



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2004, Vol. 3, Part 1

2004, Vol. 3, 1^{er} fascicule

Cited as [2004] 3 F.C.R., 3-239

Renvoi [2004] 3 R.C.F., 3-239

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers

A. DAVID MORROW, Smart & Biggar

SUZANNE THIBAUDEAU, Q.C./c.r., Heenan Blaikie

LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

LEGAL STAFF

Senior Legal Editor

GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.

Legal Editors

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc., LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager

LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Publications Specialist

DIANE DESFORGES

Production Coordinator

LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant

PIERRE LANDRIAULT

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, DAVID GOURDEAU, LL.B., Commissioner.

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2004.

The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone area code (613) 992-2899.

ARRÊTISTES

Arrêtiste principal

GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.

Arrêtistes

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

FRANÇOIS BOIVIN, B.Sc.Soc., LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications

DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production

LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition

PIERRE LANDRIAULT

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiste en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour la publication par le Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, dont le commissaire est DAVID GOURDEAU, LL.B.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2004.

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne: abstrats et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à: L'arrêtiste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, téléphone (613) 992-2899.

Inquiries concerning the contents of the Federal Courts Reports should be directed to the Editor at the above mentioned address and telephone number.

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone area code (613) 956-4800 or 1-800-635-7943.

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Laura Vanier, Production Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

All judgments and digests published in the Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja.gc.ca>

CONTENTS

Digests	D-1
Appeals Noted	I
Best Canadian Motor Inns Ltd. v. Best Western International, Inc. (F.C.)	114

Trade-Marks—Registration—Appeal from decision of Registrar of Trade-marks (through T.M.O.B. member) denying registration of mark “Best Canadian Motor Inns & Design” opposed by Best Western International, Inc.—Whether mark not registrable as clearly descriptive or deceptively misdescriptive of applicant’s services—Basis for denial: Act, s. 12(1)(b)—Mark would be sounded by reference to dominant words forming mark—New evidence adduced by both sides—Design consultant’s opinion: applicant’s logo clever, creative, having powerful visual impact—Design features not to be ignored in understanding impression created by logo—Appeal dismissed—T.M.O.B. did not ignore mark’s design features—Considered mark as whole, as matter of immediate impression—Approach not inconsistent with Act—Reasonableness *simpliciter* appropriate review standard—New evidence insufficient to discharge legal burden on applicant, respondent having met descriptiveness evidentiary burden—Case law, Law Society of Upper Canada (LSUC) paper on Design Marks and Word Marks, considered—Paper ignored statutory construction principles—Variation from ordinary meaning of words in s. 12(1)(b) not necessary to

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l’arrêtiiste en chef à l’adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.

Les avis de changement d’adresse (avec indication de l’adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l’abonnement au Recueil, doivent être adressés à: Les Éditions et Services de dépôt, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone (613) 956-4800 ou 1-800-635-7943.

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d’adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d’adresse à: Laura Vanier, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3.

Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des décisions des Cours fédérales peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant: <http://www.cmf.gc.ca>

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-1
Appels notés	I
Best Canadian Motor Inns Ltd. c. Best Western International, Inc. (C.F.)	114

Marques de commerce—Enregistrement—Appel d’une décision par laquelle le registraire des marques de commerce a, par l’entremise d’un commissaire de la C.O.M.C., refusé l’enregistrement de la marque «Best Canadian Motor Inns & Design», auquel s’est opposée Best Western International, Inc.—Il s’agit de savoir si la marque est non enregistrable parce qu’elle donne une description claire ou une description fausse et trompeuse des services de la demanderesse—La demande a été repoussée sur le fondement de l’art. 12(1)(b)—La marque serait prononcée sur la base des mots prédominants qui la forment—Les deux parties ont présenté une nouvelle preuve—Selon un consultant en design, le logo de la demanderesse est habile et créatif et a un puissant effet visuel—Il ne faut pas faire abstraction des caractéristiques graphiques pour comprendre l’effet créé par le logo—Appel rejeté—La C.O.M.C. n’a pas fait abstraction des caractéristiques graphiques de la marque—Elle a examiné la marque comme un tout et sur le plan de la première impression—Cette façon de faire n’est pas incompatible avec la Loi—La norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*—La nouvelle preuve ne

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

achieve intention of Parliament—LSUC paper raises policy matter for determination by Parliament, not Court.

Construction of Statutes—Trade-Marks Act, s. 12(1)(b)—Trade-mark registrable if not, whether depicted, written or sounded, either clearly descriptive or deceptively misdescriptive in English or French of character, quality of wares, services—Difficulty posed by concept “or sounded” as to design marks—“*Grill Gear*” decision, Law Society of Upper Canada (LSUC) paper referred to by counsel ignore generally applicable statutory interpretation principles—Statutory interpretation not dependent on wording of legislation alone—Words must be read in entire context, in line with scheme of Act, intention of Parliament—Nothing to suggest variation from grammatical, ordinary sense of words of s. 12(1)(b) needed to achieve intention of Parliament—Open to Parliament to have provided exception to s. 12(1)(b) re: design marks including words as dominant feature—LSUC paper raises policy issue, matter for consideration by Parliament, not Court.

Canada (Registrar, Indian Register) v. Sinclair (C.A.) 236

Federal Court Jurisdiction—Trial Division—Questions referred to Trial Division—Facts highly disputed—Trial Division lacking jurisdiction to hear matter—Federal Court Act, s. 18.3(1) jurisdiction not extending to questions involving disputed facts—Court of Appeal therefore unable to hear matter—Appeals, cross-appeal, decisions of Trial Division, reference quashed.

Charkaoui (Re) (F.C.) 32

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Permanent Residents—Application contesting

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

permet pas à la demanderesse de s’acquitter de sa charge de persuasion, la défenderesse s’étant acquittée de la charge de présentation qui lui incombait—Examen de la jurisprudence et d’un document du Barreau du Haut-Canada sur les dessins-marques et les marques nominales—Le document n’a pas tenu compte des principes d’interprétation législative—Il n’est pas nécessaire de s’écarter du sens ordinaire des mots utilisés à l’art. 12(1)(b) pour s’harmoniser avec l’intention du législateur—Le document du Barreau du Haut-Canada soulève une question de principe qui doit être tranchée par le législateur et non par la Cour.

Interprétation des lois—Loi sur les marques de commerce, art. 12(1)(b)—Une marque de commerce est enregistrable sauf si, qu’elle soit sous forme graphique, écrite ou sonore, elle donne une description claire ou une description fausse et trompeuse, en français ou en anglais, de la nature ou de la qualité des marchandises ou des services—L’expression «ou sonore» pose une difficulté lorsqu’on l’applique aux marques de commerce—La décision «*Grill Gear*» et le document du Barreau du Haut-Canada auxquels renvoie l’avocat n’ont pas, de façon générale, tenu compte des principes d’interprétation législative applicables—L’interprétation législative ne peut être fondée sur le seul libellé du texte de loi—Il faut interpréter les termes dans leur contexte global conformément à l’économie de la loi et à l’intention du législateur—Rien n’indique qu’il faille s’écarter du sens ordinaire et grammatical des mots utilisés à l’art. 12(1)(b) pour s’harmoniser avec l’intention du législateur—Il était loisible au législateur de prévoir une exception à l’art. 12(1)(b) à l’égard des dessins-marques comprenant des mots qui constituent une caractéristique dominante—Le document du Barreau du Haut-Canada soulève une question de principe qui doit être examinée par le législateur et non par la Cour.

Canada (Registraire, Registre des Indiens) c. Sinclair (C.A.) 236

Compétence de la Cour fédérale—Section de première instance—Questions soumises à la Section de première instance—Faits très contestés—La Section de première instance n’avait pas compétence pour instruire l’affaire—La compétence conférée par l’art. 18.3(1) de la Loi sur la Cour fédérale ne s’étend pas aux questions qui font intervenir des faits contestés—La Cour d’appel n’était donc pas en mesure d’instruire l’affaire—Les appels, l’appel incident, les ordonnances de la Section de première instance et le renvoi ont été annulés.

Charkaoui (Re) (C.F.) 32

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de résidents permanents—Demande visant à contester la validité

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

validity of Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), ss. 33, 77 to 85 establishing procedure for determining whether permanent resident danger to national security, safety of any person—Applicant found by Minister of Citizenship and Immigration, Solicitor General to be engaged in terrorism as member of Usama bin Laden network—Ordered detained—Designated judge responsible for determining whether certificate reasonable, detention should be continued, having jurisdiction to decide constitutional questions B Procedure strikes fair balance between right of State to protect national security, right of permanent resident to be adequately informed of allegations against him to be able to defend self—In light of interests at stake, procedure under Act consistent with principles of fundamental justice protected by Charter, s. 7.

Federal Court Jurisdiction—Whether judge designated under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) has jurisdiction to decide constitutional questions—In addition to full jurisdiction of Federal Court judge, designated judges having jurisdiction specifically granted to them under IRPA, ss. 76 et seq.—To be court of competent jurisdiction, court must have jurisdiction over person concerned, subject-matter, power to order remedy sought—IRPA giving designated judge full jurisdiction over person concerned, subject-matter—Rule of construction in IRPA, s. 3(3)(d) equivalent to express grant of power to order remedy—Judge hearing case must consider “all matters” under IRPA, s. 78(c)—IRPA, ss. 3(3), 78(c) expressly conferring on designated judges power to decide constitutional questions.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Whether IRPA, ss. 33, 76 to 85 violate principles of fundamental justice referred to in Charter, s. 7—Principles must be assessed in light of legislative context, purposes of impugned legislation, rights of parties—Designated judge assuming independent, objective role that takes into account opposing interests of state, person concerned—Having access to all information on which Ministers’ decisions based—Procedure established by IRPA, ss. 76 to 85 takes existence of opposing interests into consideration, complies with principles of fundamental justice referred to in Charter, s. 7.

Judges and Courts—Role of designated judge under IRPA, ss. 36, 76 to 85—Designated judge validating Ministers’

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

des art. 33 et 77 à 85 de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (LIPR) qui établissent une procédure permettant de déterminer si un résident permanent est un danger pour la sécurité nationale et pour celle d’autrui—Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration et le solliciteur général avaient conclu que le demandeur se livrait au terrorisme à titre de membre du réseau d’Oussama Ben Laden—Ils ont ordonné sa détention—Le juge désigné est chargé de décider si le certificat est raisonnable et si la détention doit être maintenue et il a compétence pour trancher des questions constitutionnelles—La procédure établit un juste équilibre entre le droit de l’État de protéger la sécurité nationale et le droit du résident permanent d’être informé suffisamment de ce qu’on lui reproche pour pouvoir se défendre—Compte tenu des intérêts en jeu, la procédure prévue par la Loi respecte les principes de justice fondamentale protégés par l’art. 7 de la Charte.

Compétence de la Cour fédérale—Il s’agit de savoir si le juge désigné en vertu de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (LIPR) a compétence pour trancher des questions constitutionnelles—En plus de posséder la compétence d’un juge de la Cour fédérale, le juge désigné possède une compétence qui lui est spécifiquement accordée par l’art. 76 et suivants de la LIPR—Pour être compétent, un tribunal doit avoir compétence sur l’intéressé et sur l’objet du litige et posséder le pouvoir d’accorder la réparation demandée—La LIPR confère au juge désigné pleine compétence sur l’intéressé et sur l’objet du litige—La règle d’interprétation figurant à l’art. 3(3) de la LIPR équivaut à conférer un pouvoir exprès d’accorder une réparation—Le juge qui entend l’affaire doit considérer «toutes les questions» (*all matters*) sous le régime de l’art. 78c) de la LIPR—Les art. 3(3) et 78c) de la LIPR confèrent expressément au juge désigné le pouvoir de trancher des questions constitutionnelles.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Il s’agit de savoir si les art. 33 et 76 à 85 de la LIPR portent atteinte aux principes de justice fondamentale auxquels il est fait référence à l’art. 7 de la Charte—Les principes doivent être évalués à la lumière du contexte législatif, des objectifs de la loi contestée et des droits reconnus aux parties—Le juge désigné assume un rôle indépendant et objectif qui tient compte des intérêts opposés de l’État et de la personne concernée—Il a accès à tous les renseignements sur lesquels les décisions des ministres sont fondées—La procédure prévue aux art. 76 à 85 de la LIPR prend en considération l’existence des intérêts opposés et respecte les principes de justice fondamentale auxquels il est fait référence à l’art. 7 de la Charte.

Juges et tribunaux—Rôle du juge désigné sous le régime des art. 36 et 76 à 85 de la LIPR—Le juge désigné valide les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

decisions as to certificate of inadmissibility, detention—By conferring review responsibility on designated judge, Parliament expressly recognizing independence of judiciary—Role assigned to designated judge not creating “reasonable apprehension of bias, not compromising independence, impartiality of judiciary—Protection of national security warranting use of standards other than preponderance of evidence—“Reasonableness” of certificate, “reasonable grounds to believe” appropriate standards of proof given importance of interests at stake—IRPA, ss. 80(3), 81 preventing appeal, judicial review of decision of designated judge with respect to certificate—Not contravening Constitution Act 1867, s. 96.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Applicant alleging unequal treatment contrary to Charter, s. 15, Canadian Bill of Rights, s. 1(b)—Distinction between procedure leading to finding of inadmissibility by reason of danger to national security, safety of any person and procedure leading to finding of inadmissibility for other reasons—Comparison group permanent residents threatened with inadmissibility based on protected and those threatened with inadmissibility based on unprotected information—Two procedures not giving rise to unequal treatment—Furthermore unclear which enumerated grounds in s. 15 invoked—IRPA, ss. 77, 80, 81, 82, 83, 85 not contravening rights guaranteed by Charter, s. 15, Canadian Bill of Rights, s. 1(b).

Construction of Statutes—Rule of construction enacted in IRPA, s. 3(3)(d) express grant of power to order remedy—Ordinary reading of IRPA, s. 78(c) in light of modern approach to statutory interpretation leading to broad interpretation of provision—Judge hearing case must consider “all matters” relevant to case—Ss. 3(3), 78(c) expressly conferring on designated judge power to decide constitutional questions—Parliament’s implied intent including as unspoken assumption power to grant remedy sought.

International Law—International Covenant on Civil and Political Rights, Arts. 12(3), 13 endorsing paramountcy of national security—Allusion to *in camera* proceedings in Art. 14 not reflecting concern for protection of national security included in Arts. 12, 13—Concern must therefore be implied by wording of Art. 14—Immigration and Refugee Protection Act, ss. 33, 77, 80, 81, 82, 83, 85 not contravening principles

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

décisions ministérielles concernant le certificat d’interdiction de territoire et la détention—En attribuant un pouvoir de contrôle au juge désigné, le législateur reconnaît expressément l’indépendance du pouvoir judiciaire—Le rôle attribué au juge désigné ne suscite pas une crainte raisonnable de partialité et ne compromet pas l’indépendance et l’impartialité du judiciaire—La protection de la sécurité nationale justifie le recours à des normes autres que la prépondérance de la preuve—Les normes du «caractère raisonnable» du certificat et des «motifs raisonnables de croire» sont justifiées compte tenu de l’importance des intérêts en jeu—Les art. 80(3) et 81 de la LIPR prévoient que la décision du juge désigné à l’égard du certificat est sans appel et ne peut faire l’objet de contrôle judiciaire—Ils ne portent pas atteinte à l’art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l’égalité—Le demandeur alléguait un traitement inégal en violation de l’art. 15 de la Charte et de l’art. 1b) de la Déclaration canadienne des droits—Distinction entre la procédure menant à une interdiction de territoire en raison d’un danger pour la sécurité nationale et pour celle d’autrui et la procédure menant à une interdiction de territoire pour d’autres raisons—Le groupe de comparaison est celui des résidents permanents menacés d’interdiction de territoire pour des motifs fondés sur des renseignements protégés et celui des résidents permanents menacés d’interdiction de territoire pour des motifs fondés sur des renseignements non protégés—Ces deux procédures ne donnent pas lieu à un traitement inégal—De plus, on n’a pas indiqué lequel des motifs énumérés à l’art. 15 était invoqué—Les art. 77, 80, 81, 82, 83 et 85 de la L.I.P.R. ne portent pas atteinte aux droits garantis par l’art. 15 de la Charte et par l’art. 1b) de la Déclaration canadienne des droits.

Interprétation des lois—La règle d’interprétation énoncée à l’art. 3(3)d) de la LIPR confère le pouvoir exprès d’accorder une réparation—Une lecture ordinaire de l’art. 78c) de la LIPR à la lumière de la méthode moderne d’interprétation des lois mène à une interprétation large de la disposition—Le juge qui entend l’affaire doit considérer «toutes les questions» (*all matters*) pertinentes au litige—Les art. 3(3) et 78c) attribuent expressément au juge désigné le pouvoir de trancher des questions constitutionnelles—L’intention implicite du législateur sous-entend le pouvoir d’accorder la réparation demandée.

Droit international—Les art. 12(3) et 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques consacrent la primauté de la sécurité nationale—La mention du huis clos à l’art. 14 ne reflète pas la préoccupation de la protection de la sécurité nationale incluse aux art. 12 et 13—Cette préoccupation doit donc être sous-entendue dans le libellé de l’art. 14—Les art. 33, 77, 80, 81, 82, 83 et 85 de la Loi sur l’immigration et la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

recognized in Covenant, Arts. 12 to 14.

Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 195

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees—Appeal from F.C.T.D. decision on judicial review of visa officer's denial of Convention refugees seeking resettlement (CRSR) applications—Officer refused to permit counsel to attend interviews due to Minister's operations memo—Applicants fled Cambodia in 1975 but since then living in Vietnam—Officer determined no longer fearing persecution in Cambodia, locally integrated in Vietnam, having durable solution—Not meeting CRSR definition—Judge held durable solution finding not unreasonable—Agreed with M.C.I. no right to counsel at interviews as would introduce adversarial quality, increase delays, costs—Officer's discretion not fettered by general policy—Questions certified—Appeal allowed—Counsel wishing only to observe interviews for purposes of making written submissions—Standard of review—Pragmatic, functional approach not applicable to procedural fairness—On factors in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, counsel should have been permitted to attend—Nature of officer's discretion considered—Legal issues arose at interview, which was not just fact-finding exercise—Why important lawyer present—Interview at issue not preliminary step in decision-making process—If rejected, could re-apply but would be subjected to higher scrutiny level—Interviews must meet duty of fairness—Significance of officer's decision to appellants—Court's statement in *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* applicants not permitted to be accompanied by counsel, *obiter* and case distinguished—Observer status for counsel not justifying Minister's efficiency concerns—Memorandum fettered officer's discretion—Thrust of policy mandatory—Not guideline as gave no guidance for exercise of discretion—As case to be redetermined, Court not commenting on whether appellants have durable solution nor, in factual vacuum, on rights CRSRs must generally possess for durable solution—But, on facts of case, duty of fairness dictated appellants be allowed counsel at interviews.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

protection des réfugiés ne portent pas atteinte aux principes reconnus aux art. 12 à 14 du Pacte.

Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.F.) 195

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention—Appel d'une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale de rejeter une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent des visas rejetant une demande de résidence permanente au Canada à titre de réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller (RSCCR)—L'agent des visas a refusé d'autoriser l'avocat à assister aux entrevues, et ce, en conformité avec la note du ministre sur les opérations—Les appelantes ont quitté le Cambodge en 1975 et vivent au Vietnam depuis lors—L'agent des visas a conclu que les appelantes n'avaient plus de crainte d'être persécutées au Cambodge, qu'elles avaient une solution durable en dehors du Canada du fait qu'elles étaient intégrées au niveau local au Vietnam—Elles ne rencontrent pas la définition de RSCCR—La juge a décidé que la conclusion de solution durable n'était pas déraisonnable—Elle est d'accord avec le M.C.I. pour affirmer que le fait de permettre aux avocats d'assister aux entrevues introduirait dans le processus un élément contradictoire, sans compter les retards et l'augmentation des coûts—La politique générale n'entrave pas le pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas—Questions certifiées—Appel accueilli—L'avocat a déclaré qu'il désirait assister à l'entrevue à titre d'observateur afin d'être capable de présenter des prétentions écrites—Norme de contrôle—L'analyse pragmatique et fonctionnelle ne s'applique pas à l'équité procédurale—Compte tenu des facteurs précisés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, l'avocat aurait dû être autorisé à assister aux entrevues—Examen de la nature du pouvoir discrétionnaire de l'agent—Questions de nature juridique posées lors de l'entrevue, laquelle ne constituait pas uniquement un exercice de recherche des faits—Importance de la présence de l'avocat—L'entrevue en litige n'était pas une étape préliminaire du processus décisionnel—Les appelantes peuvent toujours présenter une nouvelle demande de visa après avoir essuyé un refus initial, leur demande ultérieure fera probablement l'objet d'un examen plus minutieux—L'entrevue doit respecter l'obligation d'équité—Importance de la décision de l'agent pour les appelantes—La déclaration de la Cour dans l'arrêt *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* que, aux entrevues des bureaux des visas, le requérant n'est pas en principe autorisé à se présenter avec un avocat n'est qu'un *obiter*—Distinction faite avec la présente affaire—Le statut d'observateur de l'avocat ne justifie pas les préoccupations d'efficacité du ministre—La politique énoncée dans la note de service a constitué une entrave au pouvoir discrétionnaire de l'agent des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Appeal from rejection by Motions Judge of application for judicial review of visa officer's denial of application for permanent residence by Convention refugees seeking resettlement—Whether duty of fairness breached by refusal to allow counsel to observe interviews—Whether officer's discretion fettered by Minister's operations memorandum that attendance at interviews limited to individual applicants—Judge held no right to counsel at interviews—Lawyers' presence introducing adversarial quality, causing delays, increasing costs—Discretion not fettered by general policy—Appeal allowed—Content of duty of fairness depends on facts—Pragmatic, functional approach as to review standard inapplicable re: procedural fairness—Officer's duty not involving "considerable exercise of discretion"—Decision having significant legal element—Interview not restricted to fact-finding—Interview not preliminary step in decision-making process—Judicial review not equated to appeal right—Whenever officer considers interview necessary, duty of fairness must be met—No legitimate expectation counsel permitted to attend—While Court not to encumber efficient administration by demanding procedural formality, mere observation by counsel not justifying Minister's efficiency concerns—Appropriate role of counsel at interviews will depend on particular circumstances—Policy set out in memo invalid as fettered officer's discretion—Not mere guideline as offered no guidance on exercise of discretion—Policy may be mandatory though stated to be for guidance only—Policy memo wrong in law in stating duty of fairness never requires counsel at interviews.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

visas—La terminologie de la politique doit être examinée dans son ensemble afin de déterminer si celle-ci est obligatoire—La politique n'est pas une ligne directrice, car elle n'offre aucune aide quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire—Étant donné que cette affaire est renvoyée pour nouvel examen, la Cour croit qu'il y a lieu de ne faire aucun commentaire quant à la question de savoir si les appelantes ont une solution durable—Elle ne doit pas non plus tenter d'établir, en l'absence de faits, quels sont les droits et obligations juridiques que les RSCCR doivent généralement avoir afin de posséder une solution durable—L'obligation d'équité, dans les circonstances particulières de l'espèce, accordait le droit aux appelantes d'être accompagnées par leur avocat à leurs entrevues.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—Appel de la décision d'un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale de rejeter une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent des visas rejetant une demande de résidence permanente faite par des réfugiés au sens de la Convention cherchant à se réinstaller—Y a-t-il manquement au devoir d'équité lorsqu'on refuse d'autoriser un avocat à assister à l'entrevue?—La note de service sur les opérations du ministre mentionne que seuls les demandeurs peuvent être présents à l'entrevue—La juge a décidé que le droit à la présence d'un avocat aux entrevues est inexistant—La présence des avocats introduirait dans le processus un élément contradictoire, sans compter les retards et l'augmentation des coûts—La politique générale n'entrave pas le pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas—Appel accueilli—Le contenu de l'obligation d'équité est variable selon les faits en cause—L'analyse pragmatique et fonctionnelle servant à déterminer la norme de contrôle ne s'applique pas à l'équité procédurale—Le devoir de l'agent ne comporte pas un «pouvoir d'appréciation considérable»—La décision comporte un contenu juridique important—L'entrevue ne constitue pas uniquement un exercice de recherche des faits—L'entrevue n'est pas une étape préliminaire du processus décisionnel—Un contrôle judiciaire n'est pas l'équivalent d'un droit d'appel—Une fois que les agents des visas ont décidé de tenir une entrevue, celle-ci doit respecter l'obligation d'équité—Les appelantes n'avaient aucune attente légitime que leur avocat serait autorisé à assister aux entrevues—Étant donné le rôle limité que les appelantes demandent que leur avocat soit autorisé à jouer lors de l'entrevue, la Cour ne croit pas qu'elle impose un niveau de formalité procédurale qui risque de nuire indûment à une bonne administration et ne croit pas non plus que les préoccupations d'efficacité du ministre soient justifiées—Le rôle approprié de l'avocat lors des entrevues dépend des circonstances particulières—La politique que l'on trouve dans la note de service sur les opérations est invalide parce qu'elle entrave le pouvoir discrétionnaire des agents des visas—La politique n'est pas une ligne directrice, car elle n'offre aucune

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

MacNeil Estate v. Canada (Department of Indian and Northern Affairs) (F.C.A.) 3

Practice—Judgments and Orders—Summary Judgment—Whether Motions Judge erred in granting summary judgment dismissing negligence claim against Crown as barred by limitation period—Department issuing unrestricted possession certificate to one having life interest under Indian’s will—Question as to date plaintiff first learned residuary interest expunged—Nature of onus on responding party on summary judgment motion—Discretion of Motions Judge under Federal Court Rules, 1998, r. 216(3)—Judge ignored affidavit evidence as to state of plaintiff’s knowledge—This evidence raised genuine issue for trial—Where credibility issue, case not to be decided by summary judgment—Summary judgment not granted based on drawing inferences—Appropriate to apply provincial practice rules—Decision of Judge revealing confusion existing as to meaning of r. 216, Court’s role on summary judgment motion—Problems caused by r. 216—While summary judgment useful for getting rid of sham claims, defences, not intended to deprive litigant with genuine issue of right to trial—Useful to shorten trials by resolution of subsidiary issues.

Practice—Limitation of Actions—Negligence claim against Crown dismissed by Motions Judge as out of time under Ontario’s Limitations Act—Crown granting one having life interest under Indian’s will unrestricted possession certificate—Judge finding person having residuary interest knew or ought to have known about certificate 20 years before action commenced—Statutory limitation period six years—Question whether plaintiff had been made aware interest adversely affected by certificate—Question as to when cause of action arose—“Discoverability principle”—Judge failed to analyse arguments as to applicable provision of Limitations Act—Failed to consider whether raised genuine issue for trial.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

aide aux agents des visas quant à la manière d’exercer leur pouvoir discrétionnaire—La politique peut être obligatoire bien qu’elle soit censée n’être qu’une ligne directrice—La politique que l’on trouve dans la note de service sur les opérations, qui précise que l’obligation d’équité n’exige pas que les avocats soient autorisés à assister aux entrevues, est invalide en droit.

Succession MacNeil c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (C.A.F.) 3

Pratique—Jugements et ordonnances—Jugement sommaire—Question de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en accordant un jugement sommaire rejetant une demande fondée sur la négligence présentée contre la Couronne pour le motif qu’elle était prescrite—Le Ministère avait délivré un certificat absolu de possession à une personne qui détenait un intérêt viager en vertu du testament d’un Indien—Question de savoir à quelle date la demanderesse avait d’abord appris que l’intérêt résiduel avait été radié—La charge de la preuve qui incombe à la partie qui répond dans une requête en jugement sommaire—Pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes en vertu de la règle 216(3) des Règles de la Cour fédérale (1998)—Le juge n’a pas tenu compte d’une preuve par affidavit relative à la connaissance de la demanderesse—Cette preuve soulevait une véritable question litigieuse—Lorsqu’il se pose une question de crédibilité, l’affaire ne doit pas être tranchée au moyen d’un jugement sommaire—Un jugement sommaire n’est pas accordé sur le fondement de déductions—Il convient d’appliquer les règles de pratique provinciales—La décision du juge révélait qu’il régnait de la confusion au sujet du sens de la règle 216 et du rôle de la Cour dans le cadre d’une requête en jugement sommaire—Problèmes posés par la règle 216—Les jugements sommaires sont utiles pour éliminer les demandes et les défenses fictives, mais ils ne visent pas à priver un plaideur qui a une véritable question litigieuse de son droit à une instruction—Ils sont utiles pour abréger la durée de l’instruction en réglant les questions accessoires.

Pratique—Prescription—Demande fondée sur la négligence présentée contre la Couronne rejetée par le juge des requêtes pour le motif qu’elle était prescrite en vertu de la Loi sur la prescription des actions de l’Ontario—La Couronne avait accordé à une personne qui détenait un intérêt viager en vertu du testament d’un Indien un certificat absolu de possession—Le juge avait conclu que la personne qui détenait l’intérêt résiduel était au courant ou aurait dû être au courant de la délivrance du certificat 20 ans avant l’introduction de l’action—Le délai de prescription prévu par la loi était de six ans—Question de savoir si la demanderesse avait été informée que la délivrance du certificat avait une incidence sur son intérêt—Question de savoir à quel moment la cause d’action avait pris naissance—«Principe de la possibilité de découverte»—Le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Native Peoples—Lands—Motions Judge erred in dismissing negligence claim against Crown on summary judgment as out of time—Six Nations Reserve member's will gave person life interest if not returning to husband—Indian Affairs Branch gave person unconditional certificate of possession thereby eliminating rights of person having residuary interest—Question whether latter ever advised by Crown interest affected by grant of certificate—Credibility issue not to be determined on summary judgment motion—Crown relying upon Ontario's Limitations Act, Indian Act, s. 47 (whereby possession certificate can be challenged only within two months)—Not necessary for F.C.A. to deal with s. 47 issue.

Romans v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 139

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Permanent Residents—Judicial review of IRB Appeal Division decision denying reopened appeal of deportation order, refusing stay—Applicant came to Canada from Jamaica in 1967 at 18 months—Parents became citizens but, due to ignorance, did not apply on applicant's behalf so still permanent resident—Schizophrenic since teenager—Has 36 criminal convictions—Deportation ordered after s. 27 inquiry under former Act—Appeal Division denied appeal, unable under existing case law to consider Jamaican country conditions—Tribunal concluded applicant incapable of noticing circumstances worse if sent back—Judicial review application denied as fundamental justice not breached—Question certified but F.C.A. affirmed decision, S.C.C. denied leave—Application to reopen on basis applicant treatable with new medication, new evidence Jamaican mental patients subjected to serious abuse—M.C.I.'s position: applicant still danger to public—Appeal Division concluded lacked jurisdiction to entertain Charter issues, denied appeal—Judicial review application granted—S.C.C. has held, as general rule, refugees not deported if torture risk—Minister's argument: Court bound by S.C.C. judgment in *Chiarelli v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*—Appeal Division erred in view, at reopening, Charter to be entirely disregarded—Tribunal should have

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

juge avait omis d'analyser les arguments relatifs à la disposition applicable de la Loi sur la prescription des actions—Il avait omis de se demander si une véritable question litigieuse était soulevée.

Peuples autochtones—Terres—Le juge des requêtes avait commis une erreur en rejetant la demande fondée sur la négligence présentée contre la Couronne au moyen d'un jugement sommaire parce qu'elle était prescrite—Le testament d'un membre de la réserve Six nations accordait à une personne un intérêt viager si elle ne retournait pas habiter avec son mari—La Direction des affaires indiennes avait délivré à cette personne un certificat absolu de possession éliminant ainsi les droits d'une personne qui détenait l'intérêt résiduel—Question de savoir si cette dernière personne avait été informée par la Couronne que la délivrance du certificat avait une incidence sur son intérêt—La question de la crédibilité ne doit pas être tranchée dans le cadre d'une requête en jugement sommaire—La Couronne s'était fondée sur la Loi sur la prescription des actions de l'Ontario et sur l'art. 47 de la Loi sur les Indiens (selon lequel un certificat de possession peut être contesté dans un délai de deux mois seulement)—Il n'était pas nécessaire pour la C.A.F. de traiter de la question fondée sur l'art. 47.

Romans c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.) 139

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de résidents permanents—Contrôle judiciaire d'une décision rendue par la section d'appel de la CISR de rejeter un appel (suite à la réouverture) d'une mesure de renvoi et de refuser également d'accorder un sursis d'exécution de la mesure de renvoi—Le demandeur est arrivé au Canada en provenance de la Jamaïque en 1967 alors qu'il était âgé d'environ 18 mois—Les parents ont obtenu la citoyenneté, mais, par ignorance, ils n'ont pas fait de demande de citoyenneté pour le demandeur qui a donc toujours le statut de résident permanent—Il souffre de schizophrénie depuis l'adolescence—Il a été déclaré coupable de 36 infractions criminelles—L'enquête tenue en vertu de l'art. 27 de l'ancienne Loi sur l'immigration a donné lieu à la délivrance d'une mesure de renvoi—Lorsqu'elle a rejeté l'appel, la section d'appel ne pouvait tenir compte des conditions qui prévalaient en Jamaïque suite à la jurisprudence établie—Le tribunal a conclu que le demandeur ne serait pas soumis à un changement significatif s'il était expulsé, parce que cela ne changerait pas grand-chose à sa vie—La demande de contrôle judiciaire de cette décision a été rejetée car il n'y a pas eu violation des principes de justice fondamentale—Une question a été certifiée mais la C.A.F. a confirmé la décision et la C.S.C. a refusé la demande d'autorisation d'en appeler—La demande de réouverture du dossier sur la foi de l'existence d'un nouveau médicament qui, s'il était administré au

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

addressed extent to which exercise of discretion affected by Charter, implications of *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*—Applicability of *Suresh* discussed—Whether Charter, s. 7 engaged by permanent resident's deportation—Given mental condition, whether applicant deliberately violated condition of admission to Canada—Court not bound by *Chiarelli* as to new country conditions evidence—Immigration system not equipped to deal with exigencies of case at bar—Minister resorting to crude expedient of deportation to discharge public protection duty—Fundamental justice balance to be reconsidered but public safety remains significant issue—Issue whether applicant's deportation in accordance with fundamental justice principles not to be evaded by pretending no worse off if deported—Whether Appeal Board having jurisdiction to order applicant's detention pending treatment—Statutory amendments having abrogated tribunal's power to detain, supervise detention orders—Dangerous to confer on tribunal jurisdiction to detain mentally ill—Matter under provincial jurisdiction.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Judicial review of tribunal decision denying reopened appeal of deportation order—Issues: did IRB Appeal Division err in view unable to consider Charter at reopened appeal?—Did it err in not considering whether discretion to be exercised in accordance with Charter as required by *Suresh* case?—Whether Charter, s. 7 engaged herein—If yes, whether deportation order in accordance with fundamental justice

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

demandeur, il offrirait une possibilité de traitement et d'une nouvelle preuve que, en Jamaïque, les malades mentaux peuvent faire l'objet d'abus très graves—Position du M.C.I.: le demandeur pose toujours un danger pour le public—La section d'appel a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour entendre des questions relatives à la Chart et a rejeté l'appel—Demande de contrôle judiciaire accordée—La C.S.C. a décidé que l'on doit généralement refuser d'expulser un réfugié lorsqu'il existe un risque sérieux de torture—L'argument du ministre: la Cour est liée par l'arrêt de la C.S.C. dans *Chiarelli c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*—La section d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a conclu qu'elle ne peut tenir aucun compte de la Charte en exerçant son pouvoir discrétionnaire dans le cadre d'une réouverture—Le tribunal aurait dû examiner la question de savoir si elle devait exercer son pouvoir discrétionnaire conformément aux impératifs de la Charte, comme l'a précisé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*—Discussion sur l'applicabilité de l'arrêt *Suresh*—Les droits garantis par l'art. 7 de la Charte sont-ils mis en cause par le renvoi d'un résident permanent?—Compte tenu de son état mental, le demandeur a-t-il manqué volontairement à une condition essentielle devant être respectée pour qu'il lui soit permis de demeurer au Canada?—L'arrêt *Chiarelli* ne lie pas la Cour lorsqu'il s'agit de la nouvelle preuve sur les conditions en Jamaïque—Le régime d'immigration n'est pas équipé pour traiter d'une situation comme celle en l'espèce—Le ministre a eu recours à l'expédient rudimentaire qu'est l'expulsion afin de s'acquitter de son obligation de protéger le public—Bien que les principes de la justice fondamentale exigent un nouvel examen, la sécurité du public doit demeurer une question importante—On ne devrait pas négliger la question de savoir si la mesure de renvoi respecte les principes de justice fondamentale en prétendant que la situation du demandeur ne serait pas pire s'il était renvoyé—La section d'appel a-t-elle compétence pour ordonner que le demandeur soit incarcéré jusqu'à ce qu'il ait obtenu les traitements nécessaires?—Par diverses modifications à la loi, on a spécifiquement révoqué la compétence du tribunal d'ordonner la détention, ou même de surveiller l'application des ordonnances de détention—Il serait dangereux que l'on confère au tribunal la compétence de la détention des malades mentaux—La question de la détention des malades mentaux est de compétence provinciale.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Contrôle judiciaire d'une décision de rejeter un appel (suite à la réouverture) d'une mesure de renvoi—Questions en litige: la section d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant qu'elle ne peut tenir compte de la Charte lors de la réouverture d'un appel?—La section d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en n'examinant pas la question de savoir si elle aurait dû exercer son pouvoir

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

principles—Application granted—S.C.C. held in *Chiarelli v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* where criminal's deportation at issue, no need to consider Charter, s. 7 as condition of remaining in Canada violated—But, as applicant suffers from serious mental disorder, can it be said condition deliberately violated?—Tribunal committed reviewable error in concluding Charter to be entirely disregarded at reopened appeal—Tribunal should have addressed extent to which discretion exercise affected by Charter principles—New documentary evidence that in Jamaica mentally ill incarcerated, abused, tortured—Court not bound by *Chiarelli* as to new evidence of country conditions—Fundamental justice balance requiring reconsideration.

SOMMAIRE (Fin)

discrétionnaire conformément aux impératifs de la Charte, comme l'exige l'arrêt *Suresh*?— L'art. 7 de la Charte est-il en cause dans le processus d'appel en l'espèce?—Si l'art. 7 de la Charte est en cause, la mesure de renvoi en l'espèce respecte-t-elle les principes de justice fondamentale?— Demande accueillie—La C.S.C. a jugé dans l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* que, lorsqu'il est question de l'expulsion d'un criminel, il n'est pas nécessaire d'examiner si l'art. 7 de la Charte est respecté— Mais, comme le demandeur est atteint de graves troubles mentaux, peut-on affirmer qu'il a manqué volontairement à une condition essentielle?—Le tribunal a commis une erreur susceptible de révision lorsqu'il a conclu qu'il ne peut tenir aucun compte de la Charte en exerçant son pouvoir discrétionnaire dans le cadre d'une réouverture—Le tribunal aurait dû examiner la question de savoir dans quelle mesure l'exercice de son pouvoir discrétionnaire est affecté par les principes de la Charte—Nouvelle preuve documentaire selon laquelle, en Jamaïque, les malades mentaux se retrouvent généralement en prison, où ils font l'objet de sévices et de torture—L'arrêt *Chiarelli* ne lie pas le tribunal lorsqu'il s'agit de la nouvelle preuve sur les conditions dans le pays—Les principes de la justice fondamentale exigent un nouvel examen.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency), [2004] 1 F.C.R. 136 (T.D.), has been reversed in part on appeal (A-467-03, 2004 FCA 263). The reasons for judgment handed down 22/7/04, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for Leave to Appeal

Al Yamani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), A-694-02, 2003 FCA 482, Rothstein J.A., judgment dated 19/12/03 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 26/8/04.

Cadnet Productions Inc. v. Canada, A-5-03, 2004 FCA 79, Décary J.A., judgment dated 27/2/04 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 2/9/04.

Canada (Attorney General) v. Les Productions Bibi et Zoé Inc., A-674-02, 2004 FCA 54, Décary J.A., judgment dated 4/2/04 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 26/8/04.

Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Minister of Health), A-171-03, 2004 FCA 62, Rothstein J.A., judgment dated 9/2/04 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 26/8/04.

Naguib v. Canada, A-138-03, 2004 FCA 40, Sexton J.A., judgment dated 27/1/04 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 26/8/04.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d'inspection des aliments)*, [2004] 1 R.C.F. 136 (1^{re} inst.), a été infirmée en partie en appel (A-467-03, 2004 CAF 263). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 22-7-04, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Al Yamani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), A-694-02, 2003 CAF 482, le juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 19-12-03 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 26-8-04.

Cadnet Productions Inc. c. Canada, A-5-03, 2004 CAF 79, le juge Décary, J.C.A., jugement en date du 27-2-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 2-9-04.

Canada (Procureur général) c. Les Productions Bibi et Zoé Inc., A-674-02, 2004 CAF 54, le juge Décary, J.C.A., jugement en date du 4-2-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 26-8-04.

Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Ministre de la Santé), A-171-04, 2004 CAF 62, le juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 9-2-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 26-8-04.

Naguib c. Canada, A-138-03, 2004 CAF 40, le juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 27-1-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 26-8-04.

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2004, Vol. 3, Part 1

2004, Vol. 3, 1^{er} fascicule

A-541-02
2004 FCA 50

A-541-02
2004 CAF 50

Minnie Norma MacNeil and Robert Gary Miller as representative of the heirs of the late Minnie Norma MacNeil (Appellants)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada, as represented by the Indian and Northern Affairs Department, Charlotte Mildred Martin, Randolph Lawrence Martin, Annette Dianne Martin and Joyce Patricia Martin (Respondents)

INDEXED AS: MACNEIL ESTATE v. CANADA (DEPARTMENT OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS) (F.C.A.)

Federal Court of Appeal, Stone, Sexton and Sharlow J.J.A.—Toronto, December 15, 2003; Ottawa, February 3, 2004.

