

IMM-2036-13
2014 FC 998

IMM-2036-13
2014 CF 998

Mehrez Ben Abde Hamida (*Applicant*)

Mehrez Ben Abde Hamida (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

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

RÉPERTORIÉ : HAMIDA c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Annis J.—Montréal, February 24;
Ottawa, October 20, 2014.

Cour fédérale, juge Annis—Montréal, 24 février;
Ottawa, 20 octobre 2014.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Humanitarian and compassionate considerations — Judicial review of immigration officer's decision rejecting applicant's application for permanent residence based on humanitarian and compassionate considerations (H&C application) — Applicant seeking to have decision set aside, matter referred back for reassessment — Supreme Court of Canada's decision in Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration) published after officer's decision — Ezokola upsetting long line of Federal Court case law concerning inadmissibility of refugee protection claimants on ground of complicity in crimes against humanity — Applicant's inadmissibility constituting deciding consideration in rejection of H&C application — Applicant, Tunisian, admitted to Canada as visitor, marrying Canadian citizen — Also claiming refugee protection but claim denied given applicant's inadmissibility — On H&C application, officer finding that considerations relating to establishment most serious humanitarian and compassionate considerations but concluding that applicant's inadmissibility serious, reflecting Canada's international commitments — Whether decision in Ezokola relevant to present matter; whether in interests of justice to make exception to principle of finality of judgments — Appropriate in this case to ask officer to reconsider decision in light of test reformulated in Ezokola for deeming refugee protection claim inadmissible — In Ezokola, Supreme Court rejecting previous case law on test for complicity; setting out new test — Issue of panel exercising discretion to lessen strict operation of res judicata never considered in context of decision on H&C application — Factors analyzed to determine whether issue estoppel should operate herein — In light of Ezokola, officer's reasoning concerning applicant's inadmissibility running counter to current theories in international criminal law — Given Ezokola, Immigration and Refugee Board's decision on applicant's refugee claim violating Canada's actual international commitments towards refugee protection claimants — Impossible to disregard power of Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 15, which

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Motifs d'ordre humanitaire — Contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'immigration rejetant la demande de résidence permanente pour considérations d'ordre humanitaire (demande CH) du demandeur — Le demandeur voulait faire infirmer la décision et la renvoyer devant un autre agent d'immigration — L'arrêt de la Cour suprême Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration) a été publié après la décision de l'agent — L'arrêt Ezokola a renversé la jurisprudence de longue haleine de la Cour fédérale sur l'interdiction de territoire des demandeurs d'asile pour la complicité dans la perpétration de crimes contre l'humanité — L'interdiction de territoire du demandeur était la considération déterminante dans le rejet de sa demande CH — Le demandeur, qui est Tunisien, a été admis au Canada à titre de visiteur et s'est marié avec une citoyenne canadienne — Il a également présenté une demande d'asile, mais sa demande a été rejetée en raison de son interdiction de territoire — En ce qui a trait à la demande CH, l'agent a considéré que les considérations d'ordre humanitaire les plus contraignantes pour le demandeur étaient celles reliées à l'établissement, mais a conclu que l'interdiction de territoire du demandeur était de nature sérieuse et impliquait les engagements du Canada à l'échelle internationale — Il s'agissait de savoir si l'arrêt Ezokola était pertinent en l'espèce et s'il était dans l'intérêt de la justice de faire exception au principe de la finalité des jugements — En l'espèce, il était approprié de demander à l'agent de reconsidérer sa décision à la lumière des critères reformulés dans l'arrêt Ezokola pour qualifier une demande d'asile d'irrecevable — Dans l'arrêt Ezokola, la Cour suprême a rejeté la jurisprudence antérieure relative à la complicité et a établi un nouveau critère — La question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal dans le but d'atténuer la stricte application de l'autorité de la chose jugée n'a jamais été considérée auparavant dans le contexte d'une décision d'ordre humanitaire — Un certain nombre de facteurs ont été analysés pour déterminer si la préclusion découlant d'une question

resulted in finality of Board's decision on applicant's inadmissibility — However, given previous version of Immigration and Refugee Protection Act, s. 25(1), wherein reasonable expectation created that H&C considerations might apply even in cases of inadmissibility, necessary to weigh inadmissibility against other relevant factors, such as H&C considerations — Applicant would no longer be found inadmissible according to reasoning in Ezokola; H&C application would probably have been granted — When issue estoppel applying, Court may set aside tribunal's decision on grounds of humanitarian and compassionate considerations to allow reassessment of applicant's situation in light of current legal tenets of fairness, justice unknown at time tribunal making decision — Application allowed.

This was an application for judicial review of a decision of an immigration officer of Citizenship and Immigration Canada rejecting the applicant's application for permanent residence based on humanitarian and compassionate considerations (H&C application). The applicant sought to have the decision set aside and referred back to another immigration officer. The Supreme Court of Canada's decision in *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, which was the subject of this judicial review, was published after the officer's decision. That judgment upset the long line of case law from the Federal Court on the inadmissibility of refugee protection claimants on the ground of complicity in crimes against humanity. The applicant's inadmissibility was the deciding consideration in the rejection of his H&C application.

The applicant, born in Tunisia, worked as a police officer in the Tunisian police force and was eventually promoted to the political security unit. He claimed that he lost his job and was subject to strict administrative monitoring because he had dared to feed political prisoners. Later, he was admitted to Canada as a visitor and married a Canadian citizen. He made a claim for refugee protection but the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board found the applicant to be excluded from the definition of refugee (inadmissible) both under the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* and under the *Immigration*

déjà tranchée devait être appliquée en l'espèce — À la lumière de l'arrêt Ezokola, le raisonnement de l'agent, en ce qui concerne l'interdiction de territoire du demandeur, allait à l'encontre des théories actuelles en droit pénal international — À la lumière de l'arrêt Ezokola, la décision de la Section de la protection des réfugiés concernant la demande d'asile du demandeur allait à l'encontre des engagements internationaux actuels du Canada à l'égard de la protection des réfugiés — Il n'était pas possible d'écarter la force de l'art. 15 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, qui fait que la décision de la SPR quant à l'interdiction de territoire du demandeur avait force de chose jugée — Toutefois, étant donné la version antérieure de l'art. 25(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés qui créait une attente raisonnable que les considérations d'ordre humanitaire s'appliqueraient même face à une interdiction de territoire, il fallait soupeser les implications d'une interdiction de territoire contre les autres éléments pertinents, soit les considérations d'ordre humanitaire — Le demandeur ne serait plus sujet à une interdiction de territoire selon le raisonnement de l'arrêt Ezokola; sa demande CH aurait probablement été accordée — Lors de l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, la Cour peut infirmer la décision d'un tribunal sur la base des motifs humanitaires, afin de permettre une évaluation de la situation d'un demandeur en lumière des préceptes juridiques actuels de l'équité et de la justice qui étaient inconnus au moment où le tribunal a pris sa décision — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'immigration de Citoyenneté et Immigration Canada rejetant la demande de résidence permanente pour considérations d'ordre humanitaire (demande CH) du demandeur. Le demandeur voulait faire infirmer la décision et la renvoyer devant un autre agent d'immigration. L'arrêt de la Cour suprême *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, qui était le sujet de ce contrôle judiciaire, a été publié après la décision de l'agent. Cette décision a renversé la jurisprudence de longue haleine de la Cour fédérale sur l'interdiction de territoire des demandeurs d'asile pour la complicité dans la perpétration de crimes contre l'humanité. L'interdiction de territoire du demandeur était la considération déterminante dans le rejet de sa demande CH.

Le demandeur, né en Tunisie, travaillait comme policier des forces policières tunisiennes et a éventuellement été promu au Service de la sûreté politique. Il a allégué qu'il a perdu son emploi et a été mis sous un contrôle administratif sévère parce qu'il a osé nourrir les prisonniers politiques. Il a par la suite été admis au Canada à titre de visiteur et s'est marié avec une citoyenne canadienne. Le demandeur a présenté une demande d'asile, mais la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a déclaré qu'il était exclu de la définition de réfugié (interdit de territoire) aux termes de la

and Refugee Protection Act on grounds of violating human or international rights. It found that he was employed by a political security unit known for its brutality towards prisoners. The applicant applied for judicial review of the RPD's decision and then applied for permanent residence based on humanitarian and compassionate considerations given his marriage to a Canadian citizen. Other applications were submitted, including those for pre-removal risk assessments and other H&C applications. All of those applications were rejected.

Ultimately, the officer found that the most serious humanitarian and compassionate considerations for the applicant were those relating to establishment. However, the officer concluded that the applicant's inadmissibility was serious and reflected Canada's international commitments, in particular not to grant refugee protection to those who have committed crimes against humanity. The officer thus determined that, in the applicant's case, humanitarian and compassionate considerations did not override the applicant's failure to apply for permanent residence from outside Canada or his inadmissibility under paragraph 35(1)(a) of the Act.

The main issues were whether the case of *Ezokola* was relevant to the matter at bar and whether it was in the interests of justice to make an exception to the principle of the finality of judgments, which prohibits any reconsideration of a final decision.

Held, the application should be allowed.

In these conditions, it was appropriate to ask the officer to reconsider his decision in light of the test reformulated in *Ezokola* for deeming a refugee protection claim inadmissible. In arriving at his final decision, the officer considered the factors weighing in favour of revoking the applicant's inadmissibility. The decisive factor in the officer's decision was not the applicant's inadmissibility alone but also the importance given by the officer to the international human rights instruments to which Canada is signatory and with which it has to comply. The officer's conclusion on the applicant's complicity in certain crimes against humanity was based on the decision of the RPD, which applied previous case law involving complicity. However, in *Ezokola*, the Supreme Court rejected this case law and its tests. *Ezokola* set out a test that requires evaluating whether the accused has voluntarily made a significant and knowing contribution to the organization's crime or criminal purpose.

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés et de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés pour atteinte aux droits humains ou internationaux. La SPR a conclu qu'il était employé par un service de sûreté politique connu pour ses brutalités envers les prisonniers. Le demandeur a déposé une demande de contrôle judiciaire de la décision de la SPR, puis une demande de résidence permanente pour considérations d'ordre humanitaire basée sur son mariage à une citoyenne canadienne. D'autres demandes ont été déposées, notamment une demande d'évaluation des risques avant renvoi et d'autres demandes CH. Toutes ces demandes ont été rejetées.

En fin de compte, l'agent a considéré que les considérations d'ordre humanitaire les plus contraignantes pour le demandeur étaient celles reliées à l'établissement. Cependant, l'agent a conclu que l'interdiction de territoire du demandeur était de nature sérieuse et impliquait les engagements du Canada à l'échelle internationale, notamment celui de ne pas offrir l'asile à ceux qui ont commis des crimes contre l'humanité. L'agent a donc décidé que les considérations d'ordre humanitaire dans le cas du demandeur ne l'emportaient pas sur son manquement de demander un visa de résident permanent à l'extérieur du Canada et son interdiction de territoire en vertu de l'alinéa 35(1)a) de la Loi.

Il s'agissait de savoir principalement si l'arrêt *Ezokola* était pertinent en l'espèce et s'il était dans l'intérêt de la justice de faire exception au principe de la finalité des jugements qui proscrit toute reconsidération d'une décision finale.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Dans ces conditions, il était approprié de demander à l'agent de reconsidérer sa décision à la lumière des critères reformulés dans l'arrêt *Ezokola* pour qualifier une demande d'asile d'irrecevable. En arrivant à sa décision finale, l'agent a soupesé les facteurs militant en faveur de la révocation de l'interdiction de territoire du demandeur. Le facteur déterminant dans la décision de l'agent n'était pas seulement l'inadmissibilité du demandeur, mais aussi l'importance que l'agent a attribuée aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire, et auxquels le Canada doit conséquemment se conformer. La conclusion de l'agent relativement à la complicité du demandeur dans certains crimes contre l'humanité a été basée sur la décision de la SPR, qui appliquait une jurisprudence antérieure relativement à la complicité. Cependant, dans l'arrêt *Ezokola*, la Cour suprême a rejeté cette jurisprudence et ses critères. L'arrêt *Ezokola* établit un test qui demande d'évaluer si l'accusé a volontairement contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel d'une organisation.

The issue of the panel exercising its discretion to lessen the strict operation of *res judicata* has never been considered in the context of a highly discretionary decision on humanitarian and compassionate considerations and it needed to be disposed of in this case. A number of factors were analysed to determine whether issue estoppel, the subdivision of *res judicata*, should operate in this case.

As to the refugee protection legislation, under the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, the RPD's findings on the applicant's inadmissibility were *res judicata*. However, the previous version of subsection 25(1) of the Act, which governed the H&C application under review, clearly created the reasonable expectation that humanitarian and compassionate considerations would apply even in the event of inadmissibility. Also, in the present matter, the officer noted that the principles of international law underlying inadmissibility findings obliged him to deny the application despite the degree of the applicant's establishment in Canada, which the officer deemed high. Yet, the officer enjoys broad discretion under section 25 of the Act. In light of *Ezokola*, his reasoning concerning the applicant's inadmissibility ran counter to current theories in international criminal law. The humanitarian and compassionate considerations in this case would have obliged him to depart from the principles in international criminal law he referred to and which underlied the applicant's inadmissibility. While the officer believed that the RPD's decision, which he insisted on complying with, followed the international criminal law principles, the RPD's decision violated them in light of *Ezokola*. Without these principles, the main reason for the officer's decision disappeared and the officer was left with the conclusion that the applicant should be granted permanent residence on the basis of his establishment in Canada.

