal is a positive rights claim. Put otherwise, the appellants' position that the advantages of the RAD ought to be extended to include STCA-excepted claimants rests on the presupposition that section 7 imposed a positive obligation on Parliament to create the RAD in the first place.

[136] The Supreme Court has rejected the notion that section 7 imposes positive obligations on the state (*Gosselin v. Québec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429 (*Gosselin*), at paragraph 82; *Charkaoui*, at paragraph 136; *Febles*, at paragraph 68). There is no constitutional requirement for the government to act affirmatively to ensure that each person enjoys a minimum of life, liberty and security of the person. Section 7, as the jurisprudence currently stands, requires a deprivation of these interests in order to be engaged (see *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673, at paragraphs 35–36; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *ETFO et al. v. Her Majesty the Queen*, 2019 ONSC 1308 (CanLII), 144 O.R. (3d) 347). Consequently, the absence of measures aimed at reducing an existing risk of harm such as the risk of *refoulement* does not amount to deprivation within the meaning of section 7, and the failure to extend appeal rights to the RAD to encompass others is not a deprivation.

[137] The circumstances of this case are analogous to those considered by the B.C.C.A. in *Scott v. Canada (Attorney General)*, 2017 BCCA 422, 417 D.L.R. (4th) 733. Under consideration by the court was what was characterized as a deficient benefit compensation scheme for those injured in the course of military service.

fédérale ou d'un appel devant la SAR. Les appelants n'auraient plus d'argument si les taux de succès étaient identiques. Bien que les appelants reconnaissent que la perfection n'est pas la norme, la subjectivité relative au choix de l'étape, le long d'un continuum, où disparaît le caractère inconstitutionnel vient renforcer la conclusion concernant la mise en jeu.

d) *Les droits positifs et l'article 7*

[135] Ce que soutiennent les appelants dans le présent appel, c'est l'existence d'un droit positif. Autrement dit, la position des appelants, selon laquelle les avantages conférés par le droit d'interjeter appel à la SAR doivent être étendus aux demandeurs visés par une dispense de l'ETPS, repose sur la prémisse portant que l'article 7 imposait au législateur l'obligation positive de créer la SAR.

[136] La Cour suprême a toutefois rejeté l'idée voulant que l'article 7 impose des obligations positives à l'État (*Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429 (*Gosselin*), au paragraphe 82; *Charkaoui*, au paragraphe 136; *Febles*, au paragraphe 68). Rien dans la Constitution n'oblige l'État à agir concrètement afin de garantir à chacun un droit minimum à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Selon la jurisprudence actuelle, il doit y avoir atteinte à ces droits pour que l'article 7 soit mis en jeu (voir *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673, aux paragraphes 35 et 36; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *ETFO et al. v. Her Majesty the Queen*, 2019 ONSC 1308 (CanLII), 144 O.R. (3d) 347). Par conséquent, l'absence de mesures visant à réduire un risque existant de préjudice, comme le risque de *refoulement*, ne constitue pas une privation au sens de l'article 7, pas plus que ne l'est le défaut d'étendre à d'autres le droit d'interjeter appel à la SAR.

[137] Les circonstances en l'espèce sont analogues à celles qui furent examinées par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (C.A. C.-B.) à l'occasion de l'affaire *Scott v. Canada (Attorney General)*, 2017 BCCA 422, 417 D.L.R. (4th) 733. La Cour devait alors examiner ce qui avait été qualifié de régime d'indemnisation insuffisant

In dismissing the section 7 argument, Groberman J.A. observed that the case was not concerned “with a deprivation imposed by government, but rather with the inadequacy of a government program designed to ameliorate the situation of the plaintiffs” (at paragraph 89).

[138] Unless Parliament was otherwise constitutionally required to establish the RAD, neither the repeal nor limitation of the RAD amounts to deprivation within the meaning of section 7 (see *Flora v. Ontario Health Insurance Plan*, 2008 ONCA 538, 91 O.R. (3d) 412; *Ferrell v. Ontario (Attorney General)* (1998), 42 O.R. (3d) 97 (C.A.); *Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 505 (C.A.), at paragraph 94). If Parliament was not obliged to enact the RAD in the first place, it cannot be the case that any limitation on the scope of its ameliorative reach can give rise to a section 7 engagement. (I am leaving aside, of course, section 15 considerations.) Therefore, the only argument that could be advanced is that the appellants have a constitutional right to an appeal, a proposition which we know from well-established case law, would fail (*Kourtessis*; *Sachs*, at paragraph 11).

[139] I am cognizant of the fact that section 7 is not frozen in time, nor is its content exhaustively defined, and that it may, some day, evolve to encompass positive obligations—possibly in the domain of social, economic, health or climate rights. I have therefore given careful consideration to whether this case falls within the scope of the “special circumstances” left open by the Supreme Court in *Gosselin* [at paragraph 83], which would require an affirmative obligation on government. McLachlin C.J.C., in leaving open the possibility of development in this direction, did not articulate what criteria or considerations might constitute special circumstances.

[140] While it is always tempting to boldly go where no one has gone before, I do not see special circumstances here.

pour les personnes blessées pendant leur service militaire. En rejetant le moyen puisé dans l’article 7, le juge Groberman a observé que cette affaire ne concernait pas [TRADUCTION] « une privation imposée par le gouvernement, mais plutôt les lacunes d’un programme gouvernemental censé améliorer la situation des demandeurs » (au paragraphe 89).