Practice — Judgments and Orders — Summary Judgment — Whether Motions Judge erred in granting summary judgment dismissing negligence claim against Crown as barred by limitation period — Department issuing unrestricted possession certificate to one having life interest under Indian's will — Question as to date plaintiff first learned residuary interest expunged — Nature of onus on responding party on summary judgment motion — Discretion of Motions Judge under Federal Court Rules, 1998, r. 216(3) — Judge ignored affidavit evidence as to state of plaintiff's knowledge — This evidence raised genuine issue for trial — Where credibility issue, case not to be decided by summary judgment — Summary judgment not granted based on drawing inferences — Appropriate to apply provincial practice rules — Decision of Judge revealing confusion existing as to meaning of r. 216, Court's role on summary judgment motion — Problems caused by r. 216 — While summary judgment useful for getting rid of sham claims, defences, not intended to deprive litigant with genuine issue of right to trial — Useful to shorten trials by resolution of subsidiary issues.

Practice — Limitation of Actions — Negligence claim against Crown dismissed by Motions Judge as out of time

Minnie Norma MacNeil et Robert Gary Miller en sa qualité de représentant des héritiers de feu Minnie Norma MacNeil (appelants)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, Charlotte Mildred Martin, Randolph Lawrence Martin, Annette Dianne Martin et Joyce Patricia Martin (intimés)

RÉPERTORIÉ: SUCCESSION MACNEIL c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (C.A.F.)

Cour d'appel fédérale, juges Stone, Sexton et Sharlow, J.C.A.—Toronto, 15 décembre 2003; Ottawa, 3 février 2004.

Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement sommaire — Question de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en accordant un jugement sommaire rejetant une demande fondée sur la négligence présentée contre la Couronne pour le motif qu'elle était prescrite — Le Ministère avait délivré un certificat absolu de possession à une personne qui détenait un intérêt viager en vertu du testament d'un Indien — Question de savoir à quelle date la demanderesse avait d'abord appris que l'intérêt résiduel avait été radié — La charge de la preuve qui incombe à la partie qui répond dans une requête en jugement sommaire — Pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes en vertu de la règle 216(3) des Règles de la Cour fédérale (1998) — Le juge n'a pas tenu compte d'une preuve par affidavit relative à la connaissance de la demanderesse — Cette preuve soulevait une véritable question litigieuse — Lorsqu'il se pose une question de crédibilité, l'affaire ne doit pas être tranchée au moyen d'un jugement sommaire — Un jugement sommaire n'est pas accordé sur le fondement de déductions — Il convient d'appliquer les règles de pratique provinciales — La décision du juge révélait qu'il régnait de la confusion au sujet du sens de la règle 216 et du rôle de la Cour dans le cadre d'une requête en jugement sommaire — Problèmes posés par la règle 216 — Les jugements sommaires sont utiles pour éliminer les demandes et les défenses fictives, mais ils ne visent pas à priver un plaideur qui a une véritable question litigieuse de son droit à une instruction — Ils sont utiles pour abréger la durée de l'instruction en réglant les questions accessoires.

Pratique — Prescription — Demande fondée sur la négligence présentée contre la Couronne rejetée par le juge

under Ontario's Limitations Act — Crown granting one having life interest under Indian's will unrestricted possession certificate — Judge finding person having residuary interest knew or ought to have known about certificate 20 years before action commenced — Statutory limitation period six years — Question whether plaintiff had been made aware interest adversely affected by certificate — Question as to when cause of action arose — "Discoverability principle" — Judge failed to analyse arguments as to applicable provision of Limitations Act — Failed to consider whether raised genuine issue for trial.

Native Peoples — Lands — Motions Judge erred in dismissing negligence claim against Crown on summary judgment as out of time — Six Nations Reserve member's will gave person life interest if not returning to husband — Indian Affairs Branch gave person unconditional certificate of possession thereby eliminating rights of person having residuary interest — Question whether latter ever advised by Crown interest affected by grant of certificate — Credibility issue not to be determined on summary judgment motion — Crown relying upon Ontario's Limitations Act, Indian Act, s. 47 (whereby possession certificate can be challenged only within two months) — Not necessary for F.C.A. to deal with s. 47 issue.

The issue upon this appeal was whether the Motions Judge erred in dismissing appellants' claim against the Crown as barred by a limitation period. The claim against the Crown related to its treatment of certain reserve land bequeathed by the will of a Six Nations Reserve member. Appellants say that the Department negligently issued an unrestricted certificate of possession to a person who merely had a life interest under the will, thereby eliminating Minnie N. MacNeil's residuary interest. The decision of the Motions Judge below was based on the finding that MacNeil knew, or ought to have known, about the certificate at least 20 years prior to commencing an action.

The will of Minnie MacNeil's grandfather, David General, gave Charlotte Martin a life lease "just so long as she remains as she is now" but, should she return to her husband, she

des requêtes pour le motif qu'elle était prescrite en vertu de la Loi sur la prescription des actions de l'Ontario — La Couronne avait accordé à une personne qui détenait un intérêt viager en vertu du testament d'un Indien un certificat absolu de possession — Le juge avait conclu que la personne qui détenait l'intérêt résiduel était au courant ou aurait dû être au courant de la délivrance du certificat 20 ans avant l'introduction de l'action — Le délai de prescription prévu par la loi était de six ans — Question de savoir si la demanderesse avait été informée que la délivrance du certificat avait une incidence sur son intérêt — Question de savoir à quel moment la cause d'action avait pris naissance — «Principe de la possibilité de découverte» — Le juge avait omis d'analyser les arguments relatifs à la disposition applicable de la Loi sur la prescription des actions — Il avait omis de se demander si une véritable question litigieuse était soulevée.

Peuples autochtones — Terres — Le juge des requêtes avait commis une erreur en rejetant la demande fondée sur la négligence présentée contre la Couronne au moyen d'un jugement sommaire parce qu'elle était prescrite — Le testament d'un membre de la réserve Six nations accordait à une personne un intérêt viager si elle ne retournait pas habiter avec son mari — La Direction des affaires indiennes avait délivré à cette personne un certificat absolu de possession éliminant ainsi les droits d'une personne qui détenait l'intérêt résiduel — Question de savoir si cette dernière personne avait été informée par la Couronne que la délivrance du certificat avait une incidence sur son intérêt — La question de la crédibilité ne doit pas être tranchée dans le cadre d'une requête en jugement sommaire — La Couronne s'était fondée sur la Loi sur la prescription des actions de l'Ontario et sur l'art. 47 de la Loi sur les Indiens (selon lequel un certificat de possession peut être contesté dans un délai de deux mois seulement) — Il n'était pas nécessaire pour la C.A.F. de traiter de la question fondée sur l'art. 47.

Dans cet appel, il s'agissait de savoir si le juge de requêtes avait commis une erreur en rejetant la demande que les appelants avaient présentée contre la Couronne pour le motif que la demande était prescrite. La demande présentée contre la Couronne se rapportait à la façon dont celle-ci avait traité certaines terres de réserve qui avaient été léguées par testament par un membre de la réserve Six nations. Les appelants affirment que le ministère a par négligence délivré un certificat absolu de possession à une personne qui détenait simplement, en vertu du testament, un intérêt viager, de sorte que l'intérêt résiduel de Minnie N. MacNeil était éliminé. La décision rendue par le juge des requêtes était fondée sur la conclusion selon laquelle M^{me} MacNeil était au courant ou aurait dû être au courant de la délivrance du certificat au moins 20 ans avant l'introduction de l'action.

Le testament du grand-père de Minnie MacNeil, David General, conférait à Charlotte Martin un bail à vie [TRADUCTION] «tant que sa situation ne changera[it] pas», mais

would have to vacate the property which would be sold and the proceeds divided between Minnie, Charlotte, Morgan General and Theodore General. Following testator's death, the Indian Affairs Branch considered treating the will as giving Charlotte a conditional gift of the land, rather than a mere life interest, providing she did not return to her husband. The certificate of possession issued to Charlotte in April, 1968 was unconditional and did not indicate that she had a mere life interest. But Minnie's evidence was that she learned about this only in 1990 upon consulting a lawyer. The government replied to a letter from this lawyer, indicating that nothing could be done in view of "the passage of time and the interests of other parties". In June 1991, Minnie sued the Crown claiming negligence in having issued an unrestricted certificate to a life interest beneficiary. Both Minnie and Charlotte died in 1999. The action was, however, continued by one of Minnie's sons, Robert G. Miller, acting on behalf of all of her heirs.

The Crown then moved for summary judgment on the ground that the action was commenced out of time under the Ontario *Limitations Act*, subsection 45(1). The statutory limitation period is six years. Appellants' defence to the motion was that the Crown had never advised Minnie that it was considering expunging her interests and she had no knowledge, until 1990, that her interest in the homestead was adversely affected by issuance of the certificate of possession. Only then would the limitation period begin to run. The Crown relied upon a memo to file, dated August, 1968 which might indicate that Minnie was aware that a certificate had been issued. Appellants' argument was that this memo did not say that she was informed that the certificate was not issued in accordance with the terms of the will and that it extinguished the interests of the residual beneficiaries. The Motions Judge explained that once a limitation period is shown, *prima facie*, to have expired, the burden falls upon plaintiff to prove that she did not know and could not, with reasonable diligence, have known that she had a right of action. In the Judge's opinion, that burden had not been discharged.

Upon this appeal, it was submitted that the Judge had erred in failing to find a genuine issue for trial as to the applicable limitation period. The appellants pointed to subsections 5(11) and 6(1) of the Act whereunder Minnie's cause of action did not arise until she was entitled under the will to her remainder

stipulait que si elle retournait habiter avec son mari, elle devrait quitter les lieux, qui seraient alors vendus, le produit étant divisé entre Minnie, Charlotte, Morgan General et Theodore General. Après le décès du testateur, la Direction des affaires indiennes a envisagé de considérer la clause testamentaire comme constituant une donation conditionnelle de la terre en faveur de Charlotte, à condition qu'elle ne retourne pas habiter avec son conjoint, plutôt que comme un simple intérêt viager. Le certificat de possession délivré à Charlotte en avril 1968 n'était pas assorti de conditions et n'indiquait pas que cette dernière détenait uniquement un intérêt viager. Cependant, selon la preuve, Minnie avait été mise au courant de la situation vers 1990 seulement, lorsqu'elle avait consulté un avocat. Le gouvernement a répondu à une lettre de cet avocat, indiquant qu'on ne pouvait rien faire étant donné [TRADUCTION] «le temps qui s'[était] écoulé et les droits des autres parties en cause». Au mois de juin 1991, Minnie a poursuivi la Couronne en alléguant que celle-ci avait été négligente en délivrant un certificat absolu à la bénéficiaire d'un intérêt viager. Minnie et Charlotte sont décédées en 1999. Toutefois, l'action a été poursuivie par l'un des fils de Minnie, Robert G. Miller, agissant pour le compte de tous les héritiers.

La Couronne a ensuite présenté une requête en jugement sommaire pour le motif que l'action n'avait pas été intentée dans le délai prévu au paragraphe 45(1) de la *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario. Le délai de prescription prévu par la loi est de six ans. Le moyen de défense invoqué par les appelants à l'encontre de la requête était que la Couronne n'avait jamais informé Minnie qu'elle envisageait de radier ses intérêts et que Minnie avait uniquement appris en 1990 que la délivrance du certificat de possession avait une incidence sur l'intérêt qu'elle possédait dans le homestead. Ce n'est qu'alors que le délai de prescription aurait commencé à courir. La Couronne s'est fondée sur une note au dossier en date du mois d'août 1968, laquelle était susceptible d'indiquer que Minnie était au courant de la délivrance d'un certificat. Les appelants ont soutenu que cette note de service n'indiquait pas que Minnie avait été informée que le certificat n'avait pas été délivré sous réserve des dispositions du testament et qu'il avait pour effet d'éteindre les intérêts des bénéficiaires résiduels. Le juge des requêtes a expliqué qu'une fois qu'il est démontré qu'un délai de prescription est à première vue expiré, le demandeur a la charge de prouver qu'il ne savait pas et qu'il n'aurait pas pu savoir, même en faisant preuve d'une diligence raisonnable, qu'il possédait un droit d'action. De l'avis du juge, on ne s'était pas acquitté de cette obligation.

Lors de l'appel, il a été soutenu que le juge avait commis une erreur en omettant de conclure qu'il existait une véritable question litigieuse au sujet du délai de prescription applicable. Les appelants ont signalé les paragraphes 5(11) et 6(1) de la Loi, en vertu desquels la cause d'action de Minnie n'avait pris

interest: upon Charlotte's death in 1999. In the alternative, if the appropriate limitation period is six years, according to the "discoverability principle", the cause of action does not arise until plaintiff knows, or ought to have known, about the material facts giving rise to the cause of action. There was here a genuine issue for trial. In addition, since the onus to establish no genuine issue for trial is on the moving party upon a motion for summary judgment, the Judge erred in finding that the onus was on the appellants. The Crown argued that once the certificate was issued to Charlotte, Minnie no longer had a "future interest" in the land and subsections 5(11) and 6(1) could have no application. Finally, under *Indian Act*, section 47, a decision by the Minister to issue a certificate can be challenged only within two months.

Held, the appeal should be allowed.

Per Sexton J.A. (Sharlow J.A. concurring): A party responding to a summary judgment motion does not bear the same onus as at trial. Under *Federal Court Rules, 1998*, rule 215, responding party bears only an evidentiary burden to put forward evidence of a genuine issue for trial.

Acting in accordance with subsection 216(3) of the *Federal Court Rules, 1998* the Judge found as a fact that appellants had presented no evidence on the issue of discoverability. Under subsection 216(3), a motions judge has a discretion to grant summary judgment, even though a genuine issue for trial exists, if able, on the whole of the evidence, to find the facts necessary to decide the questions of fact and law. But the Judge erred in finding that appellants "failed to give any evidence" as to the state of Minnie's knowledge. He ignored the affidavit evidence of her son who, under cross-examination, indicated his belief that, prior to 1990, Minnie had not received a copy of the certificate, nor had she been told that one had been issued. And, since she "had no sophistication in Indian estate matters", even if made aware that a certificate had issued, she would not have understood that this negated her residual interest. While the 1968 memorandum indicated that there had been a meeting attended by a Crown representative and certain of the beneficiaries, including Minnie, there was no evidence that the contents of the certificate of possession was explained. A certificate issued to Charlotte in accordance with the terms of the will might not have precluded Minnie from acquiring an interest at Charlotte's death. The affidavit evidence clearly raised a genuine issue for trial. Robert Miller's credibility can best be assessed by the trial judge who will hear his oral testimony.

naissance qu'au moment où elle avait obtenu, en vertu du testament, le reste de l'intérêt, soit lors du décès de Charlotte, en 1999. Subsidièrement, si le délai de prescription applicable est de six ans, la cause d'action ne prend naissance, selon le «principe de la possibilité de découverte», qu'au moment où le demandeur est au courant ou aurait dû être au courant des faits pertinents donnant lieu à la cause d'action. En l'espèce, il existait une véritable question litigieuse. De plus, étant donné que, dans le cadre d'une requête en jugement sommaire, il incombe au requérant d'établir qu'il n'existe aucune véritable question litigieuse, le juge a commis une erreur en concluant que la charge incombait aux appelants. La Couronne a soutenu qu'une fois que le certificat avait été délivré à Charlotte, Minnie ne possédait plus un «intérêt futur» dans la terre et que les paragraphes 5(11) et 6(1) ne pouvaient pas s'appliquer. Enfin, selon l'article 47 de la *Loi sur les Indiens*, la décision du ministre de délivrer un certificat peut uniquement être contestée dans un délai de deux mois.

Arrêt: l'appel est accueilli.

Le juge Sexton, J.C.A. (la juge Sharlow, J.C.A., souscrivant à son avis): La partie qui répond à une requête en jugement sommaire n'a pas la charge qu'elle aurait à l'instruction pour ce qui est de la preuve. Selon la règle 215 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, elle est uniquement tenue de présenter une preuve montrant qu'il existe une véritable question litigieuse.

En se fondant sur le paragraphe 216(3) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, le juge a conclu que les appelants n'avaient pas présenté de preuve au sujet de la question de la possibilité de découverte. En vertu du paragraphe 216(3), le juge des requêtes a le pouvoir discrétionnaire de rendre un jugement sommaire malgré l'existence d'une véritable question litigieuse s'il parvient, à partir de l'ensemble de la preuve, à dégager les faits nécessaires pour trancher les questions de fait et de droit. Cependant, le juge a commis une erreur en concluant que les appelants «[n'avaient] pas présenté de preuve» au sujet de la connaissance de Minnie. Il n'a pas tenu compte de la preuve par affidavit du fils de Minnie qui, lors du contre-interrogatoire, a fait savoir qu'il croyait qu'avant 1990, Minnie n'avait pas reçu de copie du certificat et qu'on ne lui avait pas dit qu'un certificat avait été délivré. Or, étant donné qu'elle [TRADUCTION] «ne s'y connaissait pas en matière de succession indienne», même si elle avait été mise au courant de la délivrance d'un certificat, elle n'aurait pas compris qu'il faisait disparaître son intérêt résiduel. La note de service de 1968 indiquait qu'une rencontre avait eu lieu avec un représentant de la Couronne et certains bénéficiaires, y compris Minnie, mais rien ne montrait que des explications avaient été données au sujet de la teneur du certificat de possession. Un certificat délivré à Charlotte conformément aux dispositions du testament n'aurait peut-être pas empêché Minnie d'acquiescer un

The case law was clear that where there is an issue of credibility, the case ought not to be decided by summary judgment.

It had been suggested to the Motions Judge in oral argument that Charlotte's children had built houses on the land and from this the Judge drew the inference that Minnie must have been aware of this and realized that such construction contravened her remainder interest. But this Court has held that under subsection 216(3) of the Rules, motions judges can only make findings of fact or law provided the relevant evidence is available on the record and does not involve a "serious" question of fact or law which turns on the drawing of inferences.

The Judge also indicated that the Federal Court ought not follow Ontario Court of Appeal decisions that, on a motion for summary judgment where there is an issue of "discoverability" under the *Limitations Act*, the Judge should not make findings of fact. That went against a holding in *Granville Shipping*, accepted by this Court in *ITV*, that, in summary judgment matters, provincial practice rules could serve as aids to interpretation.

The decision of the Motions Judge herein demonstrated the confusion which exists as to the meaning of rule 216 and the Court's role on a summary judgment motion. It presents problems for both the judge and the parties for, the judge who denies a rule 216(1) summary judgment motion, finding there to be a genuine issue for trial, may then have to deal with a rule 216(3) application and, if he grants the application, the party already having made out a genuine issue for trial will be deprived of having the case go to trial. Subsection 216(3) can result in fundamental unfairness by denying parties the right to a trial where genuine issues for the trier of fact do exist. For one thing, the motions judge will most likely not have before him all of the evidence that would be adduced at trial. Under rule 215, a responding party has only to show a genuine issue for trial and need not bring forward sufficient evidence for the issues to be resolved upon the motion. A second difference is that, while at trial *viva voce* evidence is heard and this is helpful to the Judge in assessing credibility, on a motion for summary judgment the Judge has only affidavit evidence to go on. This Court agreed with the Ontario Court of Appeal in *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.* that, "In ruling on a motion for summary judgment, the Court will never assess credibility, weigh the evidence, or find the facts . . . Evaluating credibility, weighing evidence, and drawing factual inference

intérêt lors du décès de Charlotte. La preuve par affidavit soulevait clairement une véritable question litigieuse. Le juge président l'instruction qui aura entendu le témoignage oral de Robert Miller est mieux placé pour apprécier sa crédibilité. La jurisprudence montre clairement que lorsqu'il se pose une question de crédibilité, l'affaire ne devrait pas être tranchée au moyen d'un jugement sommaire.

Au cours de l'argumentation orale, on a donné à entendre devant le juge des requêtes que les enfants de Charlotte avaient construit des habitations sur la terre et, cela étant, le juge a inféré que Minnie devait avoir été au courant de la chose et s'être rendu compte que cela allait à l'encontre de son intérêt résiduel. Cependant, la présente cour a statué qu'en vertu du paragraphe 216(3) des Règles, le juge des requêtes peut uniquement tirer des conclusions de fait ou de droit à condition qu'il existe dans le dossier des éléments de preuve pertinents qui ne portent pas sur une question de fait ou de droit «sérieuse» reposant sur des inférences.

Le juge a également fait savoir que la Cour fédérale ne devait pas suivre les décisions de la Cour d'appel de l'Ontario selon lesquelles, dans le cadre d'une requête en jugement sommaire, où se pose la question de «possibilité de découverte» en vertu de la *Loi sur la prescription des actions*, le juge ne devrait pas tirer de conclusions de fait. Cela allait à l'encontre du jugement rendu dans l'affaire *Granville Shipping*, qui a été retenu par la présente cour dans l'arrêt *ITV*, à savoir que dans les cas de jugements sommaires, les règles de pratique provinciales peuvent faciliter l'interprétation.