The purpose of an H&C application, as provided in the previous version of section 25 of the Act, which takes precedence over the Regulations, is to determine whether permanent residence status should be granted to an applicant on humanitarian and compassionate considerations despite the applicant's inadmissibility. The risk of undermining the legislative scheme by applying issue estoppel is an important consideration. If the inadmissibility finding takes precedence over humanitarian and compassionate considerations, the purpose of the administrative scheme for applications for humanitarian and compassionate considerations is likely to be undermined. Consequently, the former version of section 25 of the Act clearly indicates that inadmissibility should not be seen as a decisive obstacle but as one of the factors to be weighed.

La question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal dans le but d'atténuer la stricte application de l'autorité de la chose jugée n'a jamais été considérée auparavant dans le contexte d'une décision hautement discrétionnaire d'ordre humanitaire et c'est précisément cette question qui devait être tranchée en l'espèce. Un certain nombre de facteurs ont été analysés pour déterminer si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée devait être appliquée en l'espèce.

En ce qui concerne la protection des réfugiés, en vertu du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, les conclusions de la SPR relatives à l'interdiction de territoire du demandeur avaient force de chose jugée. Cependant, la version antérieure du paragraphe 25(1) de la Loi, soit celle régissant la demande CH sous étude, créait clairement une attente raisonnable que les considérations d'ordre humanitaire s'appliqueraient même face à une interdiction de territoire. En outre, dans le cas présent, l'agent a constaté que les principes du droit international qui sous-tendent la détermination d'interdiction de territoire le forçaient à rejeter la demande malgré l'établissement du demandeur au Canada, que l'agent a estimé fort. Or, l'agent dispose d'un large pouvoir discrétionnaire en vertu de l'article 25 de la Loi. À la lumière de l'arrêt *Ezokola*, son raisonnement, en ce qui concerne l'interdiction de territoire, allait à l'encontre des théories actuelles en droit pénal international. Les considérations d'ordre humanitaire du présent cas l'auraient obligé à abandonner les principes de droit pénal international qu'il a cités et qui sous-tendent l'interdiction de territoire du demandeur. Bien que l'agent eut été d'avis que la décision de la SPR à laquelle il tenait à se conformer suivait les principes du droit pénal international, à la lumière de l'arrêt *Ezokola*, elle violait ces principes. Sans ces principes, le motif principal de la décision de l'agent disparaissait, et il n'était laissé qu'avec sa conclusion que la résidence permanente devrait être accordée au demandeur sur la base de son établissement au Canada.

L'objet d'une demande CH, tel que prévu à la version antérieure de l'article 25 de la Loi, qui prime sur le Règlement, est de déterminer si le statut de résident permanent doit être octroyé au demandeur sur la base des considérations d'ordre humanitaire en dépit de son interdiction de territoire. Le risque de compromettre l'objet du régime administratif par l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est une considération importante. Si la conclusion qu'une personne a été déclarée interdite de territoire prime sur les considérations d'ordre humanitaire, l'objet du régime administratif d'une demande pour considérations d'ordre humanitaire risque d'être compromis. Par conséquent, l'ancienne version de l'article 25 de la Loi indique clairement que l'interdiction de territoire ne devrait pas être considérée comme un obstacle déterminant, mais constitue plutôt un facteur à soulever.

The circumstances of this case required a nuanced decision. It was impossible to disregard the power of section 15 of the Regulations, which resulted in the RPD's decision on the applicant's inadmissibility being final. The officer could not ignore this conclusion. However, given the previous version of subsection 25(1) of the Act, it was necessary to weigh the implications of inadmissibility against the other relevant factors, namely, the humanitarian and compassionate considerations. The applicant would no longer be found inadmissible according to the reasoning in *Ezokola*. Also, the officer formulated his decision in such a manner that, if the applicant had not been found inadmissible, his application would probably have been granted. When issue estoppel applies, the Court, in the interests of justice, reserves some discretion in interpreting a current statutory provision. The Court may therefore set aside a tribunal's decision on the grounds of humanitarian and compassionate considerations in order to allow a reassessment of the applicant's situation in light of current legal tenets of fairness and justice that were unknown at the time the tribunal made its decision. If *Ezokola* had been before the officer, he would have recognized that the principles underlying the RPD's decision violated Canada's actual international commitments towards refugee protection claimants.

Les circonstances de cette affaire exigeaient une décision nuancée. Il n'était pas possible d'écarter la force de l'article 15 du Règlement, qui fait que la décision de la SPR quant à l'interdiction de territoire du demandeur avait force de chose jugée. L'agent ne pouvait pas ignorer cette conclusion. Toutefois, étant donné la version antérieure du paragraphe 25(1) de la Loi, il fallait soupeser les implications d'une interdiction de territoire contre les autres éléments pertinents, soit les considérations d'ordre humanitaire. Le demandeur ne serait plus sujet à une interdiction de territoire selon le raisonnement de l'arrêt *Ezokola*. De plus, l'agent a formulé sa décision telle que, sans l'interdiction de territoire du demandeur, sa demande aurait probablement été accordée. Lors de l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, la Cour maintient un pouvoir discrétionnaire dans l'interprétation d'une disposition législative actuelle, et ce, dans l'intérêt de la justice. La Cour peut donc infirmer la décision d'un tribunal sur la base des motifs humanitaires, afin de permettre une évaluation de la situation d'un demandeur en lumière des préceptes juridiques actuels de l'équité et de la justice qui étaient inconnus au moment où le tribunal a pris sa décision. Si l'arrêt *Ezokola* avait été devant l'agent, celui-ci aurait reconnu que les principes sous-jacents de la décision de la SPR violaient les véritables engagements internationaux du Canada envers les demandeurs d'asile.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- 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. 5], s. 12.
- Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24, ss. 4, 5, 6, 7.
- Faster Removal of Foreign Criminals Act*, S.C. 2013, c. 16.
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 25, 34, 35, 36, 72(1), 96, 97.
- Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 15.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, December 16, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47.
- Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, December 16, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47.
- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a),(c).

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° 5], art. 12.
- Loi accélérant le renvoi de criminels étrangers*, L.C. 2013, ch. 16.
- Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24, art. 4, 5, 6, 7.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 25, 34, 35, 36, 72(1), 96, 97.
- Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 15.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36.
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1F(a),(c).
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47.
- Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47.

CASES CITED

APPLIED:

Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration), 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678; *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 802, [2014] 3 F.C.R. 438, affd 2014 FCA 113, [2015] 1 F.C.R. 335; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Penner v. Niagara (Regional Police Services Board)*, 2013 SCC 19, [2013] 2 S.C.R. 125; *Yeager v. Day*, 2013 FCA 258, 453 N.R. 385.

NOT FOLLOWED:

Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 2 F.C. 306, (1992), 89 D.L.R. (4th) 173 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Joseph v. Canada (Citizenship and Immigration), 2013 FC 1101.

CONSIDERED:

Khapar v. Air Canada, 2014 FC 138.

REFERRED TO:

Hamida v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), IMM-3821-03, Lemieux J., order dated October 17, 2003; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Terigho v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 835; *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, (1987), 38 D.L.R. (4th) 530.

APPLICATION for judicial review of a decision of an immigration officer of Citizenship and Immigration Canada rejecting the applicant's application for permanent residence based on humanitarian and compassionate considerations. Application allowed.

APPEARANCES

Stewart Istvanffy and *Anne Castagner* for applicant.

Sherry Rafai Far for respondent.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678; *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 802, [2014] 3 R.C.F. 438, conf. par 2014 CAF 113, [2015] 1 R.C.F. 335; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers)*, 2013 CSC 19, [2013] 2 R.C.S. 125; *Yeager c. Day*, 2013 CAF 258.

DÉCISION NON SUIVIE :

Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 2 C.F. 306 (C.A.).

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Joseph c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2013 CF 1101.

DÉCISION EXAMINÉE :

Khapar c. Air Canada, 2014 CF 138.

DÉCISIONS CITÉES :

Hamida c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), IMM-3821-03, le juge Lemieux, ordonnance en date du 17 octobre 2003; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Terigho c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 835; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'immigration de Citoyenneté et Immigration Canada rejetant la demande de résidence permanente pour considérations d'ordre humanitaire du demandeur. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Stewart Istvanffy et *Anne Castagner* pour le demandeur.

Sherry Rafai Far pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Étude Légale Stewart Istvanffy, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following is the English version of the reasons for judgment and judgment rendered by

ANNIS J.:

I. Introduction

[1] This is an application pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA), for judicial review of a decision of an immigration officer of Citizenship and Immigration Canada (CIC) dated July 16, 2012 (the decision), communicated to the applicant on October 31, 2012, and rejecting the applicant's application for permanent residence based on humanitarian and compassionate considerations (the H&C application). The applicant is seeking to have the decision set aside and referred back to another immigration officer.

[2] The Supreme Court of Canada's judgment in *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678 (*Ezokola*), which is the subject of this judicial review, was published after the officer's decision. This judgment has upset the long line of case law from the Federal Court on the inadmissibility of refugee protection claimants on the ground of complicity in crimes against humanity. Since the applicant's inadmissibility is the deciding consideration in the rejection of his H&C application, and given the injustice of being judged on principles lacking in fairness, the Court allows the application for the following reasons.

II. Facts

[3] The applicant, Mehrez Ben Abde Hamida, was born in Tunisia on October 8, 1967. He began working as a police officer in the Tunisian police force in July 1986; in 1991, he was promoted to the [TRANSLATION] "political security unit". He alleges that he lost his job

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Étude Légale Stewart Istvanffy, Montréal, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Voici les motifs du jugement et le jugement rendus en français par

LE JUGE ANNIS :

I. Introduction

[1] La Cour est saisie d'une demande présentée en vertu du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) en vue d'obtenir le contrôle judiciaire d'une décision de l'agent d'immigration de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) en date du 16 juillet 2012 (la décision) qui a été communiquée au demandeur le 31 octobre 2012, rejetant sa demande de résidence permanente pour considérations d'ordre humanitaire (la demande CH). Le demandeur tente de faire infirmer la décision et la renvoyer devant un autre agent d'immigration.

[2] L'arrêt de la Cour suprême *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678 (*Ezokola*), qui est le sujet de ce contrôle judiciaire, a été publié après la décision de l'agent. Cette décision a renversé la jurisprudence de longue haleine de la Cour fédérale sur l'interdiction de territoire des demandeurs d'asile pour la complicité dans la perpétration de crimes contre l'humanité. L'interdiction de territoire du demandeur étant la considération déterminante dans le rejet de la demande CH du demandeur, et vu l'injustice d'être jugé sur des principes manquants d'équité, la Cour accueille la demande pour les motifs qui suivent.

II. Les faits

[3] Le demandeur, M. Mehrez Ben Abde Hamida, est né en Tunisie le 8 octobre 1967. Il a commencé un emploi comme policier des forces policières tunisiennes en juillet 1986, et en 1991 il a été promu au « Service de la sûreté politique ». Il allègue qu'il a perdu son emploi et

and was subject to strict administrative monitoring because he had dared to feed political prisoners.

[4] On October 2, 1999, he was admitted to Canada as a visitor for six months. In 2003, he married a Canadian citizen.

[5] On January 20, 2000, he claimed refugee protection, alleging persecution by the Tunisian dictatorship and a fear of mistreatment after he was subject to administrative monitoring by his country's secret police. On April 24, 2003, the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board of Canada found the applicant to be excluded from the definition of refugee (inadmissible) under sections F(a) and F(c) of Article 1 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (Refugee Convention) and under subsection 35(1) of the IRPA on grounds of violating human or international rights. The RPD found that there were serious reasons for believing that the applicant was guilty of one of the indictable offences described in sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24. The applicant was employed by the political security unit, a department of the Tunisian government, for 10 years. The RPD pointed out that this unit is known for its brutality towards prisoners.

[6] On October 17, 2003, the applicant filed an application for leave and for judicial review of the RPD's decision, which was dismissed by this Court in docket IMM-3821-03. In March 2004, the applicant filed an application for permanent residence based on humanitarian and compassionate considerations as a result of his marriage to a Canadian citizen, but that application was rejected.

[7] On December 6, 2004, the applicant filed an application for a pre-removal risk assessment (PRRA), which was denied because he was not deemed to be at risk under section 97 of the IRPA. On March 24, 2005, he filed an application for leave and for judicial review of the PRRA decision with the Federal Court. To this application, he appended an application for a stay of his removal, which was allowed without a hearing. On

a été mis sous un contrôle administratif sévère parce qu'il a osé nourrir les prisonniers politiques.

[4] Le 2 octobre 1999, il a été admis au Canada à titre de visiteur pour une période de six mois. En 2003, il s'est marié avec une citoyenne canadienne.