[138] À moins que le Constitution n’obligeait le législateur à établir la SAR, ni l’abrogation de la SAR ni sa limitation ne constitue une privation au sens de l’article 7 (voir *Flora v. Ontario Health Insurance Plan*, 2008 ONCA 538, 91 O.R. (3d) 412; *Ferrell v. Ontario (Attorney General)* (1998), 42 O.R. (3d) 97 (C.A.); *Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 505 (C.A.), au paragraphe 94). Or, si le législateur n’était pas, en premier lieu, tenu de créer la SAR, l’on ne saurait utilement soutenir qu’une restriction de la portée de son objectif d’amélioration puisse mettre en jeu l’article 7. (Je fais bien sûr abstraction des considérations au titre de l’article 15.) Par conséquent, le seul moyen qui pourrait être invoqué est que les appelants ont un droit d’appel garanti par la Constitution; cependant, selon la jurisprudence bien établie, ce moyen serait voué à l’échec (*Kourtessis*; *Sachs*, au paragraphe 11).

[139] Je suis conscient du fait que l’article 7 n’est pas immuable, que son contenu n’a pas été défini de façon exhaustive et, qu’un jour, des obligations positives pourraient y être ajoutées — peut-être en lien avec des droits sociaux ou économiques ou encore des droits liés à la santé ou au climat. J’ai donc examiné cette affaire avec soin pour rechercher si elle s’inscrit dans le contexte des « circonstances particulières » sur lesquelles ne s’est pas exprimée la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Gosselin* [au paragraphe 83], lesquelles imposeraient alors au gouvernement une obligation positive. En laissant entrevoir des possibilités d’évolution en ce sens, la juge en chef McLachlin n’a pas précisé quels critères ou facteurs pourraient constituer des circonstances particulières.

[140] Bien qu’il soit toujours tentant de s’aventurer avec audace dans une direction inexplorée, je ne puis constater en l’espèce des circonstances particulières.

[141] The appellants had the benefit of the safety net provided by the obligations of the removals officer and the jurisdiction of the Federal Court to stay removal, and for four of the five appellants, the safety net worked to their advantage. Secondly, at a policy level, I do not see any objective benchmark or measure by which the risk of inadvertent *refoulement* could be guaranteed. There is no such thing as an error-free system—even the criminal justice system, with its elevated evidentiary burdens and procedural protection, has failed on occasion. In any event, I would echo the observation of Groberman J.A. in *Scott* that there is no suggestion in *Gosselin* that section 7 is triggered in the absence of a deprivation by government. As the government did not impose a measure which deprived the appellants of a section 7 interest, no special circumstances could arise.

VII. Conclusion

[142] The Federal Court certified the following question:

Does paragraph 110(2)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c 27 infringe section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part 1 of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c.11*, and, if so, is this infringement justified by section 1?

[143] As the appellants' argument fails at the engagement stage of the section 7 analysis it is unnecessary to answer the consequential issues—whether the RAD bar deprives the appellants of their section 7 rights in accordance with the principles of fundamental justice, and, if so, whether the infringement is justified under section 1.

[144] With this caveat, I would answer the question in the negative and dismiss the appeal.

WEBB J.A.: I agree.

LASKIN J.A.: I agree.

[141] Les appelants bénéficiaient des protections sociales découlant des obligations des agents de renvoi et au pouvoir de la Cour fédérale de surseoir au renvoi et, pour quatre des cinq appelants, ce filet de sécurité leur a été favorable. En outre, sur le plan des politiques, je ne vois aucun critère objectif ni aucune mesure objective permettant d'offrir une garantie contre le risque de refoulement involontaire. Il n'existe pas de système totalement exempt d'erreur — même le système judiciaire pénal, avec ses exigences élevées en matière de preuve et de procédure, se trompe à l'occasion. Quoi qu'il en soit, je souscrirais à l'observation du juge Groberman dans l'arrêt *Scott* selon laquelle rien n'indique dans l'arrêt *Gosselin* que l'article 7 est mis en jeu en l'absence de privation imposée par l'État. Comme le gouvernement n'a pas imposé de mesure privant les appelants d'un droit garanti par l'article 7, il n'existe en l'espèce aucune circonstance particulière.

VII. Conclusion

[142] La Cour fédérale a certifié la question suivante :

L'alinéa 110(2)d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, porte-t-il atteinte à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés, Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11*, et, dans l'affirmative, cette infraction est-elle justifiée au regard de l'article premier?

[143] Comme l'argumentation des appelants ne franchit pas l'étape de la mise en jeu de l'article 7, il est inutile de répondre aux questions corollaires — à savoir si les restrictions au droit d'interjeter appel à la SAR privent les appelants de leurs droits garantis par l'article 7 d'une manière conforme aux principes de justice fondamentale et, le cas échéant, si cette atteinte est justifiée par l'article 1.

[144] Avec cette mise en garde, je répondrais à la question par la négative et je rejetterais l'appel.

LE JUGE WEBB, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE LASKIN, J.C.A. : Je suis d'accord.