La décision rendue par le juge des requêtes en l'espèce démontrait la confusion qui règne au sujet du sens de la règle 216 et du rôle de la Cour dans le cadre d'une requête en jugement sommaire. La chose présente des problèmes tant pour le juge que pour les parties, car le juge qui rejette, en vertu du paragraphe 216(1) des Règles, une requête en jugement sommaire parce qu'il existe une véritable question litigieuse, peut alors avoir à examiner une demande fondée sur le paragraphe 216(3) des Règles et, s'il accueille la demande, il prive d'une instruction la partie qui a déjà établi qu'il existe une véritable question litigieuse. Le paragraphe 216(3) peut donner lieu à une iniquité fondamentale en déniaut aux parties leur droit à une instruction lorsqu'il y a de véritables questions à soumettre au juge des faits. En premier lieu, le juge des requêtes ne disposera probablement pas de tous les éléments de preuve qui seraient soumis à l'instruction. La règle 215 exige uniquement que la partie qui répond à la requête démontre l'existence d'une véritable question litigieuse; cette partie n'a pas à avancer suffisamment d'éléments de preuve pour que les questions soient réglées dans le cadre de la requête. Une seconde différence est que, même si à l'instruction, les témoignages oraux sont entendus et que cela peut aider le juge à apprécier la crédibilité, dans le cadre d'une requête en jugement sommaire, le juge ne dispose que d'une preuve par

are all functions reserved for the trier of fact". The Court added that, while summary judgment was valuable for getting rid of sham claims and defences, it was never intended to deprive a litigant able to demonstrate a genuine issue of his right to trial.

This was not to say that summary judgment has no role to play in resolving subsidiary issues thus allowing for a shorter trial and, indeed, where there is no genuine issue for trial, obviating the necessity for a trial at all.

The Motions Judge failed to analyse the arguments as to which provision of the *Limitations Act* was here applicable. He erred by rejecting appellants' arguments without considering whether they raised a genuine issue for trial. If appellants are correct in suggesting that sections 5 and 6 are applicable, the issue of discoverability would be merely academic, the period not having begun to run until Charlotte's death in 1999.

Respondent's *Indian Act*, section 47 argument had not been raised at the summary judgment motion and it was not appropriate that the Court of Appeal decide this issue. In any event, if Mrs. MacNeil was not informed that Charlotte had been issued a certificate which was inconsistent with the provisions of the will, she may not have known that she was "affected" by it within the meaning of section 47.

Per Stone J.A. (concurring in the result): While agreeing entirely with the reasons given by and disposition proposed by Sexton J.A., a final view should not be expressed as to the operation of subsection 216(3) of the Rules as the case at bar does not require it. This matter was better left for another occasion when the point is squarely raised and fully argued.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 213(2), 215, 216(1),(3).

affidavit. La présente cour a souscrit à la remarque que la Cour d'appel de l'Ontario a faite dans l'affaire *Aguonie c. Galion Solid Waste Material Inc.*, à savoir [TRADUCTION] qu' «[e]n statuant sur une requête en jugement sommaire, la cour n'évalue jamais la crédibilité, elle n'apprécie jamais la preuve et elle ne tire jamais de conclusion de fait [...] L'évaluation de la crédibilité, l'appréciation de la preuve et la formulation de déductions factuelles sont toutes des fonctions réservées à l'appréciation du juge des faits». La Cour a ajouté qu'un jugement sommaire, aussi important soit-il pour éliminer les demandes et les défenses fictives, ne visait pas à priver un plaideur qui pouvait démontrer l'existence d'une véritable question litigieuse de son droit à une instruction.

Cela ne voulait pas pour autant dire qu'un jugement sommaire n'a aucun rôle à jouer dans le règlement de questions accessoires, qui peuvent abrèger la durée de l'instruction et, de fait, lorsqu'aucune véritable question litigieuse n'est constatée, éviter la nécessité de tenir une instruction.

Le juge des requêtes n'a pas analysé les arguments relatifs à la question de savoir quelle était la disposition de la *Loi sur la prescription des actions* qui s'appliquait en l'espèce. Il a commis une erreur en rejetant les arguments des appelants sans se demander s'ils soulevaient une véritable question litigieuse. Si les appelants ont raison de soutenir que les articles 5 et 6 s'appliquent, la question de la possibilité de découverte n'a plus qu'un intérêt théorique parce que le délai de prescription n'aurait commencé à courir que lors du décès de Charlotte, en 1999.

L'argument de l'intimée, fondé sur l'article 47 de la *Loi sur les Indiens*, n'avait pas été soulevé dans le cadre de la requête en jugement sommaire et il ne convenait pas pour la Cour d'appel de trancher la question. Quoi qu'il en soit, si M^{me} MacNeil n'avait pas été informée qu'un certificat avait été délivré à Charlotte, d'une façon qui n'était pas conforme aux dispositions du testament, elle n'aurait peut-être pas su qu'elle était «intéressée» au sens de l'article 47.

Le juge Stone, J.C.A. (concourant quant au résultat): Le juge souscrivait entièrement aux motifs prononcés et au dispositif proposé par le juge Sexton, J.C.A., mais, selon lui, il ne fallait pas exprimer un avis définitif au sujet de l'application du paragraphe 216(3) des Règles étant donné que la présente affaire ne l'exigeait pas. Il était préférable de remettre à plus tard la question, lorsqu'elle serait carrément soulevée et pleinement débattue.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1990, ch. L.15, art. 5(11), 6(1), 45(1).

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 432.3(4) (as enacted by SOR/94-41, s. 5).
Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 42, 43, 46, 47.
Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15, s. 5(11), 6(1), 45(1).
Queen's Bench Rules, Man. Reg. 553/88, rule 20.03(4).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194.

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 42, 43, 46, 47.
Règles de la Cour du Banc de la Reine, Règl. du Man. 553/88, règle 20.03(4).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 432.3(4) (édicte par DORS/94-41, art. 5).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 213(2), 215, 216(1),(3).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Reza v. Canada, [1994] 2 S.C.R. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348; *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, [2003] 1 F.C. 242; (2002), 214 D.L.R. (4th) 429; 19 C.P.R. (4th) 163; 291 N.R. 96 (C.A.); *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853; (1996), 111 F.T.R. 189; 7 W.D.C.P. (3d) 217 (T.D.); *ITV Technologies Inc. v. WIC Television Ltd.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 174; 199 F.T.R. 319 (F.C.T.D.); *Wetzel v. Canada (Attorney General)*, [2000] F.C.J. No. 155 (T.D.) (QL); *Pizza Pizza Ltd. v. Gillespie* (1990), 75 O.R. (2d) 225; 45 C.P.C. (2d) 168; 33 C.P.R. (3d) 515 (Gen. Div.); *Feoso Oil Ltd. v. Sarla (The)*, [1995] 3 F.C. 68; (1995), 184 N.R. 307 (C.A.); *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161; 156 D.L.R. (4th) 222; 17 C.P.C. (4th) 219; 107 O.A.C. 115 (C.A.); *Irving Ungerman Ltd. v. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545; 83 D.L.R. (4th) 734; 1 C.P.C. (3d) 248; 50 O.A.C. 176 (C.A.).

REFERRED TO:

Findlay v. Holmes (1998), 111 O.A.C. 319 (C.A.); *Pronovost v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1985] 1 F.C. 517; [1986] 1 C.N.L.R. 51 (C.A.); *Dek-Block Products Ltd. v. Patio Drummond Ltée*, 2002 CAF 188; [2002] A.C.F. No. 723 (C.A.) (QL).

APPEAL from the decision of a Motions Judge ((2002), 222 F.T.R. 265), granting a summary judgment and dismissing a claim against the Crown as barred by a limitation period. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Gerard T. Tillmann for appellants.
Jennifer M. Roy and *Gary N. Penner* for respondents.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Reza c. Canada, [1994] 2 R.C.S. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348; *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, [2003] 1 C.F. 242; (2002), 214 D.L.R. (4th) 429; 19 C.P.R. (4th) 163; 291 N.R. 96 (C.A.); *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853; (1996), 111 F.T.R. 189; 7 W.D.C.P. (3d) 217 (1^{re} inst.); *ITV Technologies Inc. c. WIC Television Ltd.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 174; 199 F.T.R. 319 (C.F. 1^{re} inst.); *Wetzel c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n° 155 (1^{re} inst.) (QL); *Pizza Pizza Ltd. v. Gillespie* (1990), 75 O.R. (2d) 225; 45 C.P.C. (2d) 168; 33 C.P.R. (3d) 515 (Div. gén.); *Feoso Oil Ltd. c. Sarla (Le)*, [1995] 3 C.F. 68; (1995), 184 N.R. 307 (C.A.); *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161; 156 D.L.R. (4th) 222; 17 C.P.C. (4th) 219; 107 O.A.C. 115 (C.A.); *Irving Ungerman Ltd. v. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545; 83 D.L.R. (4th) 734; 1 C.P.C. (3d) 248; 50 O.A.C. 176 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Findlay v. Holmes (1998), 111 O.A.C. 319 (C.A.); *Pronovost c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1985] 1 C.F. 517; [1986] 1 C.N.L.R. 51 (C.A.); *Dek-Block Products Ltd. c. Patio Drummond Ltée*, 2002 CAF 188; [2002] A.C.F. n° 723 (C.A.) (QL).

APPEL de la décision d'un juge des requêtes ((2002), 222 F.T.R. 265), accordant un jugement sommaire et rejetant une demande présentée contre la Couronne pour le motif qu'elle était prescrite. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Gerard T. Tillmann pour les appelants.
Jennifer M. Roy et *Gary N. Penner* pour les intimés.

SOLICITORS OF RECORD:

Harrison Pensa LLP, London, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

SEXTON J.A.:

Introduction

[1] The issue in this case is whether the Motions Judge committed a reviewable error by dismissing the appellants' claim against the Crown on a summary judgment motion on the grounds that the appellants were barred by a limitation period from pursuing their claim [(2002), 222 F.T.R. 265].

[2] The essence of the appellants' claim against the Crown related to its treatment of a piece of reserve land bequeathed under the will of a deceased member of the Six Nations Reserve. In particular, the appellants claim that the Department of Indian and Northern Affairs negligently issued an unrestricted certificate of possession for this piece of land to a person who merely had a life interest in the land under the will, with the effect that the appellant Minnie Norma MacNeil's residuary interest in that land was eliminated. It is not up to this Court to decide the merits of the appellants' claim against the Crown; rather, the issue is whether the Motions Judge erred in granting summary judgment on the grounds that Minnie Norma MacNeil was barred by a limitation period from pursuing her claim against the Crown because she knew or ought to have known about the issuance of the certificate of possession at least 20 years before commencing her claim.

Facts

[3] On January 6, 1952, David General, the grandfather of the appellant Minnie Norma MacNeil

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Harrison Pensa LLP, London, pour les appelants.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE SEXTON, J.C.A.:

Introduction

[1] Il s'agit en l'espèce de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur susceptible de révision en rejetant la demande que les appelants avaient présentée contre la Couronne à la suite d'une requête en jugement sommaire pour le motif qu'ils ne pouvaient poursuivre leur demande parce qu'elle était prescrite [(2002), 222 F.T.R. 265].

[2] La demande que les appelants ont présentée contre la Couronne se rapportait essentiellement à la façon dont celle-ci avait traité une parcelle de terre de réserve qui avait été léguée par testament par un membre de la réserve Six Nations qui était décédé. En particulier, les appelants affirment que le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a par négligence délivré un certificat absolu de possession pour cette parcelle à une personne qui détenait simplement, en vertu du testament, un intérêt viager dans la terre en question, de sorte que l'intérêt résiduel que possédait l'appelante Minnie Norma MacNeil dans cette terre était éliminé. Il n'incombe pas à la Cour de décider du bien-fondé de la demande que les appelants ont présentée contre la Couronne; il s'agit plutôt de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en accordant un jugement sommaire pour le motif que Minnie Norma MacNeil ne pouvait pas poursuivre sa demande contre la Couronne à cause de la prescription, étant donné qu'elle était au courant ou aurait dû être au courant de la délivrance du certificat de possession au moins 20 ans avant de présenter sa demande.

Les faits

[3] Le 6 janvier 1952, David General, le grand-père de l'appelante Minnie Norma MacNeil (autrefois Minnie

(formerly Minnie Miller), died with a will. David General was a member of the Six Nations of the Grand River.

[4] The relevant clause of David General's will for the purposes of this appeal provided as follows:

Charlotte (Martin) is also to have a life lease on the homestead and premises situated on Lot 18, Concession 3, containing 25 acres just so long as she remains as she is now. In the event that she returns to her husband she is to vacate the property in Lot 18 and same is to be sold and the proceeds to be divided equal between Minnie Miller, Charlotte Martin, Morgan General and Theodore General. In the event that Charlotte dies without returning to her husband, the same division above mentioned is to apply to this parcel.

[5] On May 1, 1952, the Deputy Minister of the Department of Citizenship and Immigration, Indian Affairs Branch approved the will of David General and appointed Charlotte Martin, David General's daughter, as administrator of the estate.

[6] There is evidence that after the death of David General, the Indian Affairs Branch of the Department of Citizenship and Immigration expressed concern regarding how to interpret the clause of the will that is at issue in this case. In a letter dated July 7, 1952, the Acting Superintendent, Reserves and Trusts, considered treating the clause as providing a conditional gift of the land to Charlotte Martin, provided that she did not return to her husband, as opposed to merely a life interest. The relevant portion of the letter provided:

We do not consider that this bequest should be treated as a life estate but rather a conditional gift. However, if any of the heirs believe that this opinion may not be correct, we will submit it to our Legal Advisers for an opinion. . . .

Upon receipt of an agreement of the heirs, or a letter from you that the heirs are unable to come to any agreement, we will endeavour to advise you how to conclude the administration of the Annie and David General estates.

Miller), est décédé; il avait rédigé un testament. David General était membre des Six Nations de la rivière Grand.

[4] Pour les besoins du présent appel, la clause pertinente du testament de David General prévoyait ce qui suit:

[TRADUCTION] Charlotte (Martin) sera également titulaire d'un bail à vie à l'égard du homestead et des immeubles situés sur le lot 18, concession 3, composé de 25 acres, tant que sa situation ne changera pas. Si elle retourne habiter avec son mari, elle devra quitter les lieux, sur le lot 18, et l'immeuble devra être vendu et le produit de la vente divisé à parts égales entre Minnie Miller, Charlotte Martin, Morgan General et Theodore General. Si Charlotte décède sans être retournée habiter avec son mari, le partage susmentionné s'appliquera à cette parcelle.

[5] Le 1^{er} mai 1952, le sous-ministre, ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, Direction des affaires indiennes, a approuvé le testament de David General et a désigné la fille de David General, Charlotte Martin, à titre d'exécutrice testamentaire.

[6] Selon certains éléments de preuve, après le décès de David General, la Direction des affaires indiennes du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration a exprimé des préoccupations au sujet de la façon dont devait être interprétée la clause du testament qui est ici en cause. Dans une lettre en date du 7 juillet 1952, le surintendant intérimaire, Réserves et fidéicommiss, envisageait de considérer la clause comme constituant une donation conditionnelle de la terre en faveur de Charlotte Martin à condition qu'elle ne retourne pas habiter avec son conjoint, plutôt que comme un simple intérêt viager. La partie pertinente de la lettre est ainsi libellée:

[TRADUCTION] À notre avis, ce legs ne doit pas être considéré comme un intérêt viager, mais plutôt comme une donation conditionnelle. Toutefois, si l'un des héritiers estime que cet avis est erroné, nous le soumettrons à nos conseillers juridiques pour qu'ils expriment leur opinion [. . .]

Sur réception d'une entente de la part des héritiers, ou d'une lettre de votre part nous informant que les héritiers ne peuvent pas en arriver à une entente, nous tenterons de vous informer de la façon de mettre fin à l'administration des successions d'Annie et de David General.

[7] In a memorandum to the Superintendent of the Six Nations Indian Agency, dated October 4, 1967, the Administrator of Estates, J. F. Cullinan seemed to indicate that a certificate of possession would be issued to Charlotte Martin subject to the terms of the will:

The subject estate file has again come under review and we note that the only outstanding problem in this estate is the distribution of the land assets in the north half of Lot 18, Concession 3, Tuscarora.

The terms of the Will in this case have been carefully checked and as it now appears certain that Charlotte Martin will not return to her husband we are preparing to transfer this estate asset and then a Certificate of Possession will be issued in her name subject to the conditions as laid down in the Will. Accordingly, we are today requesting such a transfer and as soon as the necessary evidence of title is available in the name of the transferee you will be advised of this fact.

We trust we shall be able to advise you concerning the conclusion of the administration of this estate at an early date. [Emphasis added.]

[8] On April 5, 1968, the Department of Indian and Northern Affairs issued a certificate of possession to Charlotte Martin. However, contrary to the October 1967 memorandum, the certificate of possession issued to Charlotte Martin was not subject to any conditions and it did not in any way indicate that she only had a life interest in the land at issue.

[9] The appellants' evidence is that Minnie Norma MacNeil first became aware that her interests were adversely affected by the issuance of the certificate of possession in favour of Charlotte Martin when she consulted a lawyer in 1990. Minnie Norma MacNeil's lawyer sent a letter to the Department of Indian and Inuit Affairs on April 23, 1990. On July 18, 1990, in response to this letter, the Chief of Estates Operation of Band Governance and Indian Estates Directorate, Indian and Inuit Affairs indicated that Charlotte Martin had received unrestricted title to the land at issue 17 years previously. This letter stated:

Your letter to the Brantford office of Indian Affairs dated April 23, 1990, has been referred to my attention.

[7] Dans une note de service adressée au surintendant de l'Agence indienne des Six Nations, en date du 4 octobre 1967, l'administrateur des successions, J. F. Cullinan, semblait dire qu'un certificat de possession serait délivré à Charlotte Martin, sous réserve des dispositions du testament:

[TRADUCTION] Le dossier de la succession ici en cause a encore une fois été examiné; nous notons que le seul problème non résolu se rapporte au partage des actifs immobiliers dans la moitié nord du lot 18, concession 3, à Tuscarora.

Les dispositions du testament ont été minutieusement examinées; puisqu'il semble maintenant certain que Charlotte Martin ne retournera pas habiter avec son conjoint, nous sommes prêts à transférer cet actif de la succession; un certificat de possession sera ensuite délivré au nom de Charlotte Martin, sous réserve des dispositions testamentaires. Par conséquent, nous demandons aujourd'hui le transfert et, dès que la preuve de titre nécessaire sera disponible au nom de la cessionnaire, nous vous informerons de la chose.

Nous croyons être en mesure de vous informer de la conclusion de l'administration de la succession à brève échéance. [Non souligné dans l'original.]

[8] Le 5 avril 1968, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a délivré un certificat de possession en faveur de Charlotte Martin. Toutefois, contrairement à la note de service du mois d'octobre 1967, le certificat de possession délivré à Charlotte Martin n'était pas assorti de conditions et n'indiquait aucunement que cette dernière détenait uniquement un intérêt viager dans la terre en question.

[9] Selon la preuve fournie par les appelants, Minnie Norma MacNeil a appris pour la première fois, en consultant un avocat en 1990, que la délivrance du certificat de possession en faveur de Charlotte Martin avait une incidence sur ses droits. L'avocat de Minnie Norma MacNeil a envoyé une lettre au bureau des Affaires indiennes et inuit le 23 avril 1990. Le 18 juillet 1990, en réponse à cette lettre, le Chef des opérations de successions, institutions des bandes et direction des successions d'Indiens, Affaires indiennes et inuit, a fait savoir que Charlotte Martin avait obtenu, 17 ans plus tôt, un titre absolu sur la terre en question. Cette lettre était ainsi libellée:

[TRADUCTION] La lettre que vous avez envoyée au bureau de Brantford des Affaires indiennes le 23 avril 1990 a été portée à mon attention.

You will note from the enclosed abstract pages that Lots 18-13-2 and 8-13-3 have been purchased by third parties for valuable consideration. Although Lot 18-13-1 remains in the name of Charlotte Mildred Martin, she received title to this lot over 17 years ago.

Owing to the passage of time and the interests of other parties involved, the transfer to Mrs. Martin cannot now be changed to reflect a life interest only.

[10] On June 5, 1991, the appellant, Minnie Norma MacNeil, issued a statement of claim against the Crown. The essence of the appellant's claim against the Crown was that David General's will merely granted Charlotte Martin a life estate in the subject lands, and that Minnie Norma MacNeil had a residuary interest in those lands. As a result, the Crown was negligent in issuing an unrestricted certificate of possession to the life interest beneficiary, Charlotte Martin, which had the effect of negating the residuary interest that Minnie Norma MacNeil was granted under the will.

[11] On March 4, 1999, the appellant, Minnie Norma MacNeil died, and on June 24, 1999, Charlotte Martin died.

[12] After the death of Minnie Norma MacNeil, the action against the Crown was continued by one of her sons, Robert Gary Miller. He is acting on behalf of all of the heirs of Minnie Norma MacNeil. The statement of claim was amended on May 5, 2000 to reflect this change. The statement of claim was also amended to add Charlotte Martin, and various members of her family who hold certificates of possession for the land at issue, as defendants in the action. The statement of claim was further amended on September 6, 2001.

[13] On March 27, 2002, the Crown filed a notice of motion for summary judgment on the grounds that the appellant, Minnie Norma MacNeil, did not commence her claim against the Crown within the time required by subsection 45(1) of the *Limitations Act*, R.S.O. 1990, c. L.15 (the *Limitations Act*). The Crown issued the certificate of possession to Charlotte Martin in 1968 and

Vous remarquerez, à la lecture des pages ci-jointes du résumé du titre, que des tiers ont acquis à titre onéreux les lots 18-13-2 et 8-13-3. Le lot 18-13-1 est encore enregistré au nom de Charlotte Mildred Martin, mais elle a obtenu le titre y afférent il y a plus de 17 ans.