[5] Le 20 janvier 2000, il a revendiqué le statut de réfugié, alléguant la persécution du régime dictatorial en Tunisie et sa crainte de mauvais traitements suite au contrôle administratif exercé à son égard par la police secrète de son pays. Le 24 avril 2003, la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a déclaré que le demandeur était exclu de la définition de réfugié (interdit de territoire) aux termes des sections Fa) et Fc) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (Convention sur les réfugiés) et en vertu du paragraphe 35(1) de la LIPR pour atteinte aux droits humains ou internationaux. La SPR a conclu qu'il y avait des motifs sérieux de croire que le demandeur a commis une des infractions visées aux articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24. Le demandeur a été employé par le Service de la sûreté politique, département du gouvernement tunisien, pendant une période de 10 ans. La SPR a signalé que ce service est connu pour ses brutalités envers les prisonniers.

[6] Le 17 octobre 2003, le demandeur a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision de la SPR, demande qui a été rejetée par la présente Cour dans le dossier IMM-3821-03. En mars 2004, le demandeur a déposé une demande de résidence permanente pour considérations d'ordre humanitaire basée sur son mariage à une citoyenne canadienne qui a été refusée.

[7] Le 6 décembre 2004, le demandeur a déposé une demande d'évaluation des risques avant renvoi (ERAR) qui a été rejetée, car il n'a pas été jugé à risque aux termes de l'article 97 de la LIPR. Le 24 mars 2005, il a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision d'ERAR auprès de la Cour fédérale. À cette demande était jointe une demande de sursis à sa déportation et celle-ci a été accordée sans audience. Le

September 16, 2005, the Federal Court allowed his application for leave and for judicial review by way of consent and ordered a reassessment of his PRRA application.

[8] On January 19, 2006, the applicant filed a second H&C application. A new PRRA officer was assigned to his case on February 16, 2006. On June 30, 2006, the reassessment of the PRRA and the second H&C application were rejected.

[9] On November 15, 2006, the applicant filed an application for leave and for judicial review of the decision reassessing his PRRA application and of the H&C application, dismissed by the Federal Court in dockets IMM-4445-06 and IMM-4447-06.

[10] On December 6, 2006, the applicant filed a second PRRA application. He also submitted a third H&C application, which was referred to the Case Management Branch to determine whether the applicant's inadmissibility could be waived on humanitarian and compassionate considerations.

[11] In the meantime, he was summoned by the Canada Border Services Agency (CBSA) for his removal from Canada, scheduled for January 30, 2007.

[12] On January 22, 2007, the application for a stay of the applicant's removal was denied. The applicant sent a request to the Human Rights Committee (HRC) of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), alleging that the removal order made against him violated the *International Covenant on Civil and Political Rights* [December 16, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47] and the *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights* [December 16, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47].

[13] The applicant's complaint was found to have merit. The UNHCR HRC concluded that the applicant would be at risk of torture if he was sent back to Tunisia and noted that the authorities had given substantial weight to the fact that the applicant was excluded from the scope of section F of Article 1 of the Refugee Convention but had given insufficient consideration to

16 septembre 2005, la Cour fédérale a accueilli sa demande d'autorisation et de contrôle judiciaire sur consentement et a ordonné une réévaluation de la demande d'ERAR.

[8] Le 19 janvier 2006, le demandeur a déposé une deuxième demande CH. Son dossier a été attribué à un nouvel agent d'ERAR le 16 février 2006. Le 30 juin 2006, la réévaluation de la demande d'ERAR ainsi que la deuxième demande CH ont été rejetées.

[9] Le 15 novembre 2006, le demandeur a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision réévaluant la demande d'ERAR, ainsi que de la demande CH, qui ont été rejetées par la Cour fédérale dans les dossiers IMM-4445-06 et IMM-4447-06.

[10] Le 6 décembre 2006, le demandeur a déposé une deuxième demande d'ERAR. Il a aussi déposé une troisième demande CH qui a été référée à la Direction générale des règlements des cas pour déterminer si le demandeur pouvait être exempté de son interdiction de territoire en raison de considérations d'ordre humanitaire.

[11] Entre-temps, il a été convoqué par l'Agence des services frontaliers (l'ASFC) pour son renvoi du Canada, qui était prévu pour le 30 janvier 2007.

[12] Le 22 janvier 2007, la demande de sursis au renvoi du demandeur a été refusée. Le demandeur a envoyé une demande au Comité des droits humains (CDH) du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCNUR), alléguant que la mesure de renvoi prise contre lui violait le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47] et le *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47].

[13] La plainte du demandeur a été jugée fondée. Le CDH du HCNUR a conclu que le demandeur serait à risque de torture s'il était renvoyé en Tunisie, notant que les autorités ont accordé un poids important au fait que le demandeur a été exclu du champ d'application de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés sans tenir suffisamment compte des droits

the specific rights arising from the Convention against Torture [*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36]. More specifically, the HRC questioned the fact that part of the documentary evidence was excluded on the basis that it had not been submitted to the RPD as part of the claim.

[14] On December 14, 2010, the PRRA officer responsible for the second PRRA application held a hearing in order to assess the danger of torture should the applicant be removed to Tunisia. On November 4, 2011, the applicant's permanent residence file was referred to the Case Management Branch to determine whether the applicant's inadmissibility could be waived for humanitarian and compassionate considerations.

[15] On July 16, 2012, the applicant's H&C application was rejected by CIC.

[16] On December 31, 2012, the PRRA officer rendered a negative decision.

[17] On July 19, 2013, the *Ezokola* decision was rendered by the Supreme Court of Canada.

III. Impugned decision

[18] The officer began by examining the applicant's arguments. First, he considered the applicant's family and his establishment in Canada, noting that he had been living with his wife, a Canadian citizen, for over 10 years, and that he treated the children of his wife's daughter as if they were his own grandchildren. He also pointed out that the applicant's mother and his two sisters are Tunisian citizens, who live in Tunisia. The applicant supports his mother financially by sending her money.

[19] The officer also considered issues raised by international law and the *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. 5]] (the Charter), referring to the decision of the Supreme Court in *Chiarelli v.*

spécifiques découlant de la Convention contre la torture [*Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36]. Plus spécifiquement, le CDH a questionné le fait qu'une partie de la preuve documentaire a été exclue sur la base qu'elle n'a pas été soumise à la SPR dans le cadre de la revendication.

[14] Le 14 décembre 2010, l'agent d'ERAR, responsable de la deuxième demande d'ERAR, a tenu une audience afin d'évaluer le danger de torture si le demandeur devait être renvoyé en Tunisie. Le 4 novembre 2011, le dossier de résidence permanente du demandeur a été référé à la Direction générale des règlements des cas afin de déterminer si le demandeur pourrait être exempté de son interdiction de territoire en raison de considérations d'ordre humanitaire.

[15] Le 16 juillet 2012, la demande CH du demandeur a été refusée par CIC.

[16] Le 31 décembre 2012, l'agent d'ERAR a rendu une décision négative.

[17] Le 19 juillet 2013, la décision *Ezokola* a été rendue par la Cour suprême du Canada.

III. Décision en litige

[18] L'agent a commencé en examinant les arguments du demandeur. D'abord, il a considéré la famille et l'établissement du demandeur au Canada, soulignant qu'il vit avec sa femme, une citoyenne canadienne, depuis plus de 10 ans, et qu'il considère les enfants de la fille de son épouse comme ses propres petits enfants. Il a aussi soulevé que la mère du demandeur et ses deux sœurs sont citoyennes tunisiennes et habitent en Tunisie. Le demandeur supporte sa mère financièrement en lui envoyant de l'argent.

[19] L'agent a aussi considéré les questions de droit international et de la *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° 5]] (la Charte), référant à l'arrêt de la Cour suprême

Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 1 S.C.R. 711, and concluding that the removal of a foreign national did not in itself outrage standards of decency. He stated that foreign nationals did not have an unqualified right to remain in Canada and that since the removal of the applicant from Canada did not in itself constitute cruel and unusual treatment or punishment under section 12 of the Charter, he had to determine whether the hardship that he might suffer should he return to Tunisia could constitute such treatment or punishment.

[20] Then the officer observed that the officer who had studied the permanent residence application had been of the opinion that there were sufficient humanitarian and compassionate considerations to justify waiving the requirement for the applicant to apply for permanent residence from outside Canada were it not for his inadmissibility.

[21] The officer argued that since the applicant was inadmissible, the humanitarian and compassionate grounds, such as family, the best interests of the child and the conditions in his country of origin, had to be weighed in order to establish whether these were sufficient to overcome the applicant's inadmissibility.

[22] Regarding family and the best interests of the child, the officer noted that despite the applicant acting as a grandfather to his wife's grandchildren, should he return to Tunisia, this was a destination where the children would be able to visit him, should they so desire. Moreover, the applicant could stay in regular contact with the children through various means of telecommunications. Indeed, the officer pointed out that there was nothing on file to indicate that the children's mother was unable to continue taking care of them should the applicant have to leave.

[23] He also noted that the applicant's wife, even though she had suffered from depression as a result of their problems with CIC, has other relatives in Canada, including her daughter and her grandchildren, and has found a job. The applicant is therefore not the couple's sole breadwinner. The applicant's removal would entail the applicant being separated from his wife, but she

Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 R.C.S. 711, et concluant que le fait qu'un étranger soit renvoyé du Canada ne constitue pas en soi une atteinte à la dignité humaine. Il a constaté que les étrangers n'ont pas le droit absolu de demeurer au Canada, et que puisque le fait de renvoyer le demandeur du Canada ne constitue pas en soi un traitement ou une peine cruel et inusité sous l'article 12 de la Charte, il s'agit d'évaluer si les difficultés qu'il pourrait subir advenant un retour en Tunisie, pourraient constituer un tel traitement ou une telle peine.

[20] Par la suite, l'agent a fait remarquer que l'agent ayant étudié la demande de résidence permanente était d'avis que suffisamment de considérations d'ordre humanitaire justifiaient d'exempter le demandeur de l'exigence de demander le visa de résidence permanente de l'extérieur du Canada, si ce n'était de son interdiction de territoire.

[21] Ainsi, comme le demandeur est interdit de territoire, l'agent a énoncé qu'il s'agit de soupeser les motifs humanitaires, notamment la famille, le meilleur intérêt de l'enfant, et les conditions dans le pays d'origine, afin d'établir s'ils sont suffisants pour l'emporter sur l'interdiction de territoire.

[22] En ce qui concerne la famille et le meilleur intérêt de l'enfant, l'agent a soulevé que malgré que le demandeur fasse figure de grand-père pour les petits-enfants de sa femme, s'il devait se rendre en Tunisie, il s'agirait d'une destination où il serait possible pour les enfants de s'y rendre en visite, s'ils le désiraient. De plus, le demandeur pourrait garder un contact régulier avec ces enfants par divers moyens de télécommunication. D'ailleurs, l'agent a constaté que rien au dossier n'indique que la mère des enfants ne pourra continuer d'en prendre soin advenant le départ du demandeur.

[23] Il a noté aussi que la femme du demandeur, malgré qu'elle ait souffert d'une dépression à cause de leurs troubles avec CIC, a d'autres membres de sa famille au Canada, notamment sa fille et ses petits-enfants, et a trouvé un emploi. Ainsi, le demandeur n'est pas le seul gagne-pain pour le couple. Le renvoi du demandeur impliquera que le demandeur sera séparé de

could choose to leave with him and return to Canada on visits as often as she wished.

[24] The officer emphasized that while family reunification was an objective of the IRPA, so was denying access to persons who are criminals. The Canadian government's policy that Canada not become a safe haven for persons involved in war crimes or crimes against humanity is clear.

[25] Consequently, the officer concluded that despite the important role played by the applicant in his family, the humanitarian and compassionate considerations were not important enough to justify a waiver. He concluded that the applicant's inadmissibility on the basis of human or international rights violation and his particular circumstances would not cause unfair or unreasonable harm to the applicant, who still has family in Tunisia. It would therefore be possible for him to succeed in establishing himself in Tunisia.

[26] Regarding the conditions in Tunisia, the officer noted that the applicant had not updated his file since 2011, even though he had received a letter asking him to do so. He also found that it was his role to assess the difficulties the applicant might face should he return, and not the risks under sections 96 and 97 of the IRPA, which are probably different now from those mentioned by the UNHCR and counsel for the applicant in 2010.

[27] The officer considered the decision of the officer who had performed the last PRRA of the applicant, noting that the applicant's allegation that he is sought by the Tunisian government as a result of his alleged political opinions was not established by the evidence before the PRRA officer in 2006.

[28] He also considered the fact that the conclusions of the UNHCR according to which there were reasons to believe that the applicant would be at risk of torture in Tunisia were drawn in May 2010, that is, before the major changes brought about by the Arab Spring.

son épouse, mais elle pourra choisir de quitter avec lui, et de revenir en visite au Canada autant qu'elle le désirera.

[24] L'agent a précisé que la réunification des familles constitue un objectif de la LIPR, mais l'est tout autant l'interdiction de territoire de personnes qui sont des criminels. La politique du gouvernement canadien voulant que le Canada ne soit pas un refuge pour les personnes impliquées dans des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité est claire.

[25] Par conséquent, l'agent a constaté que malgré le rôle important que le demandeur joue au sein de sa famille, les considérations d'ordre humanitaire ne sont pas suffisamment importantes afin de justifier une exemption. Il a conclu que l'interdiction de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux et les circonstances particulières du demandeur ne causeront pas un préjudice injuste et déraisonnable au demandeur, qui a encore sa famille en Tunisie. Il sera donc possible pour lui de réussir son établissement en Tunisie.

[26] En ce qui concerne les conditions en Tunisie, l'agent a soulevé que le demandeur n'a pas mis à jour son dossier depuis 2011, malgré qu'il ait reçu une lettre lui demandant de le faire. Il a aussi constaté qu'il lui revient d'évaluer les difficultés que pourrait subir le demandeur au retour, et non les risques au sens des articles 96 et 97 de la LIPR, qui sont probablement différents aujourd'hui de ceux dont parlait HCNUR et l'avocat du demandeur en 2010.

[27] L'agent a considéré la décision de l'agent qui a effectué la dernière ERAR du demandeur, constatant que l'allégation du demandeur qu'il est recherché par le gouvernement tunisien en raison de ses opinions politiques imputées n'était pas démontrée par la preuve devant l'agent d'ERAR en 2006.

[28] Il a considéré aussi que les conclusions du HCNUR indiquant qu'il y avait des raisons de croire que le demandeur serait à risque de torture en Tunisie ont été tirées en mai 2010, soit avant les changements majeurs du « printemps arabe ».

[29] Indeed, in its latest report on the situation in Tunisia, Amnesty International reports that human rights, the situation for political dissidents and freedom of expression were improving with the new government. This report also indicates that the Tunisian security forces, [TRANSLATION] “known for human rights excesses and their use of torture” have been dissolved. The officer also referred to a report of the U.S. State Department noting improvements in Tunisia from a human rights perspective.

[30] The officer therefore concluded that the objective evidence demonstrated a general improvement of the human rights situation in Tunisia, particularly with respect to opponents of the political regime. He noted that, generally speaking, conditions in Tunisia had greatly improved since the applicant left Tunisia or even since the 2006 PRRA.

[31] Ultimately, the officer found that the most serious humanitarian and compassionate considerations for the applicant were those related to establishment. Comparing these with Canada’s commitment not to grant refugee protection to those who have committed crimes against humanity, the officer determined that more weight should be afforded to the latter factor. He therefore concluded that the applicant’s inadmissibility was serious and reflected Canada’s international commitments. For these reasons, he determined that, in the applicant’s case, humanitarian and compassionate considerations did not override the applicant’s failure to apply for permanent residence from outside Canada or his inadmissibility under paragraph 35(1)(a) of the IRPA.

[32] On July 19, 2013, the *Ezokola* decision was rendered by the Supreme Court of Canada.

[33] In light of *Ezokola*, this Court asked the parties to submit their positions on how the reasoning developed in *Ezokola* applied in this case.

[34] Subsequently, in light of the respondent’s arguments on the application of *res judicata*, the Court asked

[29] D’ailleurs, dans son plus récent rapport sur la situation en Tunisie, l’organisme Amnistie internationale rapporte que la situation des droits de l’homme et des dissidents politiques, ainsi que la liberté d’expression, sont en voie d’amélioration avec le nouveau gouvernement. Ce rapport indique de même que les forces de sécurité tunisiennes « connues pour les bavures des droits humains et l’usage de torture » ont été dissoutes. L’agent a cité aussi un rapport du U.S. Department of State qui constate des améliorations au point de vue des droits humains en Tunisie.

[30] L’agent a donc conclu que la preuve objective démontre une amélioration des droits de l’homme en général en Tunisie, particulièrement en ce qui concerne les opposants au régime politique. Il a constaté qu’en général, il y a eu une large amélioration dans les conditions en Tunisie par rapport aux conditions au pays lorsque le demandeur a quitté la Tunisie, ou même lors de l’ERAR en 2006.

[31] En fin de compte, l’agent a considéré que les considérations d’ordre humanitaire les plus contraignantes pour le demandeur sont celles reliées à l’établissement. Comparant celles-ci avec l’engagement du Canada de ne pas offrir l’asile à ceux qui ont commis des crimes contre l’humanité, l’agent a statué que davantage de poids devait être accordé à ce dernier point. Il a donc conclu que l’interdiction de territoire du demandeur est de nature sérieuse, et implique les engagements du Canada à l’échelle internationale. Pour ces raisons, il a décidé que les considérations d’ordre humanitaire dans le cas du demandeur ne l’emportent pas sur son manquement de demander un visa de résident permanent à l’extérieur du Canada et son interdiction de territoire en vertu de l’alinéa 35(1)a) de la LIPR.

[32] Le 19 juillet 2013, l’arrêt *Ezokola* a été rendu par la Cour suprême du Canada.

[33] À la lumière de l’arrêt *Ezokola*, la présente Cour a demandé aux parties de fournir leur position en ce qui concerne l’application du raisonnement développé dans l’arrêt *Ezokola* en l’espèce.

[34] Par la suite, vu les arguments du défendeur quant à l’application du principe de la chose jugée, la Cour a

the parties to make representations on the Court's discretion to apply *res judicata*.

IV. Issue

[35] The issue is the following: is *Ezokola* relevant to the matter at bar?

V. Standard of review

[36] An officer's decision on an H&C application is discretionary. The standard of review is therefore reasonableness, and the officer's decision must be given a great deal of deference according to the principles described in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. This was reiterated recently, by Justice Kane of this Court, in the decision in *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 802, [2014] 3 F.C.R. 438, affd 2014 FCA 113, [2015] 1 F.C.R. 335 (*Kanhasamy*), where she indicated at paragraph 10 that "[t]he standard of review of decisions under section 25 is reasonableness". (See also *Terigho v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 835, at paragraph 6.)

[37] That being said, the officer's decision cannot be challenged, be it under the correctness standard or that of reasonableness. In fact, the issue is not whether the decision was reasonable, but whether it is in the interests of justice to make an exception to the principle of the finality of judgments which prohibits any reconsideration of a final decision.

[38] *Res judicata*, based on the sanctity of the finality of decisions, has one exception. According to my reading of *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460 (*Danyluk*); and *Penner v. Niagara (Regional Police Services Board)*, 2013 SCC 19, [2013] 2 S.C.R. 125 (*Penner*), this exception comes into play when the Court is of the opinion that the legitimate need for the decision to be final works an injustice that exceeds what is acceptable in our legal system. This

demandé aux parties de fournir des observations quant au pouvoir discrétionnaire de la Cour d'appliquer le principe de la chose jugée.

IV. Question en litige

[35] La question en litige est la suivante : est-ce que l'arrêt *Ezokola* est pertinent en l'espèce?

V. Norme de contrôle

[36] Les décisions des agents dans le contexte des demandes CH sont discrétionnaires. La norme de contrôle est donc celle de la décision raisonnable, et la décision de l'agent doit être traitée avec beaucoup de retenue selon les principes décrits dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Cela a été réitéré récemment par la juge Kane de cette Cour dans la décision *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 802, [2014] 3 R.C.F. 438, conf. par 2014 CAF 113, [2015] 1 R.C.F. 335 (*Kanhasamy*) où elle a souligné au paragraphe 10 que « [l]a norme de contrôle qui s'applique dans le cas des décisions fondées sur l'article 25 est celle de la décision raisonnable ». (Voir aussi *Terigho c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 835, au paragraphe 6.)

[37] Cela dit, la décision de l'agent ne peut être remise en cause, et ce, tant selon la norme de la décision correcte, que la décision raisonnable. En effet, la question n'est pas de déterminer si la décision était raisonnable, mais plutôt s'il est dans l'intérêt de la justice de faire exception au principe de la finalité des jugements qui proscrit toute reconsidération d'une décision finale.

[38] L'autorité de la chose jugée fondée sur le caractère sacré de la finalité des décisions comporte une exception. Selon ma lecture des arrêts *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460 (*Danyluk*); et *Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers)*, 2013 CSC 19, [2013] 2 R.C.S. 125 (*Penner*), cette exception entre en ligne de compte lorsque la Cour est d'avis que la nécessité légitime que les décisions aient un caractère définitif

discretion must be guided by a three-pronged test established by the Supreme Court in *Danyluk and Penner*.

[39] In the matter at bar, the fact that the officer did not err with respect to the state of the law when he made his decision does not preclude departing from the *res judicata* rule in order to remedy an injustice. If the Court is satisfied that the conditions to waive *res judicata* when so required in the interests of justice, as established in *Danyluk and Penner*, are met, then the fact that *Ezokola* was rendered after the officer's decision does not preclude setting aside the decision.

[40] In these conditions, it is appropriate to ask the officer to reconsider his decision in light of the test reformulated in *Ezokola* for deeming a refugee protection claim inadmissible. More specifically, the officer must reassess the underlying rationale of his decision, the defence of Canada's international refugee commitments, in consideration of the rules for exclusion clarified in *Ezokola* and their application in this case.

VI. Analysis

A. *Retrospective application of Ezokola*

[41] At the hearing, the applicant submitted that the Supreme Court's decision in *Ezokola* should be examined by the Court as a ground for setting aside an officer's decision on an H&C decision even though the officer's decision was issued before the Supreme Court rendered its decision.

[42] The respondent did not dispute the application of *Ezokola* on the basis that it was rendered after the officer's decision. Rather, it challenged its application, in the event that the present matter is referred back to the officer who heard the H&C application, on the ground that this officer is bound by the RPD's conclusion on the

outrepassé le niveau d'injustice acceptable dans notre système juridique. Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire qui doit être guidé par un test à trois volets qui a été établi par la Cour suprême dans les arrêts *Danyluk et Penner*.

[39] En l'espèce, le fait que l'agent n'a fait aucune erreur en ce qui a trait à l'état du droit lorsqu'il a rendu sa décision n'empêche pas d'écarter l'autorité de la chose jugée afin de remédier à une injustice. Si la Cour est convaincue que les conditions permettant de passer outre à l'autorité de la chose jugée lorsque l'intérêt de la justice le commande, établies dans les arrêts *Danyluk et Penner* sont remplies, alors, le fait que l'arrêt *Ezokola* a été rendu après la décision de l'agent n'empêche pas d'infirmé la décision.

[40] Dans ces conditions, il est approprié de demander à l'agent de reconsidérer sa décision à la lumière des critères reformulés dans l'arrêt *Ezokola* pour qualifier une demande d'asile d'irrecevable. Plus précisément, l'agent doit réévaluer le fondement sous-jacent de sa décision selon lequel il faut défendre les engagements internationaux du Canada à l'égard des réfugiés, en considération des règles d'admissibilité clarifiées par l'arrêt *Ezokola*, et de leur application en l'espèce.

VI. Analyse

A. *Caractère rétrospectif de l'application de l'arrêt Ezokola*

[41] Lors de l'audience, le demandeur a soutenu que l'arrêt de la Cour suprême *Ezokola* devrait être examiné par la Cour comme motif permettant d'écarter la décision de l'agent dans le contexte d'une décision CH même si la décision de l'agent a été prononcée avant que l'arrêt de la Cour suprême ait été rendu.

[42] Le défendeur n'a pas contesté l'application de l'arrêt *Ezokola* sur la base qu'il a été rendu après la décision de l'agent. Il a plutôt contesté son application, dans l'éventualité où la présente affaire serait retournée devant l'agent qui a entendu la demande CH, sur la base que cet agent est lié par la conclusion de la SPR quant à

applicant's inadmissibility and that therefore this issue has to be considered as being *res judicata*. However, even if the respondent had submitted to this Court that it should not consider *Ezokola* because it was rendered after the officer's decision, I would have rejected this argument. The issue concerns the exercise of the officer's discretion. Considering that *Ezokola* was rendered before this decision, the applicant could not raise the question of *Ezokola*'s application before the officer. The interests of justice would have required that I exercise my discretion and set aside the decision by giving the officer instructions to reconsider it. As long as this question is still "alive", in the sense that it has not been entirely concluded, and since it affects the outcome of the application, it is my opinion that the applicant has the right to be heard (see *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, at page 261).

B. Determinative reason for the officer's decision

[43] In arriving at his final decision, the officer considered the factors weighing in favour of revoking the applicant's inadmissibility. I am satisfied that the decisive factor in the officer's decision was not the applicant's inadmissibility alone, but also the importance given by the officer to the international human rights instruments to which Canada is signatory and with which it has to comply. He concluded that the applicant's inadmissibility overrode humanitarian and compassionate considerations, as described below:

[TRANSLATION]

Conclusion and disposition

...