Étant donné le temps qui s'est écoulé et les droits des autres parties en cause, le transfert en faveur de M^{me} Martin ne peut pas maintenant être modifié afin d'indiquer un simple intérêt viager.

[10] Le 5 juin 1991, l'appelante, Minnie Norma MacNeil, a déposé une déclaration contre la Couronne. La demande que l'appelante a présentée contre la Couronne était essentiellement fondée sur ce que le testament de David General accordait simplement à Charlotte Martin un intérêt viager dans les terres en question, Minnie Norma MacNeil étant titulaire d'un intérêt résiduel dans ces terres. Par conséquent, la Couronne avait été négligente en délivrant un certificat absolu de possession à la bénéficiaire de l'intérêt viager, Charlotte Martin, lequel avait pour effet de faire disparaître l'intérêt résiduel que Minnie Norma MacNeil avait obtenu par testament.

[11] Le 4 mars 1999, l'appelante, Minnie Norma MacNeil, est décédée; le 24 juin 1999, Charlotte Martin est décédée.

[12] Après le décès de Minnie Norma MacNeil, l'action intentée contre la Couronne a été poursuivie par Robert Garry Miller, l'un des fils de la défunte. M. Miller agissait pour le compte de tous les héritiers de Minnie Norma MacNeil. La déclaration a été modifiée le 5 mai 2000 en vue d'indiquer ce changement. La déclaration a également été modifiée en vue d'ajouter le nom de Charlotte Martin et de divers membres de la famille de celle-ci qui détiennent des certificats de possession pour la terre en question, à titre de défendeurs dans l'action. La déclaration a encore une fois été modifiée le 6 septembre 2001.

[13] Le 27 mars 2002, la Couronne a déposé un avis de requête en jugement sommaire pour le motif que l'appelante, Minnie Norma MacNeil, n'avait pas présenté sa demande dans le délai prévu au paragraphe 45(1) de la *Loi sur la prescription des actions*, L.R.O. 1990, ch. L.15 (la *Loi sur la prescription des actions*). La Couronne a délivré le certificat de possession à

the appellant did not commence her claim until 1991, well after the six-year limitation period provided for in subsection 45(1).

[14] The appellants defended against this motion for summary judgment by arguing that the Crown had never advised Minnie Norma MacNeil that it was considering expunging her interests in the land at issue. They supported their arguments with affidavit evidence. The appellant, Robert Gary Miller, Minnie Norma MacNeil's son, gave evidence that his mother always believed she was entitled to her interest in the land at issue following Charlotte Martin's death and that she had no knowledge that her interest in the homestead property was adversely affected by the issuance of a certificate of possession until 1990. As a result, the limitation period did not begin to run until 1990. Alternatively, the limitation period did not begin to run until Minnie Norma MacNeil's interest under the will vested upon the death of Charlotte Martin.

[15] The only evidence put forward by the Crown on the summary judgment motion which might indicate that Minnie Norma MacNeil was aware of the issuance of the certificate of possession to Charlotte Martin was a memo to file dated August 16, 1968, apparently written by an employee at the Department of Indian and Northern Affairs. This memo provided as follows:

I was visited on August 16 by people who introduced themselves as Mrs. Geddes, Mrs. Norma McNeale [*sic*] and Mr. and Mrs. Ken Miller. Mrs. Geddes is apparently the daughter of David General and Norma McNeale [*sic*] is the granddaughter. Ken Miller is the great-grandson. Mrs. Geddes was asking about Norma McNeale's [*sic*] right to 25 acres in Lot 18, Concession 3 and seemed quite surprised when I informed her that a Certificate of Possession had been issued to Charlotte Mildred Martin. The matter hinges on the interpretation of a Will regarding a clause dealing with a life estate. The upshot of the conference was that I advised her to come back and see Mr. Hill when he returned from holidays (in my presence) so that we could go over all of the details.

[16] The appellants argue that this memorandum only states that information was given to Mrs. Geddes

Charlotte Martin en 1968 et l'appelante n'a présenté sa demande qu'en 1991, bien après l'expiration du délai de prescription de six ans prévu au paragraphe 45(1).

[14] Les appelants ont invoqué, comme moyen de défense à la requête en jugement sommaire, que la Couronne n'avait jamais informé Minnie Norma MacNeil qu'elle envisageait de radier ses intérêts dans la terre en question. À l'appui de leurs arguments, ils ont présenté une preuve par affidavit. L'appelant Robert Gary Miller, qui était le fils de Minnie Norma MacNeil, a témoigné que sa mère croyait toujours détenir un intérêt dans la terre en question après le décès de Charlotte Martin et avoir uniquement appris en 1990 que la délivrance d'un certificat de possession avait une incidence sur l'intérêt qu'elle possédait dans le homestead. Le délai de prescription n'avait donc commencé à courir qu'en 1990. Subsidiairement, le délai de prescription n'avait commencé à courir qu'au moment où l'intérêt que possédait Minnie Norma MacNeil en vertu du testament a été dévolu, lors du décès de Charlotte Martin.

[15] Le seul élément de preuve présenté par la Couronne dans le cadre de la requête en jugement sommaire qui était susceptible d'indiquer que Minnie Norma MacNeil était au courant de la délivrance du certificat de possession en faveur de Charlotte Martin était une note au dossier en date du 16 août 1968, apparemment rédigée par un employé du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Cette note de service était ainsi libellée:

[TRADUCTION] Le 16 août, des gens qui se sont présentés comme étant M^{me} Geddes, M^{me} Norma McNeale [*sic*] ainsi que M. et M^{me} Ken Miller m'ont rendu visite. M^{me} Geddes est apparemment la fille de David General; Norma McNeale [*sic*] est la petite-fille. Ken Miller est l'arrière-petit-fils. M^{me} Geddes voulait se renseigner sur le droit que possédait Norma McNeale s[*sic*] sur une parcelle de 25 acres, lot 18, concession 3; elle a semblé passablement surprise lorsque je l'ai informée qu'un certificat de possession avait été délivré à Charlotte Mildred Martin. L'affaire porte sur l'interprétation d'un testament renfermant une clause prévoyant un intérêt viager. Je lui ai en fin de compte conseillé de revenir et de voir (en ma présence) M. Hill lorsqu'il reviendrait de ses vacances pour que nous puissions étudier l'affaire.

[16] Les appelants soutiennent que cette note de service dit uniquement que des renseignements ont été

regarding the certificate of possession. It does not state that information was given to Minnie Norma MacNeil and was brought home to her. Furthermore, this memo does not indicate that the Crown informed anyone, including Minnie Norma MacNeil, that the certificate of possession was not issued subject to the terms of the will and therefore would have the effect of extinguishing the residual beneficiaries' interests in the lands.

Decision Below

[17] The Motions Judge found that when a defendant demonstrates that a limitation period has *prima facie* expired, the plaintiff has the burden of showing that he or she did not know and could not with reasonable diligence have known that he or she had a right of action such that the limitation period has not expired. The Motions Judge found that the appellants failed to discharge the burden on them, stating [at paragraph 9]: "Here, the plaintiff has failed to give any evidence to show that Minnie Norma MacNeil did not know and could not reasonably have discovered that Charlotte Martin had dealt with the property in a very public manner and one which was incompatible with her claim some 20 years before the action was brought." The Motions Judge stated that the little evidence that was available, the admissibility of which he was not persuaded, indicated that as early as 1968 Ms. MacNeil had been told of the issuance of the certificate of possession.

[18] In addition, the Motions Judge rejected the appellants' argument that the limitation period did not start to run against them until the death of Charlotte Martin and the "vesting" of the plaintiffs' rights to the property.

Relevant Statutory Provisions

Federal Court Rules, 1998 (SOR/98-106)

213. . . .

(2) A defendant may, after serving and filing a defence and at any time before the time and place for trial are fixed, bring

donnés à M^{me} Geddes au sujet du certificat de possession. Elle ne dit pas que des renseignements ont été donnés à Minnie Norma MacNeil et qu'elle les a bien compris. En outre, cette note de service n'indique pas que la Couronne ait informé qui que ce soit, et notamment Minnie Norma MacNeil, que le certificat de possession n'avait pas été délivré sous réserve des dispositions du testament et qu'il aurait donc pour effet d'éteindre les intérêts que possédaient les bénéficiaires résiduels dans les terres.

La décision d'instance inférieure

[17] Le juge des requêtes a conclu que, lorsque le défendeur démontre qu'un délai de prescription est à première vue expiré, le demandeur a la charge de démontrer qu'il ne savait pas et qu'il n'aurait pas pu savoir, même en faisant preuve d'une diligence raisonnable, qu'il possédait un droit d'action tel que le délai de prescription n'était pas expiré. Le juge des requêtes a conclu que les appelants ne s'étaient pas acquittés de l'obligation qui leur incombait; voici ce qu'il a dit [au paragraphe 9]: «En l'espèce, les demandeurs n'ont pas présenté de preuve montrant que Minnie Norma MacNeil ne savait pas et ne pouvait pas raisonnablement découvrir que Charlotte Martin avait traité la propriété d'une façon fort publique et d'une façon qui était incompatible avec sa demande, une vingtaine d'années avant l'introduction de l'action.» Le juge des requêtes a dit que le nombre peu important d'éléments de preuve disponibles, et il n'était pas convaincu qu'ils soient admissibles, montrait que, dès 1968, on avait informé M^{me} MacNeil de la délivrance du certificat de possession.

[18] De plus, le juge des requêtes a rejeté l'argument des appelants selon lequel le délai de prescription n'avait commencé à courir à leur encontre que lors du décès de Charlotte Martin et de la «dévolution» des droits que possédaient les demandeurs sur la propriété.

Dispositions législatives pertinentes

Règles de la Cour fédérale (1998) (DORS/98-106)

213. [. . .]

(2) Le défendeur peut, après avoir signifié et déposé sa défense et avant que l'heure, la date et le lieu de l'instruction

a motion for summary judgment dismissing all or part of the claim set out in the statement of claim.

...

215. A response to a motion for summary judgment shall not rest merely on allegations or denials of the pleadings of the moving party, but must set out specific facts showing that there is a genuine issue for trial.

216. (1) Where on a motion for summary judgment the Court is satisfied that there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence, the Court shall grant summary judgment accordingly.

...

(3) Where on a motion for summary judgment the Court decides that there is a genuine issue with respect to a claim or defence, the Court may nevertheless grant summary judgment in favour of any party, either on an issue or generally, if the Court is able on the whole of the evidence to find the facts necessary to decide the questions of fact and law.

Limitations Act

5...

(11) Where the estate or interest claimed is an estate or interest in reversion or remainder, or other future estate or interest, and no person has obtained the possession or receipt of the profits of the land, or the receipt of the rent, in respect of such estate or interest, such right shall be deemed to have first accrued at the time at which such estate or interest became an estate or interest in possession.

...

6.—(1) If the person last entitled to any particular estate on which any future estate or interest was expectant has not been in the possession or receipt of the profits of the land, or in receipt of the rent, at the time when the person's interest determined, no such entry or distress shall be made and no such action shall be brought by any person becoming entitled in possession to a future estate or interest but within ten years next after the time when the right to make an entry or distress, or to bring an action for the recovery of the land or rent, first accrued to the person whose interest has so determined, or within five years next after the time when the estate of the person becoming entitled in possession has become vested in possession, whichever of those two periods is the longer.

soient fixés, présenter une requête pour obtenir un jugement sommaire rejetant tout ou partie de la réclamation contenue dans la déclaration.

[...]

215. La réponse à une requête en jugement sommaire ne peut être fondée uniquement sur les allégations ou les dénégations contenues dans les actes de procédure déposés par le requérant. Elle doit plutôt énoncer les faits précis démontrant l'existence d'une véritable question litigieuse.

216. (1) Lorsque, par suite d'une requête en jugement sommaire, la Cour est convaincue qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse quant à une déclaration ou à une défense, elle rend un jugement sommaire en conséquence.

[...]

(3) Lorsque, par suite d'une requête en jugement sommaire, la Cour conclut qu'il existe une véritable question litigieuse à l'égard d'une déclaration ou d'une défense, elle peut néanmoins rendre un jugement sommaire en faveur d'une partie, soit sur une question particulière, soit de façon générale, si elle parvient à partir de l'ensemble de la preuve à dégager les faits nécessaires pour trancher les questions de fait et de droit.

Loi sur la prescription des actions

5 [...]

(11) Si le domaine ou l'intérêt revendiqué est un domaine ou un intérêt futur, notamment de réversion ou résiduel, et que personne n'a obtenu la possession ni perçu les profits du bien-fonds ou le loyer relativement à ce domaine ou à cet intérêt, le droit est réputé avoir pris naissance à la date à laquelle ce domaine ou cet intérêt est devenu un domaine ou un intérêt en possession.

[...]

6 (1) Si la personne, ayant droit en dernier lieu à un domaine particulier auquel un domaine ou un intérêt futur se rattachait en expectative, n'était pas en possession d'un bien-fonds ou n'en percevait pas les profits ni le loyer à la date de résolution de son intérêt, le droit d'entrer, de pratiquer la saisie-gagerie ou d'intenter l'action que peut exercer la personne qui acquiert un droit en possession sur un domaine ou un intérêt futur se prescrit par dix ans à compter de la date à laquelle le droit d'entrer, de pratiquer la saisie-gagerie ou d'intenter une action en revendication du bien-fonds ou du loyer a pris naissance en faveur de la personne dont l'intérêt a été résolu, ou par cinq ans à compter de la date à laquelle le domaine de la personne acquérant le droit en possession a été

dévolu en possession, selon la plus longue de ces deux périodes.

...

[...]

45.—(1) The following actions shall be commenced within and not after the times respectively hereinafter mentioned,

45 (1) Les actions suivantes se prescrivent par les délais respectifs indiqués ci-dessous

...

[...]

(g) an action for trespass to goods or land, simple contract or debt grounded upon any lending or contract without specialty, debt for arrears of rent, detinue, replevin or upon the case other than for slander,

g) l'action pour atteinte à la possession mobilière ou de biens-fonds, l'action sur contrat sans le sceau, en remboursement d'une dette fondée sur un prêt ou un contrat sans acte scellé, ou en remboursement d'une dette pour arriérés de loyer, l'action pour détention illicite, l'action en restitution ou l'action pour atteinte indirecte autre que pour diffamation verbale,

within six years after the cause of action arose. [Emphasis added.]

se prescrit par six ans à compter de la naissance de la cause d'action [Non souligné dans l'original.]

Arguments

[19] The appellants argued that the Motions Judge erred in failing to find that there was a genuine issue for trial with respect to the applicable limitation period in this case. According to the appellants, the appropriate limitation period is not set out in subsection 45(1) of the *Limitations Act*, but rather is set out in subsections 5(11) and 6(1). According to these latter provisions, Minnie Norma MacNeil's cause of action against the Crown did not arise and the limitation period did not commence until she was entitled under the will to her remainder interest in the land at issue, which was upon the death of Charlotte Martin, the life interest holder, in 1999.

Arguments

[19] Les appelants ont soutenu que le juge des requêtes avait commis une erreur en omettant de conclure qu'il existait une véritable question litigieuse au sujet du délai de prescription applicable en l'espèce. Selon les appelants, le délai de prescription pertinent n'est pas fixé au paragraphe 45(1) de la *Loi sur la prescription des actions*, mais il est plutôt fixé aux paragraphes 5(11) et 6(1). Selon ces dernières dispositions, la cause d'action de Minnie Norma MacNeil contre la Couronne n'a pris naissance et le délai de prescription n'a commencé à courir qu'au moment où M^{me} MacNeil a obtenu, en vertu du testament, le reste de l'intérêt dans la terre en question, soit lors du décès, en 1999, de Charlotte Martin, qui était titulaire d'un intérêt viager.

[20] The appellants also argued that even if the appropriate limitation period is six years after the cause of action arose as set out in subsection 45(1) of the *Limitations Act*, according to the "discoverability principle", the cause of action does not arise until the plaintiff knows or ought to have known about the material facts giving rise to the cause of action. In this case, whether or not Minnie Norma MacNeil knew or ought to have known about the material facts giving rise to her cause of action more than six years before she filed the statement of claim presents a genuine issue for

[20] Les appelants ont également soutenu que même si le délai de prescription applicable expire six ans après que la cause d'action a pris naissance, comme le prévoit le paragraphe 45(1) de la *Loi sur la prescription des actions*, la cause d'action ne prend naissance, selon le «principe de la possibilité de découverte», qu'au moment où le demandeur est au courant ou aurait dû être au courant des faits pertinents donnant lieu à la cause d'action. En l'espèce, la question de savoir si Minnie Norma MacNeil était au courant ou aurait dû être au courant des faits pertinents donnant lieu à sa cause

trial. According to the appellants, contrary to the finding of the Motions Judge that they did not submit “any” evidence on this point, they submitted affidavit evidence that Minnie Norma MacNeil only learned in 1990 that her interest in the estate had been adversely affected by the issuance of a certificate of possession to Charlotte Martin. As a result, the Motions Judge erred in finding there were sufficient facts to hold that Minnie Norma MacNeil ought to have known prior to 1990 that the certificate of possession was not issued subject to the terms of the will. Since she commenced the action in 1991, the limitation period has not expired.

[21] Furthermore, the appellants argued that on a motion for summary judgment, the onus is on the moving party to establish that there is no genuine issue for trial. As a result, the Motions Judge erred in finding that the onus was on the appellants.

[22] The respondent argued that under subsection 45(1) of the *Limitations Act*, the appellants were required to bring their claim within six years of the cause of action arising. Since the certificate of possession was issued in 1968, *prima facie*, the limitation period has expired. The appellants therefore had the onus of filing affidavit or other evidence establishing that there is a genuine issue for trial with respect to whether or not the appellants’ cause of action was reasonably discoverable at the time the certificate of possession was issued. The Motions Judge did not err in holding that they had failed to satisfy this onus.

[23] The respondent also argued that the Motions Judge did not err in finding that subsections 5(11) and 6(1) of the *Limitations Act* do not apply. The appellants’ claim against the Crown is based on an allegation of an improper action by Crown servants in 1968, and as a result, the limitation period should run from the date of the cause of action not at the time of Charlotte Martin’s

d’action plus de six ans avant de déposer la déclaration est une véritable question litigieuse. Les appelants affirment que, contrairement à la conclusion du juge des requêtes selon laquelle ils n’avaient pas présenté de preuve sur ce point, ils ont soumis une preuve par affidavit attestant que Minnie Norma MacNeil n’a appris qu’en 1990 que la délivrance d’un certificat de possession en faveur de Charlotte Martin avait une incidence sur l’intérêt qu’elle possédait dans la succession. Le juge des requêtes a donc commis une erreur en concluant qu’il disposait d’un nombre suffisant de faits pour statuer que Minnie Norma MacNeil aurait dû savoir avant 1990 que le certificat de possession n’avait pas été délivré sous réserve des dispositions du testament. Étant donné que l’action a été intentée en 1991, le délai de prescription n’était pas expiré.

[21] Les appelants ont en outre soutenu que, dans le cadre d’une requête en jugement sommaire, il incombe au requérant d’établir qu’il n’existe aucune véritable question litigieuse. Le juge des requêtes a donc commis une erreur en concluant que la charge incombait aux appelants.

[22] L’intimée a soutenu qu’en vertu du paragraphe 45(1) de la *Loi sur la prescription des actions*, les appelants étaient tenus de présenter leur demande dans les six ans qui suivaient la date à laquelle la cause d’action avait pris naissance. Étant donné que le certificat de possession avait été délivré en 1968, le délai de prescription était à première vue expiré. Les appelants avaient donc la charge de déposer un affidavit ou un autre élément de preuve établissant qu’il existait une véritable question litigieuse, à savoir si leur cause d’action pouvait raisonnablement être découverte au moment de la délivrance du certificat de possession. Le juge des requêtes n’a pas commis d’erreur en statuant que les appelants ne s’étaient pas acquittés de cette obligation.

[23] L’intimée a également soutenu que le juge des requêtes n’avait pas commis d’erreur en concluant que les paragraphes 5(11) et 6(1) de la *Loi sur la prescription des actions* ne s’appliquaient pas. La demande que les appelants ont présentée contre la Couronne est fondée sur l’allégation selon laquelle les préposés de la Couronne avaient agi d’une façon

death. Furthermore, once the certificate of possession was issued to Charlotte Martin, Minnie Norma MacNeil no longer had a “future interest” in the land in question and as a result subsections 5(11) and 6(1) also do not apply for this reason. In any case, the respondent argued that according to section 47 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149 (the *Indian Act*), the Minister’s decision to issue a certificate of possession can only be challenged within two months from the date the decision was made.

inappropriée en 1968 et que le délai de prescription devait donc commencer à courir à compter de la date à laquelle la cause d’action avait pris naissance plutôt qu’à la date du décès de Charlotte Martin. En outre, une fois que le certificat de possession a été délivré à Charlotte Martin, Minnie Norma MacNeil ne possédait pas un «intérêt futur» dans la terre en question et les paragraphes 5(11) et 6(1) ne s’appliquaient donc pas non plus, et ce, pour la même raison. Quoi qu’il en soit, l’intimée a soutenu que, selon l’article 47 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149 (la *Loi sur les Indiens*), la décision du ministre de délivrer un certificat de possession peut uniquement être contestée dans les deux mois qui suivent la date de la décision.