When comparing [establishment] with Canada's commitment not to offer refugee protection to those who have committed crimes against humanity, I afford more weight to the latter factor. I refer to the relevant objectives of the IRPA in this respect.

l'interdiction de territoire et donc, cette question doit être considérée comme chose jugée. Cependant, même si le défendeur avait soumis à la Cour qu'elle ne devrait pas tenir compte de l'arrêt *Ezokola* parce qu'il a été rendu après la décision de l'agent, j'aurais rejeté cet argument. La question porte sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'agent. Considérant que l'arrêt *Ezokola* a été rendu avant la décision en l'espèce, le demandeur ne pouvait pas soulever la question de l'application de l'arrêt *Ezokola* devant l'agent. L'intérêt de la justice aurait commandé que j'exerce mon pouvoir discrétionnaire afin d'infirmer la décision en donnant à l'agent la directive de la reconsidérer. Tant que cette question est encore « vivante », dans le sens où elle n'a pas été entièrement conclue et puisque celle-ci affecte l'issue de la demande, je suis d'avis que le demandeur a le droit d'être entendu (voir *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, à la page 261).

B. Motif déterminant de la décision de l'agent

[43] En arrivant à sa décision finale, l'agent a soupesé les facteurs militant en faveur de la révocation de l'interdiction de territoire du demandeur. Je suis convaincu que le facteur déterminant dans la décision de l'agent n'était pas seulement l'inadmissibilité du demandeur, mais aussi l'importance que l'agent a attribuée aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire, et auxquels le Canada doit conséquemment se conformer. Il a conclu que son interdiction de territoire l'emportait sur les considérations d'ordre humanitaire, tel que décrit ci-dessous :

Conclusion et Décision

[...]

Lorsque comparé [l'établissement] avec l'engagement du Canada de ne pas offrir asile à ceux qui ont commis des crimes contre l'humanité, j'accorde plus de poids à ce dernier point. Je réfère aux objectifs pertinents de la LIPR à ce sujet.

3. (1) The objectives of this Act with respect to immigration are

(i) to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks; and . . .

(3) This Act is to be construed and applied in a manner that

(a) furtheres the domestic and international interests of Canada;

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

In light of these objectives and notwithstanding Mr. Hamida's establishment and family life in Canada, and the hardship he might face in Tunisia, I find that his inadmissibility is serious and reflects Canada's international commitments. For these reasons, I conclude that the humanitarian and compassionate considerations in this case do not override Mr. Hamida's failure to comply with the Act and to apply for permanent residence from outside Canada, or his inadmissibility under paragraph 35(1)(a) of the IRPA." [Emphasis added.]

C. Conclusion on the applicant's complicity in crimes against humanity

[44] The officer's conclusion on the applicant's complicity in certain crimes against humanity was based on the RPD's 2003 decision. The RPD applied the test set out in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306, at page 317, where the Federal Court of Appeal defined complicity in terms of membership in an organization "principally directed to a limited, brutal purpose" in the conduct of its affairs. This reasoning and the case law that ensued were explicitly rejected by the Supreme Court in *Ezokola*.

[45] In *Ezokola*, at paragraph 81, the Supreme Court rejected the test according to which "a concept of complicity [can leave room] for guilt by association or passive acquiescence". The Court stated that this test violated fundamental international and Canadian criminal law principles pursuant to section F(a) of Article 1

3. (1) En matière d'immigration, la présente loi a pour objet :

i) de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité; et

(3) L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

a) de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international;

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

À la lumière de ces objectifs et nonobstant l'établissement et la vie familiale de Monsieur Hamida au Canada, ainsi que les difficultés auxquelles il pourra faire face en Tunisie, je trouve que l'interdiction de territoire de Monsieur Hamida est de nature sérieuse qui implique les engagements du Canada à l'échelle internationale. Pour ces raisons, je conclus que les considérations d'ordre humanitaire dans ce dossier ne l'emportent pas sur le manquement à la loi de Monsieur Hamida de demander le visa de résident permanent à l'extérieur du Canada et son interdiction de territoire en vertu de l'alinéa 35(1)a) de la LIPR. » [Je souligne.]

C. La conclusion quant à la complicité du demandeur dans des crimes contre l'humanité

[44] La conclusion de l'agent relativement à la complicité du demandeur dans certains crimes contre l'humanité a été basée sur la décision de la SPR de 2003. La SPR a employé le critère énoncé dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306, à la page 317, où la Cour d'appel fédérale a défini la complicité en termes d'adhésion à une organisation qui « vise principalement des fins limitées et brutales » dans la conduite de ses affaires. Ce raisonnement et la jurisprudence qui l'a suivi ont été expressément rejetés par la Cour suprême dans l'arrêt *Ezokola*.

[45] Dans l'arrêt *Ezokola*, au paragraphe 81, la Cour suprême a rejeté le test selon lequel « la complicité [soit] susceptible de s'entendre de la culpabilité par association ou de l'acquiescement passif ». La Cour a déclaré que ce test allait à l'encontre des principes fondamentaux du droit pénal international et canadien en

of the Refugee Convention. The Court therefore set out a test that requires evaluating whether the accused “has voluntarily made a significant and knowing contribution to the organization’s crime or criminal purpose” (*Ezokola*, at paragraph 84).

D. Application of *res judicata*

[46] A wealth of decisions of the Federal Court of Appeal and this Court support the application of *res judicata*, pointing out that the Minister’s discretion with respect to H&C applications cannot be applied directly or indirectly to review the facts or the RPD’s conclusions. The courts have also held that applicants cannot raise subsequent changes to the case law to benefit from a change in the law and therefore undermine *res judicata*. This situation arises in the present matter with respect to the RPD’s decision on the applicant’s inadmissibility. The recent decision in *Yeager v. Day*, 2013 FCA 258, 453 N.R. 385, is relevant here [at paragraphs 10 and 14]:

Upon expiry of the deadline for filing a notice of appeal, and in the absence of a motion to extend the time to appeal, the matter became *res judicata*. Upon becoming *res judicata*, the order is presumed to be valid, absent proof of fraud in its making, even if there is a later change in the law: see, e.g., *Régie des rentes du Québec v. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 SCC 46 at paragraph 55, citing *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374 at page 403. For example, where a person is convicted of a criminal offence, is sitting in jail, and has not appealed his conviction, he cannot take advantage of a later, favourable court decision: *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246 at paragraph 21. Accordingly, having not appealed the Deputy Judge’s order, Mr. Yeager could not benefit from any subsequent changes in the law, such as the change wrought by *Felipa*, *supra*.

...

Mr. Yeager’s claim does not fit within these three principles. Indeed, the principle of finality of judgments and orders embraced by the concept of *res judicata* is an integral part of the second principle, the preservation of order. [Emphasis added.]

application de la section *Fa*) de l’article premier de la Convention sur les réfugiés. Partant, la Cour a énoncé un test qui demande d’évaluer si l’accusé a « volontairement contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel d’une organisation. » (*Ezokola*, au paragraphe 84).

D. L’application de l’autorité de la chose jugée

[46] Il existe une abondante jurisprudence de la Cour d’appel fédérale et de cette Cour soutenant l’application de l’autorité de la chose jugée en soulignant que la discrétion du ministre dans une demande CH ne peut pas être utilisée directement ou indirectement pour examiner les faits ou les conclusions de la SPR. Les Cours ont également jugé qu’un demandeur ne peut bénéficier de modifications ultérieures de la jurisprudence pour tirer avantage d’une évolution de la loi et ainsi miner le principe de l’autorité de la chose jugée. Cette situation est celle qui se pose en l’espèce avec la décision de la SPR quant à l’interdiction du territoire du demandeur. À cet égard, l’arrêt récent *Yeager c. Day*, 2013 CAF 258 est pertinent [aux paragraphes 10 et 14] :

À l’expiration de la date d’échéance pour le dépôt d’un avis d’appel, et en l’absence d’une requête en prorogation du délai d’appel, la question tombe sous l’autorité de la chose jugée. Une fois devenue chose jugée, l’ordonnance est présumée valide, en l’absence de preuve établissant qu’il y a eu fraude lorsqu’elle a été rendue, même si plus tard il y a modification de la loi : voir par exemple, *Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 CSC 46 (CanLII), 2013 CSC 46, au paragraphe 55, citant l’arrêt *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 RCS 374, à la page 403. Par exemple, lorsqu’une personne reconnue coupable d’une infraction pénale est en prison et n’a pas interjeté appel de sa condamnation, elle ne peut pas tirer avantage d’une jurisprudence ultérieure : *R c Wigman*, [1987] 1 RCS 246, au paragraphe 21. Par conséquent, étant donné que M. Yeager n’a pas interjeté appel de l’ordonnance rendue par le juge suppléant, il ne peut pas profiter de quelque évolution du droit ultérieure, telle que la modification apportée par la jurisprudence *Felipa*, précitée.

[...]

La demande de M. Yeager s’inscrit dans aucun de ces trois principes. En fait, le principe de la finalité des jugements et des ordonnances sur lequel est fondé le concept de l’autorité de la chose jugée est englobé intégralement par le deuxième principe, celui de la préservation de l’ordre. [Je souligne.]

[47] According to the case law referred to by the respondent, *res judicata* is paramount. The issue of the panel exercising its discretion in order to lessen the strict operation of *res judicata* has never been considered in the context of a highly discretionary decision on humanitarian and compassionate considerations. It is precisely this issue that must be disposed of here.

E. *Discretion in applying res judicata*

[48] In *Danyluk*, the Supreme Court established a two-prong test for determining whether issue estoppel, the subdivision of *res judicata* we are discussing here, has to be applied (*Danyluk*, at paragraph 33):

The rules governing issue estoppel should not be mechanically applied. The underlying purpose is to balance the public interest in the finality of litigation with the public interest in ensuring that justice is done on the facts of a particular case. (There are corresponding private interests.) The first step is to determine whether the moving party (in this case the respondent) has established the preconditions to the operation of issue estoppel set out by Dickson J. in *Angle*, *supra*. If successful, the court must still determine whether, as a matter of discretion, issue estoppel ought to be applied; *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), at para. 32; *Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), at paras. 38-39; *Braithwaite v. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173 (C.A.), at para. 56. [Italics in original; underlining added.]

[49] The three preconditions at the first stage of issue estoppel described in *Danyluk* have indisputably been fulfilled: that the question has already been decided; that the judicial decision was final; and that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceeding in which the estoppel is raised. However, it is the second stage of the *Danyluk* test that is relevant in the matter at bar: is it in the interests of justice that the Court exercises its discretion to apply this form of estoppel?

[47] La jurisprudence citée par le défendeur soutient que l'autorité de la chose jugée est prédominante. Or, la question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal dans le but d'atténuer la stricte application de l'autorité de la chose jugée n'a jamais été considérée auparavant dans le contexte d'une décision hautement discrétionnaire d'ordre humanitaire. C'est précisément cette question qui doit être tranchée en l'espèce.

E. *Pouvoir discrétionnaire quant à l'application de l'autorité de la chose jugée*

[48] Dans l'arrêt *Danyluk*, la Cour suprême a établi un test en deux étapes permettant de déterminer si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, soit la sous-division de l'autorité de la chose jugée qui nous intéresse en l'espèce, doit être appliquée (*Danyluk*, au paragraphe 33) :

Les règles régissant la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne doivent pas être appliquées machinalement. L'objectif fondamental est d'établir l'équilibre entre l'intérêt public qui consiste à assurer le caractère définitif des litiges et l'autre intérêt public qui est d'assurer que, dans une affaire donnée, justice soit rendue. (Il existe des intérêts privés correspondants.) Il s'agit, au cours de la première étape, de déterminer si le requérant (en l'occurrence l'intimé) a établi l'existence des conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité. Dans l'affirmative, la cour doit ensuite se demander, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette forme de préclusion devrait être appliquée; *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), par. 32; *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), par. 38-39; *Braithwaite c. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173 (C.A.), par. 56. [Italiques dans l'original; soulignement ajouté.]

[49] Il est sans contredit que les trois conditions préalables à la première étape de la préclusion décrite dans l'arrêt *Danyluk* ont été remplies : que la question ait déjà été décidée; que la décision judiciaire en question soit finale; et que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la préclusion est soulevée. Cependant, c'est la deuxième étape du test de l'arrêt *Danyluk* qui est pertinente en l'espèce : est-il dans l'intérêt de la justice que la Cour

[50] When reviewing the second stage in *Penner*, the Supreme Court developed the test established in *Danyluk* for the fairness analysis, pointing out that the courts should focus their analysis on the differences between the goals sought by the two proceedings to which issue estoppel may apply. The following excerpt from this decision reflects the reasoning of the majority (*Penner*, at paragraph 42):

The second way in which the operation of issue estoppel may be unfair is not so much concerned with the fairness of the prior proceedings but with the fairness of *using their results* to preclude the subsequent proceedings. Fairness, in this second sense, is a much more nuanced enquiry. On the one hand, a party is expected to raise all appropriate issues and is not permitted multiple opportunities to obtain a favourable judicial determination. Finality is important both to the parties and to the judicial system. However, even if the prior proceeding was conducted fairly and properly having regard to its purpose, injustice may arise from using the results to preclude the subsequent proceedings. This may occur, for example, where there is a significant difference between the purposes, processes or stakes involved in the two proceedings. We recognize that there will always be differences in purpose, process and stakes between administrative and court proceedings. In order to establish unfairness in the second sense we have described, such differences must be significant and assessed in light of this Court's recognition that finality is an objective that is also important in the administrative law context. As Doherty and Feldman J.J.A. wrote in *Schweneke v. Ontario* (2000), 2000 CanLII 5655 (ON CA), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), at para. 39, if courts routinely declined to apply issue estoppel because the procedural protections in the administrative proceedings do not match those available in the courts, issue estoppel would become the exception rather than the rule. [Underlining added. [Italics in original; underlining added.]

[51] The Supreme Court also indicated that when determining whether issue estoppel applies, the courts must look at the parties' legitimate and reasonable expectations and consider whether issue estoppel would affect the efficacy and policy goals of the administrative proceeding. At paragraph 43 of *Penner*, the Court explained

exerce son pouvoir discrétionnaire afin d'appliquer cette forme de préclusion?

[50] Lors de l'examen de la deuxième étape, la Cour suprême dans l'arrêt *Penner* a développé le critère qui avait été établi dans l'arrêt *Danyluk* quant à l'analyse du respect de l'équité, en soulignant que les tribunaux doivent concentrer leur analyse sur les distinctions dans les objectifs poursuivis par les deux procédures pour lesquelles la préclusion est susceptible d'application. Le passage suivant de la décision démontre bien le raisonnement de la majorité (*Penner*, au paragraphe 42) :

La deuxième façon dont l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut se révéler inéquitable n'intéresse pas tant le caractère équitable de l'instance antérieure que celui du fait d'opposer la décision issue de cette instance à une autre action. Dans ce deuxième sens, l'équité fait l'objet d'un examen beaucoup plus nuancé. D'une part, une partie est censée soulever toutes les questions pertinentes et ne dispose pas de multiples tentatives pour obtenir un jugement favorable. Le caractère définitif est important tant pour les parties que pour le système judiciaire. En revanche, même si l'instance antérieure s'est déroulée de manière juste et régulière eu égard à son objet, il pourrait se révéler injuste d'empêcher, sur le fondement de l'issue d'une procédure antérieure, la tenue d'une autre instance. Par exemple, ce peut être le cas lorsque les objets, la procédure ou les enjeux des deux instances diffèrent grandement. Nous reconnaissons que la procédure administrative et la procédure judiciaire différeront toujours sur ces plans. Or, pour démontrer qu'il y a iniquité selon ce deuxième sens que nous venons de décrire, il faut un écart considérable, évalué à la lumière de l'importance que revêt également en droit administratif, selon la Cour, le caractère définitif des litiges. Comme l'ont souligné les juges Doherty et Feldman dans *Schweneke c. Ontario* 2000 CanLII 5655 (ON CA), (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), par. 39, si les tribunaux refusaient systématiquement d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée parce que les garanties procédurales applicables en matière administrative et en matière judiciaire ne correspondent pas, cette doctrine serait l'exception plutôt que la règle. [Italiques dans l'original; soulignement ajouté.]

[51] La Cour suprême a également souligné que dans la détermination de l'application de la préclusion, il faut prendre en compte les attentes légitimes et raisonnables des parties et se demander si la préclusion porte atteinte à l'efficacité et aux objectifs politiques de la procédure administrative. Au paragraphe 43 de l'arrêt *Penner*, la

that legitimate and reasonable expectations had to be examined in relation to the wording of the statute in question, as follows:

Two factors discussed in *Danyluk* — “the wording of the statute from which the power to issue the administrative order derives” (paras. 68-70) and “the purpose of the legislation” (paras. 71-73), including the degree of financial stakes involved — are highly relevant here to the fairness analysis in this second sense. They take into account the intention of the legislature in creating the administrative proceedings and they shape the reasonable expectations of the parties about the scope and effect of the proceedings and their impact on the parties’ broader legal rights: *Minott*, at pp. 341-42. [Emphasis added.]

[52] In *Danyluk*, at paragraph 67 and following, the Supreme Court sets out an open list of factors that may be considered in the exercise of discretion at the second stage of the test, explaining that these factors may vary from case to case:

- (1) The wording of the statute from which the power to issue the administrative order derives;
- (2) The purpose of the legislation;
- (3) The availability of an appeal;
- (4) The safeguards available to the parties in the administrative procedure;
- (5) The expertise of the administrative decision maker;
- (6) The circumstances giving rise to the prior administrative proceedings; and
- (7) The potential injustice.

[53] The factors described in *Danyluk* will therefore have to be analysed in order to determine whether issue estoppel should operate in this case.

Cour a expliqué l’examen des attentes légitimes et raisonnables dans le cadre de la formulation de la loi comme suit :

Deux facteurs analysés dans *Danyluk* — « le libellé du texte de loi accordant le pouvoir de rendre l’ordonnance administrative » (par. 68-70) et « l’objet de la loi » (par. 71-73), y compris la teneur de l’enjeu financier — sont forts pertinents en l’espèce quant à l’analyse relative à l’équité selon ce deuxième sens. Ces facteurs tiennent compte de l’intention du législateur lorsqu’il a créé le régime administratif et définissent les attentes raisonnables des parties concernant la portée et l’effet de l’instance ainsi que son incidence sur les droits en général des parties au litige : *Minott*, p. 341-342. [Je souligne.]

[52] Dans l’arrêt *Danyluk*, aux paragraphes 67 et suivants, la Cour suprême a mentionné des facteurs non exhaustifs qui peuvent être pris en compte dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire à la deuxième étape du test en précisant que ces facteurs varient dans chaque cas :

- 1) Le libellé du texte de la loi accordant le pouvoir de rendre l’ordonnance administrative;
- 2) L’objet de la loi;
- 3) L’existence d’un droit d’appel;
- 4) Les garanties offertes aux parties dans le cadre de l’instance administrative;
- 5) L’expertise du décideur administratif;
- 6) Les circonstances ayant donné naissance à l’instance administrative initiale; et
- 7) Le risque d’injustice.

[53] Il est alors nécessaire de mener une analyse des facteurs décrits dans l’arrêt *Danyluk* dans le but de déterminer si la préclusion découlant d’une question déjà tranchée doit être appliquée en l’espèce.

(1) Refugee protection legislation

[54] The Supreme Court noted that the wording and the purpose of the legislative scheme shape the parties' reasonable expectations with respect to the scope and effect of the administrative proceeding, as described in paragraph 47 of *Penner*:

Thus, the text and purpose of the legislative scheme shape the parties' reasonable expectations in relation to the scope and effect of the administrative proceedings. They guide how and to what extent the parties participate in the process. Where the legislative scheme contemplates multiple proceedings and the purposes of those proceedings are widely divergent, the application of the doctrine in such circumstances might not only upset the parties' legitimate and reasonable expectations but may also undermine the efficacy and policy goals of the administrative proceedings by either encouraging more formality and protraction or even discouraging access to the administrative proceedings altogether.

[55] The respondent submits that Parliament's intention in this respect is clear since section 15 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR), stipulates as follows:

Application
of par. 35(1)
(a) of the
Act

15. For the purpose of determining whether a foreign national or permanent resident is inadmissible under paragraph 35(1)(a) of the Act, if any of the following decisions or the following determination has been rendered, the findings of fact set out in that decision or determination shall be considered as conclusive findings of fact

...

(b) a determination by the Board, based on findings that the foreign national or permanent resident has committed a war crime or a crime against humanity, that the foreign national or permanent resident is a person referred to in section F of Article 1 of the Refugee Convention; or

[56] I agree that, under the IRPR, the RPD's findings on the applicant's inadmissibility are *res judicata*.

[57] However, the previous version of subsection 25(1) [S.C. 2012, c. 17, s. 13] of the IRPA, which governs the

1) La législation portant sur le statut de réfugié

[54] La Cour suprême a souligné que le texte et le but du régime législatifs définissent les attentes raisonnables des parties en ce qui concerne la portée et l'effet de l'instance administrative telle que décrite au paragraphe 47 de l'arrêt *Penner* :

Ainsi, le libellé et l'objet du régime législatif définissent les attentes raisonnables des parties quant à la portée et à l'effet de l'instance administrative. Ils définissent le rôle des parties dans le déroulement de l'instance et l'étendue de leur apport. Lorsque le régime législatif prévoit des instances multiples dont les objets sont fort différents, l'application de la doctrine risque non seulement de bouleverser les attentes légitimes et raisonnables des parties, mais aussi de nuire à l'efficacité et aux objectifs d'intérêt général du régime administratif, en favorisant le formalisme et les lenteurs, voire en décourageant complètement l'exercice d'un recours administratif.

[55] Le défendeur fait valoir que l'intention du législateur est claire à ce sujet puisque l'article 15 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (RIPR) stipule que :

15. Les décisions ci-après ont, quant aux faits, force de chose jugée pour le constat de l'interdiction de territoire d'un étranger ou d'un résident permanent au titre de l'alinéa 35(1)a) de la Loi :

Application
de l'alinéa
35(1)a) de la
Loi

[...]

b) toute décision de la Commission, fondée sur les conclusions que l'intéressé a commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, qu'il est visé par la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés;

[56] Je suis d'accord qu'en vertu du RIPR, les conclusions de la SPR en ce qui concerne l'interdiction de territoire du demandeur ont force de chose jugée.

[57] Cependant, la version antérieure du paragraphe 25(1) [L.C. 2012, ch. 17, art. 13] de la LIPR, soit celle

H&C application under review, clearly created the reasonable expectation that humanitarian and compassionate considerations would apply even in the event of inadmissibility. In fact, before the recent amendments to the IRPA, subsection 25(1) read as follows:

Humanitarian and compassionate considerations — request of foreign national

25. (1) Subject to subsection (1.2), the Minister must, on request of a foreign national in Canada who applies for permanent resident status and who is inadmissible or does not meet the requirements of this Act, and may, on request of a foreign national outside Canada who applies for a permanent resident visa, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligations of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national, taking into account the best interests of a child directly affected. [Emphasis added.]

[58] There is a further, related issue: if *Ezokola* had been before the officer, would his reasoning on the applicant's inadmissibility have been the same, namely that he was bound by the RPD's decision? In the present matter, the officer noted that the principles of international law underlying inadmissibility findings obliged him to deny the application despite the degree of the applicant's establishment in Canada, which the officer deemed high. Yet the officer enjoys broad discretion under section 25 of the IRPA. In light of *Ezokola*, his reasoning, with respect to the applicant's inadmissibility, runs counter to current theories in international criminal law. Although I would not go as far as saying that the RPD's inadmissibility finding should be set aside, I believe that the humanitarian and compassionate considerations in this case would have obliged him to depart from the principles in international criminal law he referred to and which underlie the applicant's inadmissibility. The officer insisted on complying with the international criminal law principles underlying the applicant's inadmissibility, since, in his opinion, the RPD's decision followed these principles. However, in light of *Ezokola*, the RPD's decision violated these principles. Without these principles, the main reasons for the officer's decision disappear, and he is left with

régissant la demande CH sous étude, créait clairement une attente raisonnable que les considérations d'ordre humanitaire s'appliqueraient même face à une interdiction de territoire. En effet, avant les modifications récentes apportées à la LIPR, la version en vigueur de l'article 25(1) se lisait comme suit :

25. (1) Sous réserve du paragraphe (1.2), le ministre doit, sur demande d'un étranger se trouvant au Canada qui demande le statut de résident permanent et qui soit est interdit de territoire, soit ne se conforme pas à la présente loi, et peut, sur demande d'un étranger se trouvant hors du Canada qui demande un visa de résident permanent, étudier le cas de cet étranger; il peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger le justifient, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché. [Je souligne.]

Séjour pour motif d'ordre humanitaire à la demande de l'étranger

[58] En outre, une question connexe se pose : si l'arrêt *Ezokola* avait été devant l'agent, est-ce que son raisonnement quant à l'interdiction du territoire du demandeur aurait été le même sur la base qu'il était lié par la décision de la SPR? Dans le cas présent, l'agent a constaté que les principes du droit international qui sous-tendent la détermination d'interdiction de territoire le forçaient à rejeter la demande malgré l'établissement du demandeur au Canada, que l'agent a estimé fort. Or, l'agent dispose d'un large pouvoir discrétionnaire en vertu de l'article 25 de la LIPR. À la lumière de l'arrêt *Ezokola*, son raisonnement, en ce qui concerne l'interdiction de territoire, va à l'encontre des théories actuelles en droit pénal international. Sans aller jusqu'à dire que la décision de la SPR quant à l'interdiction de territoire doit être mise de côté, je crois que les considérations d'ordre humanitaire du présent cas l'auraient obligé à abandonner les principes de droit pénal international qu'il a cités et qui sous-tendent l'interdiction de territoire du demandeur. L'agent tenait à se conformer aux principes du droit pénal international qui sous-tendent l'interdiction de territoire, la décision de la SPR suivant, selon lui, ces principes. Cependant, à la lumière de l'arrêt *Ezokola*, la décision de la SPR a violé les principes du droit pénal international. Sans ces principes, le motif principal de la

his conclusion that the applicant should be granted permanent residence on the basis of his establishment in Canada.