Issues

1. What was the appellants’ onus on the summary judgment motion with respect to the issue of whether Minnie Norma MacNeil knew or ought to have known the material facts giving rise to the cause of action such that she was precluded by subsection 45(1) of the *Limitations Act* from making her claim?
2. Did the Motions Judge make a reviewable error by holding that the appellants failed to fulfill this onus?
3. Did the Motions Judge make a reviewable error by deciding that the limitation period in subsections 5(11) and 6(1) of the *Limitations Act* did not apply?

Analysis

1. What was the appellants’ onus on the summary judgment motion with respect to the issue of whether Minnie Norma MacNeil knew or ought to have known the material facts giving rise to the cause of action such that she was precluded by subsection 45(1) of the *Limitations Act* from making her claim?

[24] It is not entirely clear from the decision of the Motions Judge whether he was of the opinion that the

Points litigieux

1. Quelle était l’obligation qui incombait aux appelants dans le cadre de la requête en jugement sommaire, pour ce qui est de la question de savoir si Minnie Norma MacNeil était au courant ou aurait dû être au courant des faits pertinents ayant donné lieu à la cause d’action, de sorte que le paragraphe 45(1) de la *Loi sur la prescription des actions* l’empêchait de présenter sa demande?
2. Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur susceptible de révision en statuant que les appelants ne s’étaient pas acquittés de leur obligation?
3. Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur susceptible de révision en décidant que le délai de prescription prévu aux paragraphes 5(11) et 6(1) de la *Loi sur la prescription des actions* ne s’appliquait pas?

Analyse

1. Quelle était l’obligation qui incombait aux appelants dans le cadre de la requête en jugement sommaire, pour ce qui est de la question de savoir si Minnie Norma MacNeil était au courant ou aurait dû être au courant des faits pertinents ayant donné lieu à la cause d’action, de sorte que le paragraphe 45(1) de la *Loi sur la prescription des actions* l’empêchait de présenter sa demande?

[24] La décision du juge des requêtes ne montre pas clairement s’il était d’avis que la charge de la preuve qui

appellants' burden of proof on the summary judgment motion was to establish that Minnie Norma MacNeil did not know and could not have known with reasonable diligence that she had a right of action when the certificate of possession was issued or whether he was simply stating that this was the burden that the appellants would have at trial. If the Motions Judge was of the opinion that this was the appellants' burden of proof on the motion for summary judgment then this was an error of law.

[25] If a defendant argues at trial that a limitation period has *prima facie* expired, the plaintiff has the onus to prove that the limitation period has not expired because the plaintiff was not aware of the material facts giving rise to the cause of action within the required period of time before the statement of claim was filed. See *Findlay v. Holmes* (1998), 111 O.A.C. 319 (C.A.). However, parties responding to a motion for summary judgment do not have the same onus as they would if they were plaintiffs at trial. Parties responding to a motion for summary judgment do not have the burden of proving all of the facts in their case; rather, according to rule 215 of the *Federal Court Rules, 1998* responding parties have only an evidentiary burden to put forward evidence showing that there is a genuine issue for trial:

215. A response to a motion for summary judgment shall not rest merely on allegations or denials of the pleadings of the moving party, but must set out specific facts showing that there is a genuine issue for trial.

As a result, on the summary judgment motion, the appellants had to put forward evidence showing that there was a genuine issue as to whether or not Minnie Norma MacNeil knew or ought to have known that she had a right of action against the Crown prior to the six-year period leading up to the filing of the statement of claim.

[26] While it is not clear whether or not the Motions Judge correctly understood the appellants' onus, in any case, this would not likely have changed his decision because he found that the appellants failed to put forward "any" evidence that Minnie Norma MacNeil did not know and could not reasonably have known of the cause

incombait aux appelants dans le cadre de la requête en jugement sommaire consistait à établir que Minnie Norma MacNeil ne savait pas et n'aurait pas pu savoir, même en faisant preuve d'une diligence raisonnable, qu'elle possédait un droit d'action lorsque le certificat de possession a été délivré ou s'il disait simplement que telle était l'obligation qui incomberait aux appelants à l'instruction. Si le juge des requêtes était d'avis que telle était la charge de la preuve incombant aux appelants dans le cadre de la requête en jugement sommaire, il s'agissait d'une erreur de droit.

[25] Si le défendeur soutient à l'instruction qu'un délai de prescription est à première vue expiré, le demandeur a la charge de prouver que le délai de prescription n'est pas expiré parce qu'il n'a pas pris connaissance des faits pertinents ayant donné lieu à la cause d'action dans le délai requis avant le dépôt de la déclaration. Voir *Findlay v. Holmes* (1998), 111 O.A.C. 319 (C.A.). Toutefois, les parties qui répondent à une requête en jugement sommaire n'ont pas la charge qu'elles auraient si elles étaient demanderesse à l'instruction. Les parties qui répondent à une requête en jugement sommaire n'ont pas la charge de prouver tous les faits de l'affaire; selon la règle 215 des *Règles de la Cour fédérale* (1998), elles sont uniquement tenues de présenter une preuve montrant qu'il existe une véritable question litigieuse:

215. La réponse à une requête en jugement sommaire ne peut être fondée uniquement sur les allégations ou les dénégations contenues dans les actes de procédure déposés par le requérant. Elle doit plutôt énoncer les faits précis démontrant l'existence d'une véritable question litigieuse.

Par conséquent, dans le cadre de la requête en jugement sommaire, les appelants devaient soumettre une preuve montrant qu'il existait une véritable question litigieuse, à savoir si Minnie Norma MacNeil savait ou aurait dû savoir qu'elle possédait une cause d'action contre la Couronne avant le délai de six ans qui a précédé le dépôt de la déclaration.

[26] On ne sait pas trop si le juge des requêtes a correctement compris la charge qui incombait aux appelants, mais de toute façon cela n'aurait probablement rien changé à sa décision parce qu'il a conclu que les appelants n'avaient pas présenté de preuve montrant que Minnie Norma MacNeil n'était pas

of action prior to filing her statement of claim.

2. Did the Motions Judge make a reviewable error by holding that the appellants had failed to present any evidence on the issue of discoverability?

[27] The Motions Judge in this case acted under subsection 216(3) of the *Federal Court Rules, 1998*. He stated [at paragraph 7]: “In my view, the wording of rule 216(3) is specific in instructing the Court to make findings of facts where it is able to do so on the material and in a fair and just manner.” He proceeded to find that the appellants had not presented any evidence on the issue of discoverability [at paragraph 9]:

Here, the plaintiff has failed to give any evidence to show that Minnie Norma MacNeil did not know and could not reasonably have discovered that Charlotte Martin had dealt with the property in a very public manner and one which was incompatible with her claim some 20 years before the action was brought. The burden has not been discharged. Furthermore, such evidence as there is, and there is very little indeed, and I have by no means been persuaded of its admissibility, indicates that as early as 1968 Ms. MacNeil had been told of the issuance of the Certificate of Possession to Charlotte Martin and had warned the latter not to act in a way incompatible with her interests. At the very least, that would indicate to me that she was put on inquiry. That is enough, in my view, to dispose of the issue of discoverability on which, as I say, the plaintiff bears the burden.

[28] Under subsection 216(3), a motions judge is given the discretion to grant summary judgment in favour of a party even if there is a genuine issue for trial if the Court is able on the whole of the evidence to find the facts necessary to decide the questions of fact and law. According to *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, the standard of review to be applied to the discretionary decision of a motions judge is whether the judge gave sufficient weight to all relevant considerations. This test was also followed by this Court in *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, [2003] 1 F.C. 242 (C.A.).

au courant et n’aurait pas raisonnablement pu être au courant de la cause d’action avant le dépôt de la déclaration.

2. Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur susceptible de révision en statuant que les appelants n’avaient pas présenté de preuve au sujet de la question de la possibilité de découverte?

[27] En l’espèce, le juge des requêtes s’est fondé sur le paragraphe 216(3) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. Voici ce qu’il a dit [au paragraphe 7]: «À mon avis, le libellé du paragraphe 216(3) des Règles prévoit expressément que la Cour peut tirer des conclusions de fait si elle est en mesure de le faire d’une façon équitable et juste compte tenu des éléments dont elle dispose.» Il a ensuite conclu que les appelants n’avaient pas présenté de preuve au sujet de la question de la possibilité de découverte [au paragraphe 9]:

En l’espèce, les demandeurs n’ont pas présenté de preuve montrant que Minnie Norma MacNeil ne savait pas et ne pouvait pas raisonnablement découvrir que Charlotte Martin avait traité la propriété d’une façon fort publique et d’une façon qui était incompatible avec sa demande, une vingtaine d’années avant l’introduction de l’action. On n’a pas satisfait à la charge de la preuve. En outre, les éléments de preuve qui existent, et il en existe de fait fort peu, et je ne suis aucunement convaincu qu’ils soient admissibles, indiquent que, dès 1968, on avait informé M^{me} MacNeil qu’un certificat de possession avait été délivré à Charlotte Martin et que M^{me} MacNeil avait bien fait savoir à Charlotte Martin qu’elle ne devait pas agir à l’encontre de ses intérêts. Cela indiquerait à tout le moins selon moi qu’elle a été informée de la situation. À mon avis, cela suffit pour trancher la question de la possibilité de découverte à l’égard de laquelle, comme je l’ai dit, le demandeur a la charge de la preuve.

[28] En vertu du paragraphe 216(3), le juge des requêtes a le pouvoir discrétionnaire de rendre un jugement sommaire en faveur d’une partie malgré l’existence d’une véritable question litigieuse s’il parvient, à partir de l’ensemble de la preuve, à dégager les faits nécessaires pour trancher les questions de fait et de droit. Selon l’arrêt *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, la norme de contrôle à appliquer à la décision discrétionnaire du juge des requêtes est de savoir s’il a accordé suffisamment d’importance à toutes les considérations pertinentes. Ce critère a également été suivi par la Cour dans l’arrêt *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, [2003] 1 C.F. 242 (C.A.).

[29] The Motions Judge erred by finding that the appellants “failed to give any evidence” to show that Minnie Norma MacNeil did not know or could not reasonably have known about the cause of action at the time of the issuance of the certificate of possession. In making this finding, the Motions Judge clearly ignored the affidavit evidence of Minnie Norma MacNeil’s son, Robert Gary Miller on this issue, which was a highly relevant consideration. In his affidavit, Mr. Miller indicated his belief that his mother “always thought she was entitled to her interest in the homestead property following Charlotte Martin’s death.” As well, during the cross-examination of Mr. Miller on his affidavit, he indicated his belief that prior to 1990, Minnie Norma MacNeil never received a copy of the certificate of possession nor was she told that one had been issued. Further, he stated in his affidavit that his mother “had no sophistication in Indian estate matters. Even if she was made aware of the existence of a certificate of possession, she would not have understood that this negated any residual interest she had in the homestead property following Charlotte Martin’s death.” He also indicated his belief that the first time his mother would have had knowledge that her interest in the homestead property was adversely affected by the issuance of a certificate of possession would have been in 1990.

[30] Even if the relevant standard for reviewing the Motions Judge’s finding in this case was that of palpable and overriding error, this threshold is met.

[31] The only evidence that the Motions Judge seemed to find on this issue of discoverability was the 1968 memorandum indicating that there had been a meeting with a representative of the Crown and certain beneficiaries under David General’s will, including Minnie Norma MacNeil, and that at this meeting the Crown representative told Mrs. Geddes, the daughter of David General, that a certificate of possession had been issued. However, the appellants have put forward evidence suggesting that even if Minnie Norma MacNeil was aware that a certificate of possession had been issued to Charlotte Martin, she would not have

[29] Le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que les appelants «[n’avaient] pas présenté de preuve» pour démontrer que Minnie Norma MacNeil n’était pas au courant ou n’aurait pas raisonnablement pu être au courant de la cause d’action au moment où le certificat de possession a été délivré. En tirant cette conclusion, le juge des requêtes a clairement omis de tenir compte de la preuve par affidavit présentée sur ce point par le fils de Minnie Norma MacNeil, Robert Gary Miller, ce qui était une considération fort pertinente. Dans son affidavit, M. Miller a déclaré croire que sa mère [TRADUCTION] «a[vait] toujours cru qu’elle détenait un intérêt dans le homestead après le décès de Charlotte Martin». De plus, lorsque M. Miller a été contre-interrogé au sujet de son affidavit, il a fait savoir qu’il croyait qu’avant 1990, Minnie Norma MacNeil n’avait jamais reçu de copie du certificat de possession et qu’on ne lui avait jamais dit qu’un certificat avait été délivré. En outre, voici ce qu’il a déclaré dans son affidavit: [TRADUCTION] «[Ma mère] ne s’y connaissait pas en matière de succession indienne. Même si elle avait été mise au courant de l’existence d’un certificat de possession, elle n’aurait pas compris qu’il faisait disparaître tout intérêt résiduel qu’elle possédait dans le homestead après le décès de Charlotte Martin.» M. Miller a également déclaré croire que sa mère aurait appris pour la première fois en 1990 que la délivrance d’un certificat de possession avait des incidences sur l’intérêt qu’elle détenait dans le homestead.

[30] Même si la norme de contrôle à appliquer à la conclusion tirée en l’espèce par le juge des requêtes était celle de l’erreur manifeste dominante, il a été satisfait à cette exigence préliminaire.

[31] Le seul élément de preuve dont le juge des requêtes semblait avoir pris connaissance, pour ce qui est de la question de la possibilité de découverte, était la note de service de 1968 indiquant qu’une rencontre avait eu lieu avec un représentant de la Couronne et certains bénéficiaires, en vertu du testament de David General, y compris Minnie Norma MacNeil, et que lors de cette rencontre, le représentant de la Couronne avait dit à M^{me} Geddes, fille de David General, qu’un certificat de possession avait été délivré. Toutefois, les appelants ont soumis des éléments de preuve donnant à entendre que même si Minnie Norma MacNeil savait qu’un certificat

understood the legal significance of this. Furthermore, there is no evidence that the Crown representative explained to any of the beneficiaries, including Minnie Norma MacNeil, the contents of the certificate of possession. As a result, even if Minnie Norma MacNeil was aware that a certificate of possession had been issued, in order for her to have been aware of the material facts giving rise to the cause of action, she would have had to know that the certificate of possession had been issued in a way that was not consistent with the terms of the will. A certificate of possession issued to Charlotte Martin in accordance with the terms of the will may not have precluded Minnie Norma MacNeil from acquiring her interest in the homestead property upon the death of Charlotte Martin. See *Pronovost v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1985] 1 F.C. 517 (C.A.), at page 522.

[32] In my view, the Motions Judge's statement that the appellants presented no evidence on this issue was clearly wrong. On a summary judgment motion, evidence is presented by affidavit. The affidavit evidence in this case clearly raises a genuine issue for trial. Furthermore, the decision of whether or not to accept the evidence of Robert Miller on this point will come down to credibility, and, as a result, a trial judge who will hear Robert Miller give oral evidence is best suited to decide this issue. The case law is clear that where there is an issue of credibility involved, the case should not be decided on summary judgment under subsection 216(3) of the Rules but rather should go to trial because the parties should be cross-examined before the trial judge. See *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853 (T.D.) (*Granville Shipping*), which was approved by this Court in *ITV Technologies Inc. v. WIC Television Ltd.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 174 (F.C.T.D.) (*ITV*).

[33] The Motions Judge's findings [at paragraph 9] that the appellants failed to give any evidence that Minnie Norma MacNeil did not know or could not reasonably have discovered that "Charlotte Martin had dealt with the property in a very public manner and one

de possession avait été délivré à Charlotte Martin, elle n'en aurait pas compris l'effet juridique. En outre, rien ne montre que le représentant de la Couronne ait expliqué la teneur du certificat aux bénéficiaires, et notamment à Minnie Norma MacNeil. Par conséquent, même si Minnie Norma MacNeil savait qu'un certificat de possession avait été délivré, pour être au courant des faits pertinents donnant naissance à la cause d'action, elle aurait dû savoir que le certificat de possession avait été délivré d'une façon qui n'était pas conforme aux dispositions du testament. Un certificat de possession délivré à Charlotte Martin conformément aux dispositions du testament n'aurait peut-être pas empêché Minnie Norma MacNeil d'acquiescer son intérêt dans le homestead lors du décès de Charlotte Martin. Voir *Pronovost c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1985] 1 C.F. 517 (C.A.), à la page 522.

[32] À mon avis, la remarque du juge des requêtes selon laquelle les appelants n'ont pas présenté de preuve sur ce point était clairement erronée. Dans le cadre d'une requête en jugement sommaire, la preuve est présentée par affidavit. Or, la preuve par affidavit, en l'espèce, soulève clairement une véritable question litigieuse. En outre, la décision relative à la question de savoir s'il faut retenir la preuve soumise par Robert Miller sur ce point se résumera à une question de crédibilité; or, le juge présidant l'instruction qui entendra le témoignage oral de Robert Miller est mieux placé pour trancher la question. La jurisprudence montre clairement que lorsqu'il se pose une question de crédibilité, l'affaire ne devrait pas être tranchée au moyen d'un jugement sommaire rendu en vertu du paragraphe 216(3), mais qu'elle devrait plutôt faire l'objet d'une instruction parce que les parties devraient être contre-interrogées devant le juge du procès. Voir la décision *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853 (1^{re} inst.) (*Granville Shipping*), qui a été approuvée par la présente Cour dans l'arrêt *ITV Technologies Inc. c. WIC Television Ltd.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 174 (C.F. 1^{re} inst.) (*ITV*).

[33] Les conclusions tirées par le juge des requêtes [au paragraphe 9], lorsqu'il a dit que les appelants n'avaient pas présenté de preuve montrant que Minnie Norma MacNeil ne savait pas ou n'aurait pas raisonnablement pu découvrir que «Charlotte Martin avait traité la

which was incompatible with her [Minnie Norma MacNeil's] claim some 20 years before the action was brought" also rests on the drawing of inferences. It was suggested in oral argument, that Charlotte Martin's children constructed houses on the land at issue prior to 1990. As a result of the construction of these houses, the Motions Judge seemed to draw the inference first that Minnie Norma MacNeil must have seen these houses and second that she must necessarily have known that the construction of these houses was contrary to her remainder interest under the will. In *Wetzel v. Canada (Attorney General)*, [2000] F.C.J. No. 155 (T.D.) (QL), the Motions Judge declined to draw an inference on a motion for summary judgment. He stated [at paragraph 9]:

I only say that the inference is possible, I do not say that it is necessary because I do not think that on a motion for summary judgment I should decide a contested issue of fact one way or the other on a matter which should only be settled by the drawing of inferences. [Emphasis added.]

Similarly, in *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, *supra*, this Court also held that under subsection 216(3) of the Rules, motions judges can only make findings of fact or law provided the relevant evidence is available on the record and does not involve a "serious" question of fact or law which turns on the drawing of inferences. In my opinion, the Motions Judge's finding in this case rests on the drawing of inferences, and as a result, for this additional reason the Motions Judge erred by granting summary judgment.

[34] I note that when the Motions Judge reached the conclusion that he was able to make findings of fact he said that Ontario case law on the issue of summary judgment should not be followed in this Court. As a result, he declined to consider two Ontario Court of Appeal decisions holding that on motions for summary judgment where there is an issue of "discoverability" under the *Limitations Act*, a motions judge should not make findings of fact. However, in *Granville Shipping*, *supra*, which was accepted by this Court in *ITV*, *supra*,

propriété d'une façon fort publique et d'une façon qui était incompatible avec sa demande [la demande de Minnie Norma MacNeil], une vingtaine d'années avant l'introduction de l'action» repose également sur des inférences. Au cours de l'argumentation orale, on a donné à entendre que les enfants de Charlotte Martin avaient construit des habitations sur la terre en question avant l'année 1990. Le juge des requêtes a semblé inférer, par suite de la construction de ces habitations, premièrement que Minnie Norma MacNeil devait avoir vu ces habitations et deuxièmement qu'elle devait nécessairement savoir que la construction de ces habitations allait à l'encontre de l'intérêt résiduel qui lui était accordé par testament. Dans la décision *Wetzel c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n° 155 (1^{re} inst.) (QL), le juge des requêtes a refusé de faire une inférence dans le cadre d'une requête en jugement sommaire. Voici ce qu'il a dit [au paragraphe 9]:

Je dis seulement que pareille conclusion est possible, je ne dis pas qu'elle est inéluctable parce que je ne pense pas que, sur requête en jugement sommaire, il y ait lieu pour la Cour de se prononcer dans un sens ou dans l'autre sur un point de fait, qui ne doit être tranché qu'après les conclusions appropriées. [Non souligné dans l'original.]