(2) The purpose of the legislation

[59] The respondent submits that section 15 of the IRPR has the force of ending any discussion on whether *Ezokola* applies with respect to *res judicata* in the context of an H&C application. I disagree. The purpose of an H&C application, as provided in the previous version of section 25 of the IRPA, which takes precedence over the IRPR, is to determine whether permanent residence status should be granted to an applicant on humanitarian and compassionate considerations despite the applicant's inadmissibility. If we accept the respondent's argument, there would have been no need for the amendments to section 25 made by Bill C-43 [*Faster Removal of Foreign Criminals Act*, S.C. 2013, c. 16] to prevent inadmissible persons from availing themselves of humanitarian and compassionate considerations.

[60] In *Penner*, the Supreme Court states at paragraph 62 that the risk of undermining the legislative scheme by applying issue estoppel is an important consideration. If the inadmissibility finding takes precedence over humanitarian and compassionate considerations, the purpose of the administrative scheme for applications for humanitarian and compassionate considerations is likely to be undermined. Consequently, the former version of section 25 of the IRPA clearly indicates that inadmissibility should not be seen as a decisive obstacle, but as one of the factors to be weighed.

(3) The availability of an appeal

(4) The safeguards available to the parties in the administrative procedure

(5) The expertise of the administrative decision maker

décision de l'agent disparaît, et il n'est laissé qu'avec sa conclusion que la résidence permanente devrait être accordée au demandeur sur la base de son établissement au Canada.

2) L'objet de la loi

[59] Le défendeur soutient que l'article 15 du RIPR a force de mettre fin à tout débat sur l'application de l'arrêt *Ezokola* en ce qui concerne la chose jugée dans le contexte d'une demande CH. Je ne suis pas d'accord. L'objet d'une demande CH, tel que prévu à la version antérieure de l'article 25 de la LIPR, qui prime sur le RIPR, est de déterminer si le statut de résident permanent doit être octroyé au demandeur sur la base des considérations d'ordre humanitaire en dépit de son interdiction de territoire. Si l'on accepte l'argumentation du défendeur, les modifications à l'article 25 qui ont été apportées par le projet de loi C-43 [*Loi accélérant le renvoi de criminels étrangers*, L.C. 2013, ch. 16] n'auraient pas été nécessaires pour empêcher les personnes interdites de territoire de se prévaloir des considérations d'ordre humanitaire.

[60] Dans l'arrêt *Penner*, la Cour suprême a mentionné au paragraphe 62 que le risque de compromettre l'objet du régime administratif par l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est une considération importante. Si la conclusion qu'une personne a été déclarée interdite de territoire prime sur les considérations d'ordre humanitaire, l'objet du régime administratif d'une demande pour considérations d'ordre humanitaire risque d'être compromis. Par conséquent, l'ancienne version de l'article 25 de la LIPR indique clairement que l'interdiction de territoire ne devrait pas être considérée comme un obstacle déterminant, mais constitue plutôt un facteur à soulever.

3) L'existence d'un droit d'appel

4) Les garanties offertes aux parties dans le cadre de l'instance administrative

5) L'expertise du décideur administratif

[61] The fact that the guiding principles that led the RPD to find the applicant inadmissible were later deemed as not complying with principles of international and criminal law means that the availability of an appeal, the expertise of the panel and the safeguards available have no relevance here.

(6) The circumstances giving rise to the prior administrative proceedings

[62] The respondent submits that the fact that, through his H&C application, the applicant is seeking a special benefit under an exceptional scheme implies that the Court should not exercise its discretion not to apply issue estoppel. In my view, this argument is not relevant to the analysis of the circumstances that gave rise to the original administrative proceeding, namely, the proceeding before the RPD. The exceptional nature of an H&C application is irrelevant when, such as in this case, the initial decision is ill-founded.

[63] Under this heading, I also reject the argument that the fact that the H&C application being challenged in this judicial review is not the first H&C application weighs against the applicant. *Ezokola* had not yet been rendered when the first H&C application was made.

(7) The potential injustice

[64] In *Danyluk*, the Supreme Court notes at paragraph 80 that the potential injustice is the most important factor and that the Court should therefore “stand back and, taking into account the entirety of the circumstances, consider whether application of issue estoppel in the particular case would work an injustice.”

[65] The respondent submits that there are three reasons why issue estoppel ought to apply. First, the officer had already considered the applicant’s degree of involvement in the acts committed by the Tunisian secret police by referring to the notes of the RPD officer and the panel’s record.

[61] Le fait que les principes directeurs qui ont mené la SPR à déclarer le demandeur interdit de territoire ont été subséquemment jugés non conformes aux principes de droit international et de droit pénal dénote que le droit d’appel, l’expertise du tribunal et les garanties offertes sont des critères sans pertinence.

6) Les circonstances ayant donné naissance à l’instance administrative initiale

[62] Le défendeur soutient que le fait que par sa demande CH, le demandeur recherche un privilège dans le cadre d’un régime exceptionnel, implique que la Cour ne doit pas exercer sa discrétion de ne pas appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Il me semble que cette argumentation n’est pas pertinente dans le cadre de l’analyse des circonstances ayant donné naissance à l’instance administrative initiale, c’est-à-dire l’instance de la SPR. La nature exceptionnelle d’une demande CH n’a pas de pertinence lorsque, tel qu’en l’espèce, la décision de première instance est mal fondée.

[63] Sous cette rubrique, je rejette également l’argument selon lequel le fait que la demande CH attaquée dans le cadre du présent contrôle judiciaire ne constitue pas la première demande CH milite en défaveur du demandeur. L’arrêt *Ezokola* n’avait pas encore été rendu au moment où la première décision CH a été prise.

7) Le risque d’injustice

[64] La Cour Suprême dans l’arrêt *Danyluk* a constaté au paragraphe 80 que le risque d’injustice est le facteur le plus important et que la Cour devrait donc « prendre un certain recul et, eu égard à l’ensemble des circonstances, se demander si, dans l’affaire dont elle est saisie, l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée entraînerait une injustice ».

[65] Le défendeur soutient qu’il y a trois raisons pour lesquelles il ne serait pas injuste d’appliquer la préclusion. Tout d’abord, il souligne que l’agent a déjà pris en compte le niveau d’implication du demandeur dans les actes commis par la police secrète tunisienne en faisant référence aux notes de l’agent de la SPR et au dossier du tribunal.

[66] This argument has no merit in that it fails to consider the fact that the only thing that was preventing the H&C application from being allowed seems to have been the RPD's conclusion on the applicant's inadmissibility in comity with international law. There are no half measures in a decision making a crime against humanity finding. In *Ezokola*, the Supreme Court held that, when determining whether a refugee protection claimant participated in crimes against humanity, the RPD must analyse whether the claimant's contribution to the crime or criminal purpose was voluntary, knowing and significant. These requirements were not known and therefore not considered by any officer before *Ezokola*, which was rendered in July 2013. Furthermore, the reference to the PRRA officer's notes which imply that the applicant had ties to the Tunisian administration is irrelevant and does not support the RPD's conclusion intending to establish that he committed crimes against humanity thus making him inadmissible: this reasoning was rejected in *Ezokola*.

[67] Second, the respondent submits that the applicant failed to establish the injustice entailed in the operation of issue estoppel. It refers to this Court's recent decision in *Khapar v. Air Canada*, 2014 FC 138 (*Khapar*), at paragraph 11:

While *Penner* may encourage the Courts to take a more liberal view of what constitutes unfairness in exercising its discretion to not apply issue estoppel, it does not overthrow the principle that finality in proceedings remains an important objective for the administration of justice. To justify the exercise of discretion to relieve against issue estoppel and other related common law doctrines, an applicant cannot merely assert or speculate about unfairness without any evidence and without any attempt to provide evidence which would support such assertions. [Emphasis added.]

[68] In addition to confirming the more liberal approach represented by *Penner*, in *Khapar*, the Court emphasizes the importance of demonstrating unfairness. In my opinion, *Ezokola* fully addresses this concern.

[66] Cette argumentation n'est pas bien fondée en ce qu'elle omet de prendre en compte le fait que la seule chose qui empêchait que la demande CH soit accueillie semble avoir été la conclusion de la SPR quant à l'interdiction de territoire du demandeur dans l'application de l'adhésion déférente au droit international. Par ailleurs, il n'y a pas de demi-mesure dans le contexte d'une décision constatant un crime contre l'humanité. Dans l'arrêt *Ezokola*, la Cour suprême a déterminé que, dans le contexte de la détermination de la participation d'un demandeur d'asile dans des crimes contre l'humanité, la SPR doit mener une analyse du caractère volontaire, conscient et significatif de la contribution du demandeur aux crimes ou au dessein criminel. Ces exigences n'étaient pas connues et donc non considérées par tout agent avant l'arrêt *Ezokola* qui a été rendue en juillet 2013. De plus, la référence aux notes de l'agent de l'ERAR suggérant implicitement que le demandeur avait des liens avec l'administration tunisienne n'est pas pertinente et ne permet pas d'appuyer la conclusion de la SPR tentant d'établir qu'il a commis des crimes contre l'humanité comme fondement de son interdiction de territoire, ce raisonnement ayant été infirmé dans l'arrêt *Ezokola*.

[67] Deuxièmement, le défendeur soutient que le demandeur n'a pas réussi à démontrer l'injustice qu'implique l'application de la préclusion. Il réfère à la décision récente de cette Cour dans *Khapar c. Air Canada*, 2014 CF 138 (*Khapar*), au paragraphe 11 :

Bien que l'arrêt *Penner* puisse inciter les tribunaux à interpréter de façon plus libérale la notion d'iniquité lorsqu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire en refusant d'appliquer la règle de l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige, il n'en demeure pas moins que le principe du caractère définitif des décisions constitue toujours un objectif important pour l'administration de la justice. Pour justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire de manière à écarter l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige ou d'autres doctrines connexes de common law, le demandeur ne peut se contenter d'affirmer ou de supposer qu'il y a eu iniquité sans chercher à fournir d'éléments de preuve à l'appui de ses arguments. [Je souligne.]

[68] En plus de confirmer l'approche plus libérale représentée par l'arrêt *Penner*, la Cour a affirmé dans la décision *Khapar* l'importance que l'injustice soit démontrée. À mon avis, l'arrêt *Ezokola* fournit une

The conclusion that the applicant committed crimes against humanity, which has very harmful consequences for him, and which was based on an analysis that does not meet the requirements of fundamental justice, is sufficient to establish injustice. Moreover, I find that the Supreme Court's decisions in *Penner* and *Ezokola* support changes in the law that put fairness before finality and feasibility when these principles come into conflict.

[69] Regarding the finality of decisions with respect to underlying policies, I believe that the goal of this principle is to preserve the integrity of our legal system. We do not want to have to bring defendants to justice twice on the same issue, but that is not the issue here. Similarly, it is desirable for the outcome of a dispute to be clear: this is clearly an important concern in the area of immigration and refugee protection law, where claimants have many ways of obtaining permanent residence and where there is a real possibility of abuse. This concern is implied in the respondent's arguments in the matter at bar, where the Court hears the application of someone who, with the passing of time, has been able to properly establish himself in Canada, when he could have returned to Tunisia 10 years ago.

[70] Normally, this would be an important argument with merit. However, in the matter at bar, the situation is anomalous. In fact, I expect to see few similar cases where *Ezokola* will affect previous decisions. Moreover, the fact that the applicant has exceeded the time limit for his right to stay in Canada is mitigated by the unfairness of the RPD's decision, without which he probably would have been able to become a permanent resident and remain in Canada.

[71] Third, the respondent suggests that the officer already noted that the applicant would not suffer any harm if he was removed to Tunisia. The only relevant harm under subsection 25(1.3) of the IRPA relates to "the hardships that affect the foreign national." A return to Tunisia on the ground of an inadmissibility finding

réponse complète à cette préoccupation. La conclusion que le demandeur a commis des crimes contre l'humanité, ce qui a des conséquences préjudiciables très importantes pour ce dernier, et qui a été fondée sur une analyse qui ne remplit pas les exigences de la justice fondamentale, est suffisante pour démontrer l'injustice. De plus, j'estime que les arrêts de la Cour suprême *Penner* et *Ezokola* soutiennent une évolution du droit qui favorise l'équité au-delà de la finalité ou la faisabilité, lorsque ces principes s'affrontent.

[69] En ce qui concerne le maintien du caractère définitif des décisions au niveau des politiques sous-jacentes, je pense que l'objectif de ce principe est de préserver l'intégrité de notre régime juridique. Nous ne voudrions pas que les défendeurs soient entraînés en justice une seconde fois sur la même question; mais ce n'est pas un problème ici. De même, il est désirable que la fin d'un litige soit claire, une préoccupation qui est certainement importante dans le domaine du droit de l'immigration et de la protection des réfugiés, où il y a une multitude de voies ouvertes aux demandeurs pour obtenir la résidence permanente, et où la possibilité d'abus est réelle. Une telle préoccupation est implicite dans les arguments du défendeur dans le présent contexte, où la Cour est saisie d'une demande d'un demandeur qui, par l'écoulement du temps, a pu bien s'établir au Canada, quand il aurait pu rentrer en Tunisie il y a une décennie.