De même, dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, précité, la présente Cour a également statué qu'en vertu du paragraphe 216(3) des Règles, le juge des requêtes peut uniquement tirer des conclusions de fait ou de droit, à condition qu'il existe dans le dossier des éléments de preuve pertinents qui ne portent pas sur une question de fait ou de droit «sérieuse» reposant sur des inférences. À mon avis, la conclusion du juge des requêtes dans ce cas-ci repose sur des inférences et, cela étant, le juge des requêtes a commis une erreur en accordant un jugement sommaire.

[34] Je note que lorsque le juge des requêtes a conclu qu'il pouvait tirer des conclusions de fait, il a dit que la jurisprudence de l'Ontario en matière de jugements sommaires ne devait pas être suivie par la présente Cour. Il a donc refusé de tenir compte de deux arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario dans lesquels il avait été statué que, dans le cadre d'une requête en jugement sommaire, où se pose une question de «possibilité de découverte» en vertu de la *Loi sur la prescription des actions*, le juge des requêtes ne devrait pas tirer de conclusions de fait.

the Court [at paragraph 8] specifically held that when dealing with summary judgment cases, “provincial practice rules (especially Rule 20 of the Ontario *Rules of Civil Procedure* . . . can aid in interpretation” even while recognizing that the Ontario Rules [*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194] are not as broad as the Federal Court Rules. In *Granville Shipping, supra*, the Court also followed the principle from *Pizza Pizza Ltd. v. Gillespie* (1990), 75 O.R. (2d) 225 (*Pizza Pizza*), a decision of the Ontario Court General Division, that the test for granting summary judgment is where a case is so doubtful that it does not deserve consideration by the trier of fact.

[35] The decision of the Motions Judge regarding the relevance of Ontario case law demonstrates some of the confusion that exists about the appropriate meaning of rule 216 and the role of the court on a motion for summary judgment. The Motions Judge found that subsection 216(3) entitled him to make findings of fact in the circumstances of this case. However, relying in part on the Ontario decision of *Pizza Pizza, supra*, this Court has held that where there are issues of credibility, the case should go to trial. See *Apotex, supra* and *Feoso Oil Ltd. v. Sarla (The)*, [1995] 3 F.C. 68 (C.A.), at pages 83, 84. In *Feoso Oil, supra*, Stone J.A. quoted from the Ontario case *Pizza Pizza, supra*, regarding the issue of credibility. Stone J.A. stated at page 80:

In *Pizza Pizza Ltd. v. Gillespie* (1990), 75 O.R. (2d) 255 (Gen. Div.), Henry J. after reviewing several earlier decisions of Ontario courts, had this to say at pages 237-238:

In my opinion, there is a lower threshold that is contemplated by the new Rule 20 and the case law developing. It is that the court, in taking a hard look at the merits, must decide whether the case merits reference to a judge at trial. It will, no doubt, have to go to trial if there are real issues of credibility, the resolution of

Toutefois, dans la décision *Granville Shipping*, précitée, qui a été retenue par la présente cour dans l’arrêt *ITV*, précité, la Cour [au paragraphe 8] a expressément statué que, dans les cas de jugements sommaires, «les règles de pratique provinciales (spécialement la Règle 20 des *Règles de procédure civile* de l’Ontario [. . .] peuvent faciliter l’interprétation» tout en reconnaissant que les Règles de l’Ontario [*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194] ne sont pas aussi générales que les Règles de la Cour fédérale. Dans la décision *Granville Shipping*, précitée, la Cour a également suivi le principe énoncé dans la décision *Pizza Pizza Ltd. c. Gillespie* (1990), 75 O.R. (2d) 225 (*Pizza Pizza*), une décision de la Division générale de la Cour de l’Ontario, selon lequel le critère à appliquer aux fins de l’octroi d’un jugement sommaire est de savoir si le succès de la demande est tellement douteux que celle-ci ne mérite pas d’être examinée par le juge des faits.

[35] La décision rendue par le juge des requêtes au sujet de la pertinence de la jurisprudence de l’Ontario démontre en partie la confusion qui règne au sujet du sens qu’il convient de donner à la règle 216 et du rôle de la cour dans le cadre d’une requête en jugement sommaire. Le juge des requêtes a conclu que le paragraphe 216(3) des Règles l’autorisait à tirer des conclusions de fait eu égard aux circonstances de l’affaire. Toutefois, en se fondant en partie sur la décision rendue en Ontario dans l’affaire *Pizza Pizza*, précitée, la présente Cour a statué que lorsque des questions de crédibilité se posent, l’affaire doit faire l’objet d’une instruction. Voir *Apotex*, précité, et *Feoso Oil Ltd. c. Sarla (Le)*, [1995] 3 C.F. 68 (C.A.), aux pages 83 et 84. Dans l’arrêt *Feoso Oil*, précité, le juge Stone, J.C.A. a cité un passage du jugement de l’Ontario dans l’affaire *Pizza Pizza*, précitée, au sujet de la question de la crédibilité. Il a dit ce qui suit à la page 80:

Dans l’affaire *Pizza Pizza Ltd. v. Gillespie* (1990), 75 O.R. (2d) 255 (Div. gén.), le juge Henry a passé en revue plusieurs décisions antérieures des tribunaux ontariens avant de déclarer, aux pages 237 et 238:

[TRADUCTION] À mon avis, il existe une norme minimale moins exigeante établie par la nouvelle règle 20 et la jurisprudence qui se développe. Selon cette norme, la Cour doit, en examinant minutieusement le bien-fondé d’une instance, décider si l’affaire mérite d’être renvoyée à un juge qui l’instruira. Il ne fait aucun

which is essential to determination of the facts.
[Emphasis added.]

As already discussed, since credibility is clearly at issue in this case, summary judgment should not have been granted.

[36] Rule 216 presents problems both for the judge hearing the application and for the parties. Once a judge declines under subsection 216(1) of the Rules, to grant summary judgment because there is a genuine issue for trial, the same judge may well then be asked to grant summary judgment under subsection 216(3). If he grants judgment, he thus deprives the party who has already established that there was a genuine issue for trial, of a trial. This puts the judge in a difficult position. While the responding party would be arguing that they had already complied with rule 215 by showing specific facts that established a genuine issue for trial, the applicant would be arguing that the judge, on the whole of the evidence, should be able to grant summary judgment. It would be very difficult for a judge to know whether he really has sufficient evidence to make such a decision, keeping in mind that the respondent was not obliged to file all of their evidence.

[37] Subsection 216(3) of the Rules has the potential to result in a fundamental unfairness by denying parties their right to a trial where there are genuine issues for the trier of fact. It is not fair that issues which have been determined to be genuine requiring a trial should be resolved on a motion because of the fundamental differences between motions and trials. To begin with, a motions judge will likely not have all of the evidence that would be available at trial. Indeed, rule 215 only requires that the party responding to the motion for summary judgment put his best foot forward by setting out facts "showing that there is a genuine issue for trial." Nowhere in the Rules is a responding party required to bring forward sufficient evidence so that genuine issues for trial may be resolved on a motion for summary judgment. As a result, once the motions judge decides that there is a genuine issue for trial, the discretion given to him to nevertheless grant summary judgment by deciding the questions of fact could result in unfairness.

doute que l'affaire sera instruite s'il existe de véritables questions de crédibilité qui doivent absolument être tranchées pour qu'une décision sur les faits soit rendue.
[Non souligné dans l'original.]

Comme il en a déjà été fait mention, étant donné que la crédibilité est clairement en cause en l'espèce, un jugement sommaire n'aurait pas dû être rendu.

[36] La règle 216 présente des problèmes tant pour le juge qui entend la demande que pour les parties. Une fois que le juge refuse, en vertu du paragraphe 216(1) des Règles, de rendre un jugement sommaire parce qu'il existe une véritable question litigieuse, ce juge peut bien se faire demander de rendre un jugement sommaire en vertu du paragraphe 216(3). S'il rend le jugement, il prive d'une instruction la partie qui a déjà établi qu'il existe une véritable question litigieuse. Cela met le juge dans une situation difficile. La partie qui répond soutiendrait qu'elle s'est déjà conformée à la règle 215 en énonçant des faits précis démontrant l'existence d'une véritable question litigieuse, mais le demandeur soutiendrait que le juge devrait parvenir, à partir de l'ensemble de la preuve, à rendre un jugement sommaire. Il serait fort difficile pour un juge de savoir s'il dispose réellement de suffisamment d'éléments de preuve pour rendre pareille décision, étant donné que le défendeur n'était pas obligé de présenter toute sa preuve.

[37] Le paragraphe 216(3) des Règles peut donner lieu à une iniquité fondamentale en déniaut aux parties leur droit à une instruction lorsqu'il y a de véritables questions à soumettre au juge des faits. Il n'est pas équitable que des questions qui ont déjà été considérées comme des questions véritables exigeant la tenue d'une instruction soient réglées dans le cadre d'une requête à cause des différences fondamentales existant entre une requête et une instruction. En premier lieu, le juge des requêtes ne disposera probablement pas de tous les éléments de preuve qui seront soumis à l'instruction. De fait, la règle 215 exige uniquement que la partie qui répond à la requête en jugement sommaire présente sa cause sous son meilleur jour en énonçant les faits «démontrant l'existence d'une véritable question litigieuse». Aucune disposition des Règles n'oblige la partie qui répond à avancer suffisamment d'éléments de preuve pour que les véritables questions litigieuses puissent être régées dans le cadre d'une requête en

[38] The form of evidence available during motions and at trials is also significantly different. At a trial, the parties are provided with the opportunity to tell their story to the court both by giving oral evidence themselves and by offering the oral evidence of other witnesses. As a result of this *viva voce* evidence, the trial judge is in the best position to properly assess credibility and to sift through and weigh the evidence. On a motion for summary judgment, the judge is presented with affidavit evidence and does not have the opportunity to see and hear the evidence of witnesses. Without *viva voce* evidence, a motions judge faced with a genuine issue for trial cannot properly assess credibility or sift through and weigh the evidence. In my opinion, the following statement by the Ontario Court of Appeal in *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161, when it was interpreting the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, dealing with summary judgment sheds light on the problems associated with subsection 216(3) of the Rules [at pages 173-174]:

An issue of fact must relate to a material fact. As Morden A.C.J.O. pointed out in *Ungerman, supra*, at p. 550: “[i]f a fact is not material to an action, in the sense that the result of the proceeding does not turn on its existence or non-existence, then it cannot relate to a ‘genuine issue for trial.’” In ruling on a motion for summary judgment, the court will never assess credibility, weigh the evidence, or find the facts. Instead, the court’s role is narrowly limited to assessing the threshold issue of whether a genuine issue exists as to material facts requiring a trial. Evaluating credibility, weighing evidence, and drawing factual inference are all functions reserved for the trier of fact.

jugement sommaire. Par conséquent, une fois que le juge des requêtes décide qu’il existe une véritable question litigieuse, le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré de rendre néanmoins un jugement sommaire en tranchant les questions de fait pourrait donner lieu à une iniquité.

[38] De plus, le genre de preuve présentée dans le cadre d’une requête et à l’instruction est tout à fait différent. À l’instruction, les parties ont la possibilité de raconter leur histoire à la cour en témoignant oralement elles-mêmes et en présentant le témoignage oral d’autres personnes. Par suite de ces témoignages de vive voix, le juge qui préside l’instruction est mieux placé pour apprécier comme il se doit la crédibilité et pour examiner à fond la preuve et la soupeser. Dans le cadre d’une requête en jugement sommaire, le juge reçoit une preuve par affidavit et n’a pas la possibilité de voir et d’entendre la preuve soumise par les témoins. En l’absence de témoignages de vive voix, le juge des requêtes qui fait face à une véritable question litigieuse ne peut pas apprécier la crédibilité de la façon appropriée ou encore examiner à fond la preuve et la soupeser. À mon avis, la remarque ci-après énoncée que la Cour d’appel de l’Ontario a faite dans l’affaire *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161, en interprétant les *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, portant sur les jugements sommaires jette la lumière sur les problèmes associés au paragraphe 216(3) des Règles [aux pages 173 et 174]:

[TRADUCTION] Une question de fait doit se rapporter à un fait pertinent. Comme le juge en chef adjoint de l’Ontario Morden l’a signalé dans l’arrêt *Ungerman*, précité, à la page 550: «Si un fait n’est pas pertinent dans une action, en ce sens que le résultat de l’instance ne dépend pas de son existence ou de son inexistence, il ne peut pas se rapporter à une “véritable question litigieuse”» En statuant sur une requête en jugement sommaire, la cour n’évalue jamais la crédibilité, elle n’apprécie jamais la preuve et elle ne tire jamais de conclusion de fait. Le rôle de la cour, qui est strictement délimité, consiste plutôt à apprécier la question préliminaire de savoir s’il existe, en ce qui concerne les faits pertinents, une véritable question litigieuse exigeant la tenue d’une instruction. L’évaluation de la crédibilité, l’appréciation de la preuve et la formulation de déductions factuelles sont toutes des fonctions réservées à l’appréciation du juge des faits.

As I read these observations, it must be clear to the motions judge, where the motion is brought by the defendant, as in this appeal, that it is proper to deprive the plaintiffs of their right to a trial. Summary judgment, valuable as it is for striking through sham claims and defences which stand in the way to a direct approach to the truth of a case was not intended to, nor can it, deprive a litigant of his or her right to a trial unless there is a clear demonstration that no genuine issue exists, material to the claim or defence, which is within the traditional province of a trial judge to resolve. [Emphasis added.]

Because of these fundamental differences between motions and trials, in my opinion, genuine issues for trial raised by the affidavit evidence should not be decided on motions for summary judgment.

[39] All of this is not to say that summary judgment does not have a role to play in resolving subsidiary issues which can result in a shorter trial and in some cases, where there is no genuine issue for trial found, obviating the need for a trial at all. In *Irving Ungerman Ltd. v. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545 (C.A), Morden A.C.J.O. stated [at pages 550-551]:

A litigant's "day in court", in the sense of a trial, may have traditionally been regarded as the essence of procedural justice and its deprivation the mark of procedural injustice. There can, however, be proceedings in which, because they do not involve any genuine issue which requires a trial, the holding of a trial is unnecessary and, accordingly, represents a failure of procedural justice. In such proceedings, the successful party has been both unnecessarily delayed in the obtaining of substantive justice and been obliged to incur added expense.

However, in my opinion, the fact that subsection 216(3) of the Rules gives a motions judge the discretion to decide questions which have already been labelled genuine issues for trial on a "summary" motion may result in unfairness as well as uncertainty as to precisely what the scope of the power of the motions judge is intended to be. In my opinion, once there is a genuine issue for trial, the parties should have a right to have

Selon l'interprétation que je donne de ces observations, le juge des requêtes doit clairement estimer, lorsque la requête est présentée par le défendeur comme c'est ici le cas, qu'il convient de priver les demandeurs de leur droit d'appel. Un jugement sommaire, aussi important soit-il pour éliminer les demandes et les défenses fictives qui empêchent de connaître directement la vérité dans une affaire, ne visait pas à priver un plaideur de son droit à une instruction et ne peut pas priver un plaideur de ce droit, à moins qu'il ne soit clairement démontré qu'il n'existe aucune véritable question litigieuse, une question pertinente pour ce qui est de la demande ou de la défense, qu'il incombe habituellement au juge chargé de l'instruction de régler. [Non souligné dans l'original.]

À cause des différences fondamentales entre les requêtes et les instructions, les véritables questions litigieuses soulevées par la preuve par affidavit ne devraient pas, à mon avis, être tranchées dans le cadre d'une requête en jugement sommaire.

[39] Toutefois, cela ne veut pas pour autant dire qu'un jugement sommaire n'a aucun rôle à jouer dans le règlement de questions accessoires qui peuvent abrégier la durée de l'instruction et, dans certains cas, lorsqu'aucune véritable question litigieuse n'est constatée, éviter la nécessité de tenir une instruction. Dans l'arrêt *Irving Ungerman Ltd. v. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545 (C.A), le juge en chef adjoint de l'Ontario Morden a dit ce qui suit [aux pages 550 et 551]:

[TRADUCTION] Le droit d'une partie à un litige «de se faire entendre», au sens de la tenue d'une instruction, peut avoir été considéré traditionnellement comme l'élément essentiel de la justice procédurale, et le fait d'en priver une partie comme la marque d'une injustice procédurale. Il se peut toutefois que dans des procédures ne comportant pas de véritables questions litigieuses qui commandent une instruction, la tenue d'un procès soit inutile et représente donc un manquement à la justice procédurale. Dans ce type de procédure, la partie qui a gain de cause a, à la fois, subi un retard inutile avant d'obtenir justice sur le fond et dû engager des frais additionnels.

Toutefois, à mon avis, le fait que le paragraphe 216(3) des Règles confère au juge des requêtes le pouvoir discrétionnaire de trancher des questions qui ont déjà été qualifiées de véritables questions litigieuses dans le cadre d'une requête «sommaire» peut donner lieu à une iniquité ainsi qu'à de l'incertitude au sujet de l'étendue précise du pouvoir du juge des requêtes. À mon avis, une fois qu'il existe une véritable question litigieuse, les

those issues resolved at trial.

3. Did the Motions Judge err by deciding that there was not a genuine issue for trial with respect to whether subsections 5(11) and 6(1) of the *Limitations Act* apply instead of subsection 45(1)?

[40] The Motions Judge simply rejected the appellants' argument that subsections 5(11) and 6(1) of the *Limitations Act* applied instead of subsection 45(1) without analysing these arguments. Before a motions judge determines that there is no genuine issue for trial, there should at least be some analysis of the arguments. I note that in this case the appellants were not simply asking for damages against the Crown but they were also asking for certain declarations relating to Minnie Norma MacNeil's interest under the will. While I decline to decide which is the applicable limitation period in this case, I think that the Motions Judge erred by simply rejecting the appellant's arguments without apparently considering whether they raised a genuine issue for trial. If the appellants' arguments are correct and sections 5 and 6 of the *Limitations Act* do apply to this case, the previous issue of discoverability becomes academic because the limitation period would not have started to run until 1999 when Charlotte Martin died.

[41] Finally, in this appeal, in addition to arguing that the applicable limitation period under subsection 45(1) of the *Limitations Act* has already expired, the respondent also argued that under section 47 of the *Indian Act*, the limitation period to appeal a decision of the Minister made pursuant to section 42, 43 or 46 of the *Indian Act* is two months from the time of the decision, and that this had also expired. Subsection 47(1) of the *Indian Act* provided:

47. (1) A decision of the Minister made in the exercise of the jurisdiction or authority conferred upon him by section 42,

parties devraient avoir le droit de faire régler ces questions dans le cadre d'une instruction.

3. Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en décidant qu'il n'existait pas de véritable question litigieuse au sujet de la question de savoir si ce sont les paragraphes 5(11) et 6(1) de la *Loi sur la prescription des actions* qui s'appliquent plutôt que le paragraphe 45(1)?

[40] Le juge des requêtes a simplement rejeté l'argument des appelants selon lequel c'étaient les paragraphes 5(11) et 6(1) de la *Loi sur la prescription des actions* qui s'appliquaient plutôt que le paragraphe 45(1), et ce, sans analyser ces arguments. Avant de décider qu'il n'existe aucune véritable question litigieuse, le juge des requêtes devrait du moins analyser dans une certaine mesure les arguments. Je note qu'en l'espèce, les appelants ne demandaient pas simplement des dommages-intérêts contre la Couronne, mais qu'ils demandaient également certaines déclarations se rapportant à l'intérêt accordé par testament à Minnie Norma MacNeil. Je refuse de me prononcer sur le délai de prescription applicable en l'espèce, mais je crois que le juge des requêtes a commis une erreur en rejetant simplement les arguments des appelants, apparemment sans se demander s'ils soulevaient une véritable question litigieuse. Si les arguments soulevés par les appelants sont exacts et si les articles 5 et 6 de la *Loi sur la prescription des actions* s'appliquent en l'espèce, la question préalable de la possibilité de découverte n'a plus qu'un intérêt théorique parce que le délai de prescription n'aurait commencé à courir que lors du décès de Charlotte Martin, en 1999.

[41] Enfin, dans cet appel, en plus de soutenir que le délai de prescription prévu au paragraphe 45(1) de la *Loi sur la prescription des actions* est déjà expiré, l'intimée a également soutenu qu'en vertu de l'article 47 de la *Loi sur les Indiens*, le délai de prescription qui s'applique aux appels d'une décision prise par le ministre conformément aux articles 42, 43 ou 46 de la *Loi sur les Indiens* est de deux mois à compter de la date de la décision et que ce délai était également expiré. Le paragraphe 47(1) de la *Loi sur les Indiens* prévoyait ce qui suit:

47. (1) Une décision rendue par le Ministre dans l'exercice de la juridiction ou de l'autorité que lui confère l'article 42, 43

43 or 46 may, within two months from the date thereof, be appealed by any person affected thereby to the Exchequer Court of Canada, if the amount in controversy in the appeal exceeds five hundred dollars or if the Minister consents to the appeal.

Since this argument was not raised at the summary judgment motion, I do not think that it is appropriate to decide this issue.

[42] In any case, because on the evidence before the Court, Mrs. MacNeil may not have been informed that a certificate of possession had been issued to Charlotte Martin in a manner that was not consistent with the terms of the will, she may not have known that she was “affected” by it within the meaning of section 47 of the *Indian Act*. This issue would have to await a full trial before being determined.