[70] Normalement, un tel argument serait important et bien fondé. Cependant, en l'espèce nous sommes confrontés à une situation anormale. En effet, je m'attends à peu de cas similaires où l'arrêt *Ezokola* aura un impact sur des décisions antérieures. Par ailleurs, en ce qui concerne le fait que le demandeur a excédé la limite temporelle de son droit de rester au Canada, cela est mitigé par l'injustice de la décision de la SPR, sans laquelle il aurait probablement pu devenir résident permanent et rester au Canada.

[71] Troisièmement, le défendeur avance que l'agent a déjà constaté que le demandeur ne subirait pas de préjudice s'il est renvoyé en Tunisie. Le seul préjudice pertinent sous le paragraphe 25(1.3) de la LIPR est relatif aux « difficultés auxquelles l'étranger fait face ». Un retour en Tunisie sur la base d'une interdiction de

made on the basis of reasoning that is contrary to fundamental criminal and international law requirements would cause hardship that is “unusual” (not provided or addressed by the IRPA or the IRPR); “undeserved” (caused by circumstances beyond the applicant’s control); and “disproportionate” (having an unreasonable impact on the applicant because of his or her personal situation, preventing the applicant from being exempted from statutory obligations in order for his application for permanent residence to be processed in Canada) (see *Kanthisamy*).

[72] Lastly, regarding the potential injustice, I note that the applicant referred to the recent decision in *Joseph v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 1101 (*Joseph*), where Justice O’Reilly was faced with an application for *mandamus* following the RPD’s decision. In that case, the applicant had not filed for judicial review of the RPD’s decision. On the contrary, the applicant had requested a PRRA immediately. When the PRRA was delayed, the applicant applied for an order of *mandamus* to force the PRRA officer to proceed.

[73] Justice O’Reilly examined the evidence that was before the RPD when the officer decided that the applicant was inadmissible because she was “a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in” terrorism under paragraph 34(1)(f) of the IRPA. In light of these facts, Justice O’Reilly had the following to say at paragraphs 13 to 15 of the decision:

However, I must also note that, after the ID’s decision on her inadmissibility, the Supreme Court of Canada rendered its decision in *Ezokola v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40. There, the Court emphasized that individuals should not be held responsible for crimes committed by a particular group just because they are associated with that group, or acquiesced to its objectives (at para 68).

In my view, while *Ezokola* dealt with the issue of exclusion from refugee protection, the Court’s concern that individuals should not be found complicit in wrongful conduct based merely on their association with a group engaged in international crimes logically extends to the issue of inadmissibility.

territoire fondé sur un raisonnement qui est contraire aux exigences fondamentales du droit pénal et international causerait une difficulté : « inhabituelle » (non prévue ou adressée par la LIPR ou le RIPR); « injustifiée » (causée par des circonstances indépendantes de la volonté du demandeur); et « excessive » (ayant un impact déraisonnable sur le demandeur en raison de sa situation personnelle, l’empêchant d’être exempté des obligations législatives afin que sa demande de résidence permanente soit traitée au Canada) (voir *Kanthisamy*).

[72] Finalement, en ce qui concerne le risque d’injustice, je constate que le demandeur a référé à la décision récente *Joseph c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 1101 (*Joseph*) où le juge O’Reilly a été confronté par une demande de *mandamus* suite à une décision de la SPR. Dans ce cas, la demanderesse n’avait pas déposé de demande de contrôle judiciaire à l’encontre de la décision de la SPR. Au contraire, la demanderesse avait immédiatement demandé une évaluation des risques avant renvoi (ERAR). Lorsque l’ERAR a été retardée, la demanderesse a déposé une demande de *mandamus* afin d’obliger l’agent d’ERAR à procéder.

[73] Le juge O’Reilly a examiné la preuve qui était devant la SPR lorsque l’agent a décidé que la demanderesse était interdite de territoire parce qu’elle était « membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle est, a été, ou sera l’auteur d’un acte » de terrorisme en vertu de l’alinéa 34(1)f) de la LIPR. Face à ces faits, le juge O’Reilly a déclaré ce qui suit aux paragraphes 13 à 15 de la décision :

Cependant, je dois aussi souligner que, après la décision de la SI relativement à son interdiction de territoire de M^{me} Joseph, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision concernant *Ezokola c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40. Dans sa décision, la Cour a souligné qu’une personne n’est pas tenue responsable du crime commis par un groupe seulement parce qu’elle est associée à ce groupe ou qu’elle a acquiescé à son dessein (au paragraphe 68).

À mon avis, même si *Ezokola* porte sur le refus d’accorder l’asile, la préoccupation de la Cour voulant qu’une personne ne devrait pas être considérée comme complice de méfait du simple fait qu’elle est associée à un groupe qui commet des crimes internationaux, logiquement, s’applique à l’interdiction

At a minimum, to exclude a person from refugee protection there must be proof that the person knowingly or recklessly contributed in a significant way to the group's crimes or criminal purposes (at para 68). Similarly, it seems to me that to find a person inadmissible to Canada based on his or her association with a particular terrorist group, there must be evidence that the person had more than indirect contact with that group.

In light of *Ezokola*, it seems highly unlikely that Ms Joseph could now be found inadmissible to Canada based on membership in a terrorist group. *Ezokola* teaches us to be wary of extending rules of complicity too far. To my mind, that includes the definition of "membership" in a terrorist group. I doubt the ID, based on *Ezokola*, would now conclude that Ms Joseph was a "member" of the LTTE.

[74] There is no indication that issue estoppel was raised or considered in *Joseph* and, consequently, this decision cannot be cited in support of this principle. For the purposes of this case, *Joseph* is important inasmuch as it represents a proceeding where a respected judge of this Court expressed the opinion that decisions dealing with refugee protection claimants' inadmissibility that are not in line with and that predate *Ezokola* have little weight when inadmissibility is raised in a later refugee determination proceeding.

VII. Conclusion

[75] The circumstances of this case require a nuanced decision. It is impossible to disregard the power of section 15 of the IRPR, which results in the RPD's decision on the applicant's inadmissibility being final. The officer could not ignore this conclusion.

[76] However, the previous version of subsection 25(1) of the IRPA clearly created a legitimate and reasonable expectation that humanitarian and compassionate considerations might apply even in the face of inadmissibility. Consequently, it was necessary to weigh

de territoire. À tout le moins, pour refuser l'asile à une personne, il faut des preuves que cette personne a sciemment ou par insouciance contribué de façon importante aux crimes ou aux desseins criminels (au paragraphe 68). De la même façon, il me semble que pour prononcer l'interdiction de territoire au Canada d'une personne à cause de son association avec un groupe terroriste donné, il faut des preuves que cette personne a eu davantage que des contacts indirects avec le groupe en question.

À la lumière d'*Ezokola*, il semble très improbable que M^{me} Joseph serait maintenant considérée comme interdite de territoire au Canada à cause de son appartenance à un groupe terroriste. *Ezokola* nous incite à éviter de pousser trop loin les règles relatives à la complicité. À mon avis, cela comprend la définition d'« appartenance » à un groupe terroriste. Je doute que la SI, selon *Ezokola*, conclurait maintenant que M^{me} Joseph était « membre » des TLET.

[74] Il n'y a aucune indication que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été soulevée ou considérée dans la décision *Joseph* et donc, cette décision ne peut être citée en appui à ce principe. Pour les fins de ce litige, la décision *Joseph* est importante dans la mesure où elle constitue une instance où un juge respecté de cette Cour a exprimé l'avis voulant que les décisions portant sur l'interdiction de territoire d'un demandeur d'asile qui ne vont pas dans le même sens que l'arrêt *Ezokola* et qui y sont antérieures, ont un poids mitigé lorsque la question de l'interdiction de territoire est soulevée dans un processus ultérieur sur la détermination du statut de réfugié.

VII. Conclusion

[75] Les circonstances de cette affaire exigent une décision nuancée. Il n'est pas possible d'écarter la force de l'article 15 du RIPR, qui fait que la décision de la SPR quant à l'interdiction de territoire du demandeur a force de chose jugée. L'agent ne pouvait pas ignorer cette conclusion.

[76] Toutefois, la version antérieure du paragraphe 25(1) de la LIPR créait clairement une attente légitime et raisonnable que les motifs humanitaires s'appliqueraient même face à une interdiction de territoire. Par conséquent, il fallait soupeser les implications

the implications of inadmissibility against the other relevant factors, namely, the humanitarian and compassionate considerations.

[77] I share Justice O'Reilly's opinion that the applicant would no longer be found inadmissible according to the reasoning in *Ezokola*. I also note that the officer formulated his decision in such a manner that, if the applicant had not been found inadmissible, his application would probably have been granted.

[78] The decision in *Penner* implies that, when issue estoppel applies, the Court, in the interests of justice, reserves some discretion in interpreting a current statutory provision. The Court may therefore set aside a tribunal's decision on the grounds of humanitarian and compassionate considerations in order to allow a reassessment of the applicant's situation in light of current legal tenets of fairness and justice that were unknown at the time the tribunal made its decision.

[79] I am satisfied that if *Ezokola* had been before the officer, the officer would not have been able to state [TRANSLATION] "that [Mr. Hamida's] inadmissibility is serious and reflects Canada's international commitments" and describe it as a decisive factor in his decision. He would have recognized that the principles underlying the RPD's decision violated Canada's actual international commitments towards refugee protection claimants.

[80] For this reason, I allow the application. I refer the matter back to the same officer who rejected the applicant's H&C application. I see no reason why he cannot reassess the applicant's application given that he has already fully reviewed the file. However, I refer it back to the officer with the direction that he must exercise his discretion in consideration of *Ezokola* when assessing the humanitarian and compassionate considerations.

VIII. Certified question

[81] The parties submitted that no question should be certified given that no issues of broad significance or general application are raised. I agree.

d'une interdiction de territoire contre les autres éléments pertinents, soit les considérations d'ordre humanitaire.

[77] Je partage l'avis du juge O'Reilly que le demandeur ne serait plus sujet à une interdiction de territoire selon le raisonnement de l'arrêt *Ezokola*. Je constate aussi que l'agent a formulé sa décision telle que, sans l'interdiction de territoire du demandeur, sa demande aurait probablement été accordée.

[78] L'arrêt *Penner* implique que, lors de l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, la Cour maintient un pouvoir discrétionnaire dans l'interprétation d'une disposition législative actuelle, et ce, dans l'intérêt de la justice. La Cour peut donc infirmer la décision d'un tribunal sur la base des motifs humanitaires, afin de permettre une évaluation de la situation d'un demandeur en lumière des préceptes juridiques actuels de l'équité et de la justice qui étaient inconnus au moment où le tribunal a pris sa décision.

[79] À cet égard, je suis convaincu que si l'arrêt *Ezokola* avait été devant l'agent, celui-ci n'aurait pas pu déclarer « que l'interdiction de territoire de [M. Hamida] est de nature sérieuse qui implique les engagements du Canada à l'échelle internationale » comme facteur déterminant dans sa décision. Il aurait reconnu que les principes sous-jacents de la décision de la SPR violaient les véritables engagements internationaux du Canada envers les demandeurs d'asile.

[80] Pour cette raison, j'accueille la demande. Je renvoie le dossier devant le même agent qui a rejeté la demande CH du demandeur. Je ne trouve aucune raison qu'il ne puisse réévaluer la demande du demandeur vu qu'il a déjà étudié le dossier à fond. Cependant, je le renvoie avec la directive que l'agent doit exercer son pouvoir discrétionnaire en tenant compte de l'arrêt *Ezokola* dans son évaluation des considérations d'ordre humanitaire.

VIII. Question certifiée

[81] Les parties ont soumis qu'aucune question ne devrait être certifiée vu qu'il n'y a pas de questions ayant des conséquences importantes ou de portée générale. Je suis d'accord.

[82] In light of Bill C-43, applications for permanent residence for humanitarian and compassionate considerations may no longer be submitted by claimants who were previously found inadmissible under sections 34 to 36 of the IRPA. However, Bill C-43 allows the continued processing of applications made under the previous legislation in the case of applications on which no decision had been made when the amendments to subsection 25(1) came into effect. This type of application will therefore be of very limited significance in the future.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. The application is allowed;
2. The matter is referred back to the same officer who heard the H&C application originally with the direction that he must exercise his discretion in consideration of *Ezokola* when assessing the humanitarian and compassionate considerations; and
3. There is no question to be certified.

[82] Il faut constater qu'à la lumière du projet de loi C-43, les demandes de résidence permanente pour considérations d'ordre humanitaire ne peuvent plus être déposées par des demandeurs qui ont été auparavant déclarés interdit de territoire en vertu des articles 34 à 36 de la LIPR. Cependant, le projet de loi C-43 permet la poursuite du traitement des demandes de résidence permanente en vertu de la législation précédente dans le cas d'une demande pour laquelle aucune décision n'a été prise lors de l'entrée en vigueur des modifications au paragraphe 25(1). Ce type de demande aura donc une incidence très limitée à l'avenir.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La demande est accueillie;
2. La matière est retournée devant le même agent qui a entendu la demande CH en première instance avec la directive qu'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire en tenant compte de l'arrêt *Ezokola* dans son évaluation des considérations d'ordre humanitaire; et
3. Il n'y a aucune question certifiée.