Conclusion

[43] The appeal should be allowed with costs.

[44] Since the Motions Judge erred by granting summary judgment and dismissing the appellants’ claim against the Crown, it is unnecessary to consider the respondent’s cross-appeal that this Court should also dismiss the claim against the other defendants named in the appellants’ statement of claim.

SHARLOW J.A.: I agree.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[45] STONE J.A.: I am in entire agreement with the reasons for judgment of Sexton J.A. with respect to the issues raised for decision and agree with the disposition he proposes.

[46] I would prefer not to express a final view on the operation of subsection 216(3) of the Rules which is canvassed by my colleague in paragraphs 36 through 40, as the present case does not require me to do so. I wish merely to note that the subsection in its present format was adopted at the time of the general revision of the

ou 46 peut être portée en appel devant la Cour de l’Échiquier du Canada dans les deux mois de cette décision, par toute personne y intéressée, si la somme en litige dans l’appel dépasse cinq cents dollars ou si le Ministre consent à un appel.

Étant donné que cet argument n’a pas été soulevé dans le cadre de la requête en jugement sommaire, je ne crois pas qu’il convienne de trancher la question.

[42] Quoi qu’il en soit, étant donné que, selon la preuve dont disposait la Cour, M^{me} MacNeil n’a peut-être pas été informée qu’un certificat de possession avait été délivré à Charlotte Martin d’une façon qui n’était pas conforme aux dispositions du testament, il se peut qu’elle n’ait pas su qu’elle était «intéressée» au sens de l’article 47 de la *Loi sur les Indiens*. Il faudrait attendre la tenue d’une instruction complète pour trancher cette question.

Conclusion

[43] L’appel devrait être accueilli avec dépens.

[44] Étant donné que le juge des requêtes a commis une erreur en rendant un jugement sommaire et en rejetant la demande que les appelants avaient présentée à l’encontre de la Couronne, il est inutile d’examiner l’appel incident de l’intimée, selon lequel la Cour devrait également rejeter la demande présentée contre les autres défendeurs désignés dans la déclaration des appelants.

LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

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

[45] LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris entièrement aux motifs de jugement du juge Sexton en ce qui concerne les questions qui ont été soulevées pour décision et je souscris au dispositif qu’il propose.

[46] Je préférerais ne pas exprimer d’avis définitif au sujet de l’application du paragraphe 216(3) des Règles, question qui est examinée par mon collègue aux paragraphes 36 à 40, étant donné que je n’ai pas à le faire dans ce cas-ci. Je tiens simplement à faire remarquer que la disposition telle qu’elle est actuelle-

Court's rules in 1998, and is a variation of former Rule 432.3(4) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/94-41, s. 5)] which, in turn, appears to have been patterned on subrule 20.03(4) of the Manitoba *Queen's Bench Rules* [Man. Reg. 553/88. Subsection 216(3) permits a judge on a motion for summary judgment, after finding that a "genuine issue" exists, to conduct a trial on the affidavit evidence with a view to determining the issues in the action if it is possible to do so. The jurisprudence of this Court suggests, however, that this is not always possible to do, particularly where there are conflicts in the evidence, where the case turns on the drawing of inferences or where an issue of credibility is at stake: *Feoso Oil Ltd. v. Sarla (The)*, [1995] 3 F.C. 69 (C.A.); *Dek-Block Products Ltd. v. Patio Drummond Ltée*, 2002 CAF 188; [2002] A.C.F. No. 723 (C.A.) (QL); *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, [2003] 1 F.C. 242 (C.A.). In such situations, a full trial was required in order to resolve the factual issues.

[47] It would be best that I say nothing more on the point but leave it for another occasion when the point is squarely raised and fully argued.

ment libellée a été adoptée lorsque les règles de la Cour ont fait l'objet d'une révision générale en 1998, et que c'est une variante de la Règle 432.3(4) des anciennes Règles [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (édicte par DORS/94-41, art. 5)], laquelle de son côté semble avoir été inspiré du paragraphe 20.03(4) des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* du Manitoba [Règl. Du Man. 553/88]. Le paragraphe 216(3) des Règles permet au juge, par suite d'une requête en jugement sommaire, après avoir conclu qu'il existe une «véritable question litigieuse», de mener une instruction en se fondant sur la preuve par affidavit en vue de trancher les questions qui se posent dans l'action s'il est possible de le faire. Toutefois, la jurisprudence de la présente Cour donne à entendre qu'il n'est pas toujours possible de le faire, en particulier en présence d'éléments de preuve contradictoires, lorsque l'affaire repose sur des inférences ou lorsqu'une question de crédibilité est en jeu: *Feoso Oil Ltd. c. Sarla (Le)*, [1995] 3 C.F. 69 (C.A.); *Dek-Block Products Ltd. c. Patio Drummond Ltée*, 2002 CAF 188; [2002] A.C.F. n° 723 (C.A.) (QL); *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, [2003] 1 C.F. 242 (C.A.). Dans ces cas, il a fallu tenir une instruction complète afin de régler les questions factuelles.

[47] Il serait préférable que je m'en tienne à ces remarques et que je remette à plus tard la question, lorsqu'elle sera carrément soulevée et pleinement débattue.

DES-3-03
2003 FC 1419

DES-3-03
2003 CF 1419

IN THE MATTER OF a certificate and its referral under subsection 77(1) and sections 78 to 80 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA)

IN THE MATTER OF the warrant for the arrest and detention and the review of the reasons for continued detention pursuant to subsections 82(1), 83(1) and 83(3) of the IRPA

IN THE MATTER OF the constitutional validity of sections 33, 76 to 85 of the IRPA

AND IN THE MATTER OF Mr. Adil Charkaoui

INDEXED AS: CHARKAOUI (RE) (F.C.)

Federal Court, Noël J.—Montréal, October 8, 9 and 21; Ottawa, December 5, 2003.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Application contesting validity of Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), ss. 33, 77 to 85 establishing procedure for determining whether permanent resident danger to national security, safety of any person — Applicant found by Minister of Citizenship and Immigration, Solicitor General to be engaged in terrorism as member of Usama bin Laden network — Ordered detained — Designated judge responsible for determining whether certificate reasonable, detention should be continued, having jurisdiction to decide constitutional questions — Procedure strikes fair balance between right of State to protect national security, right of permanent resident to be adequately informed of allegations against him to be able to defend self — In light of interests at stake, procedure under Act consistent with principles of fundamental justice protected by Charter, s. 7.

Federal Court Jurisdiction — Whether judge designated under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) has jurisdiction to decide constitutional questions — In addition to full jurisdiction of Federal Court judge, designated judges having jurisdiction specifically granted to them under IRPA, s. 76 et seq. — To be court of competent jurisdiction, court must have jurisdiction over person concerned, subject-matter,

DANS L'AFFAIRE CONCERNANT un certificat et son dépôt en vertu du paragraphe 77(1) et des articles 78 à 80 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR)

DANS L'AFFAIRE CONCERNANT le mandat pour l'arrestation et la mise en détention ainsi que le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention en vertu des paragraphes 82(1), 83(1) et 83(3) de la LIPR

DANS L'AFFAIRE CONCERNANT la constitutionnalité des articles 33, 76 à 85 de la LIPR

ET DANS L'AFFAIRE CONCERNANT M. Adil Charkaoui

RÉPERTORIÉ: CHARKAOUI (RE) (C.F.)

Cour fédérale, juge Noël—Montréal, 8, 9 et 21 octobre; Ottawa, le 5 décembre 2003.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Demande visant à contester la validité des art. 33 et 77 à 85 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) qui établissent une procédure permettant de déterminer si un résident permanent est un danger pour la sécurité nationale et pour celle d'autrui — Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général avaient conclu que le demandeur se livrait au terrorisme à titre de membre du réseau d'Oussama ben Laden — Ils ont ordonné sa détention — Le juge désigné est chargé de décider si le certificat est raisonnable et si la détention doit être maintenue et il a compétence pour trancher des questions constitutionnelles — La procédure établit un juste équilibre entre le droit de l'État de protéger la sécurité nationale et le droit du résident permanent d'être informé suffisamment de ce qu'on lui reproche pour pouvoir se défendre — Compte tenu des intérêts en jeu, la procédure prévue par la Loi respecte les principes de justice fondamentale protégés par l'art. 7 de la Charte.

Compétence de la Cour fédérale — Il s'agit de savoir si le juge désigné en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) a compétence pour trancher des questions constitutionnelles — En plus de posséder la compétence d'un juge de la Cour fédérale, le juge désigné possède une compétence qui lui est spécifiquement accordée par l'art. 76 et suivants de la LIPR — Pour être compétent, un

power to order remedy sought — IRPA giving designated judge full jurisdiction over person concerned, subject-matter — Rule of construction in IRPA, s. 3(3)(d) equivalent to express grant of power to order remedy — Judge hearing case must consider “all matters” under IRPA, s. 78(c) — IRPA, ss. 3(3), 78(c) expressly conferring on designated judges power to decide constitutional questions.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Whether IRPA, ss. 33, 76 to 85 violate principles of fundamental justice referred to in Charter, s. 7 — Principles must be assessed in light of legislative context, purposes of impugned legislation, rights of parties — Designated judge assuming independent, objective role that takes into account opposing interests of state, person concerned — Having access to all information on which Ministers’ decisions based — Procedure established by IRPA, ss. 76 to 85 takes existence of opposing interests into consideration, complies with principles of fundamental justice referred to in Charter, s. 7.

Judges and Courts — Role of designated judge under IRPA, ss. 36, 76 to 85 — Designated judge validating Ministers’ decisions as to certificate of inadmissibility, detention — By conferring review responsibility on designated judge, Parliament expressly recognizing independence of judiciary — Role assigned to designated judge not creating reasonable apprehension of bias, not compromising independence, impartiality of judiciary — Protection of national security warranting use of standards other than preponderance of evidence — “Reasonableness” of certificate, “reasonable grounds to believe” appropriate standards of proof given importance of interests at stake — IRPA, ss. 80(3), 81 preventing appeal, judicial review of decision of designated judge with respect to certificate — Not contravening Constitution Act 1867, s. 96.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Applicant alleging unequal treatment contrary to Charter, s. 15, Canadian Bill of Rights, s. 1(b) — Distinction between procedure leading to finding of inadmissibility by reason of danger to national security, safety of any person and procedure leading to finding of inadmissibility for other reasons — Comparison group permanent residents threatened with inadmissibility based on protected and those threatened with inadmissibility based on unprotected information — Two procedures not giving rise to unequal treatment — Furthermore unclear which enumerated grounds in s. 15

tribunal doit avoir compétence sur l’intéressé et sur l’objet du litige et posséder le pouvoir d’accorder la réparation demandée — La LIPR confère au juge désigné pleine compétence sur l’intéressé et sur l’objet du litige — La règle d’interprétation figurant à l’art. 3(3) de la LIPR équivaut à conférer un pouvoir exprès d’accorder une réparation — Le juge qui entend l’affaire doit considérer «toutes les questions» (all matters) sous le régime de l’art. 78c) de la LIPR — Les art. 3(3) et 78c) de la LIPR confèrent expressément au juge désigné le pouvoir de trancher des questions constitutionnelles.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Il s’agit de savoir si les art. 33 et 76 à 85 de la LIPR portent atteinte aux principes de justice fondamentale auxquels il est fait référence à l’art. 7 de la Charte — Les principes doivent être évalués à la lumière du contexte législatif, des objectifs de la loi contestée et des droits reconnus aux parties — Le juge désigné assume un rôle indépendant et objectif qui tient compte des intérêts opposés de l’État et de la personne concernée — Il a accès à tous les renseignements sur lesquels les décisions des ministres sont fondées — La procédure prévue aux art. 76 à 85 de la LIPR prend en considération l’existence des intérêts opposés et respecte les principes de justice fondamentale auxquels il est fait référence à l’art. 7 de la Charte.

Juges et tribunaux — Rôle du juge désigné sous le régime des art. 36 et 76 à 85 de la LIPR — Le juge désigné valide les décisions ministérielles concernant le certificat d’interdiction de territoire et la détention — En attribuant un pouvoir de contrôle au juge désigné, le législateur reconnaît expressément l’indépendance du pouvoir judiciaire — Le rôle attribué au juge désigné ne suscite pas une crainte raisonnable de partialité et ne compromet pas l’indépendance et l’impartialité du pouvoir judiciaire — La protection de la sécurité nationale justifie le recours à des normes autres que la prépondérance de la preuve — Les normes du «caractère raisonnable» du certificat et des «motifs raisonnables de croire» sont justifiées compte tenu de l’importance des intérêts en jeu — Les art. 80(3) et 81 de la LIPR prévoient que la décision du juge désigné à l’égard du certificat est sans appel et ne peut faire l’objet de contrôle judiciaire — Ils ne portent pas atteinte à l’art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Le demandeur alléguait un traitement inégal en violation de l’art. 15 de la Charte et de l’art. 1b) de la Déclaration canadienne des droits — Distinction entre la procédure menant à une interdiction de territoire en raison d’un danger pour la sécurité nationale et pour celle d’autrui et la procédure menant à une interdiction de territoire pour d’autres raisons — Le groupe de comparaison est celui des résidents permanents menacés d’interdiction de territoire pour des motifs fondés sur des renseignements protégés et celui des résidents permanents menacés d’interdiction de territoire pour

invoked — IRPA, ss. 77, 80, 81, 82, 83, 85 not contravening rights guaranteed by Charter, s. 15, Canadian Bill of Rights, s. 1(b).

Construction of Statutes — Rule of construction enacted in IRPA, s. 3(3)(d) express grant of power to order remedy — Ordinary reading of IRPA, s. 78(c) in light of modern approach to statutory interpretation leading to broad interpretation of provision — Judge hearing case must consider “all matters” relevant to case — Ss. 3(3), 78(c) expressly conferring on designated judge power to decide constitutional questions — Parliament’s implied intent including as unspoken assumption power to grant remedy sought.

International Law — International Covenant on Civil and Political Rights, Arts. 12(3), 13 endorsing paramountcy of national security — Allusion to in camera proceedings in Art. 14 not reflecting concern for protection of national security included in Arts. 12, 13 — Concern must therefore be implied by wording of Art. 14 — Immigration and Refugee Protection Act, ss. 33, 77, 80, 81, 82, 83, 85 not contravening principles recognized in Covenant, Arts. 12 to 14.

This was an application contesting the constitutional validity of sections 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) which establish a procedure for determining whether a permanent resident is a danger to national security or the safety of any person. This procedure seeks to satisfy two opposing interests: the interest of the state in protecting national security, and the interest of the individual (Mr. Charkaoui) in being able to assert, in his defence, all the rights normally available to him. A certificate stating that Charkaoui is inadmissible was signed by the Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General (the Ministers) on May 16, 2003, and subsequently filed with the Federal Court. The Ministers believed that Charkaoui is a member of the Usama bin Laden network, an organization that is carrying out terrorist acts, and consequently that he is a danger to national security. On the same day, the Ministers signed a warrant for Charkaoui’s arrest under subsection 82(1) of the Act; the arrest warrant was executed on May 21, 2003 and Charkaoui has been in detention ever since. After examining the protected information tendered in support of the certificate and the arrest warrant, the Federal Court concluded that, for reasons of national security, the hearing should be held in the absence of Charkaoui and his counsel. On July 15, 2003, the Court ordered, pursuant to subsection 83(3) of the IRPA, that the

des motifs fondés sur des renseignements non protégés — Ces deux procédures ne donnent pas lieu à un traitement inégal — De plus, on n’a pas indiqué lequel des motifs énumérés à l’art. 15 était invoqué — Les art. 77, 80, 81, 82, 83 et 85 de la LIPR ne portent pas atteinte aux droits garantis par l’art. 15 de la Charte et par l’art. 1b) de la Déclaration canadienne des droits.

Interprétation des lois — La règle d’interprétation énoncée à l’art. 3(3)d) de la LIPR confère le pouvoir exprès d’accorder une réparation — Une lecture ordinaire de l’art. 78c) de la LIPR à la lumière de la méthode moderne d’interprétation des lois mène à une interprétation large de la disposition — Le juge qui entend l’affaire doit considérer «toutes les questions» (all matters) pertinentes au litige — Les art. 3(3) et 78c) attribuent expressément au juge désigné le pouvoir de trancher des questions constitutionnelles — L’intention implicite du législateur sous-entend le pouvoir d’accorder la réparation demandée.

Droit international — Les art. 12(3) et 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques consacrent la primauté de la sécurité nationale — La mention du huis clos à l’art. 14 ne reflète pas la préoccupation de la protection de la sécurité nationale incluse aux art. 12 et 13 — Cette préoccupation doit donc être sous-entendue dans le libellé de l’art. 14 — Les art. 33, 77, 80, 81, 82, 83 et 85 de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés ne portent pas atteinte aux principes reconnus aux art. 12 à 14 du Pacte.

Il s’agissait d’une demande visant à contester la constitutionnalité des articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) qui établissent une procédure dont le but est de déterminer si un résident permanent est un danger pour la sécurité du Canada ou pour celle d’autrui. Cette procédure vise à satisfaire deux intérêts opposés: l’intérêt de l’État à protéger la sécurité nationale et l’intérêt de l’individu (M. Charkaoui) à pouvoir se défendre en ayant recours à tous les droits qui lui sont normalement reconnus. Un certificat interdisant de territoire Charkaoui a été signé le 16 mai 2003 par le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration et par le solliciteur général (les ministres) et déposé à la Cour fédérale par la suite. Les ministres croyaient que Charkaoui était membre du réseau d’Oussama ben Laden, une organisation qui est l’auteur d’actes de terrorisme et, qu’en conséquence, il constituait un danger pour la sécurité nationale. Le même jour, les ministres ont signé un mandat d’arrestation à l’encontre de M. Charkaoui en vertu du paragraphe 82(1) de la Loi; le mandat d’arrestation a été exécuté le 21 mai 2003 et Charkaoui est en détention depuis cette date. Après avoir examiné les renseignements protégés qui ont été déposés à l’appui du certificat et du mandat d’arrestation, la Cour fédérale a conclu que, pour des raisons de sécurité nationale, l’audience devait avoir lieu en l’absence de Charkaoui et de ses avocats. Le 15

detention be continued until the designated judge rendered another decision under subsection 83(2) as to whether detention should be continued. A notice of constitutional questions was served on the Attorney General of Canada and his provincial counterparts. Counsel for Charkaoui contested the validity of sections 33 and 77 to 85 of the IRPA on the basis that they violate provisions such as sections 7, 9, 10, 15 and paragraph 11(e) of the Charter, section 96 of the *Constitution Act, 1867* (the BNA Act) and sections 1 and 2 of the *Canadian Bill of Rights*. This application raised two main issues: (1) whether the designated judge responsible for determining whether the certificate was reasonable and whether detention should be continued has jurisdiction to decide constitutional questions? and (2) if so, what are the answers to the 40 constitutional questions set out by counsel for Charkaoui?

Held, the application should be dismissed.

(1) The Ministers submitted that the jurisdiction of designated judges is so limited that they cannot decide constitutional questions concerning the IRPA. In *Mills v. The Queen*, the Supreme Court of Canada analysed the three-pronged test of a court with requisite jurisdiction to decide constitutional questions. The court must have jurisdiction over the parties, the subject-matter and to order the remedy sought. Under paragraph 78(c) of the IRPA, a designated judge now has the power to deal with “all matters” resulting from the consideration of the certificate; this express power did not exist in the former *Immigration Act*. Both the former Act and the IRPA provide that determinations regarding a certificate cannot be appealed. However, the IRPA adds that if a certificate is confirmed to be reasonable, it becomes a removal order, and also may not be appealed. The reason for designating certain Federal Court judges is to limit access to protected information and thereby protect activities involving Canada’s national security and the means by which information regarding national security is obtained. In addition to the full jurisdiction of a Federal Court judge, designated judges have the jurisdiction specifically granted to them under section 76 *et seq.* of the IRPA. They meet the test to be a “court of competent jurisdiction” to decide constitutional questions. First, the IRPA gives the designated judge full jurisdiction over the person concerned. Second, it grants jurisdiction over the subject-matter to the designated judge in an equally express manner. And third, concerning the power to order the remedy sought, the Supreme Court of Canada has said that if no provision specifically grants the power to decide Charter questions, one must determine whether Parliament implicitly intended to make such a grant. The rule of construction enacted by Parliament in paragraph 3(3)(d) of the IRPA, which “ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and*

juillet 2003, la Cour a ordonné, en vertu du paragraphe 83(3) de la LIPR, le maintien de la détention jusqu’à ce que le juge désigné statue de nouveau sur le maintien de la détention selon le paragraphe 83(2). Un avis de questions constitutionnelles a été signifié au procureur général du Canada ainsi qu’à ceux des provinces. Les avocats de Charkaoui contestaient la validité des articles 33 et 77 à 85 de la LIPR pour le motif qu’ils portent atteinte aux articles 7, 9, 10, 15 et à l’alinéa 11e) de la Charte, à l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (AANB) ainsi qu’à l’article premier et à l’article 2 de la *Déclaration canadienne des droits*. Cette demande soulevait deux questions principales, à savoir 1) le juge désigné chargé de décider si le certificat était raisonnable et si la détention devait être maintenue avait-il compétence pour trancher des questions constitutionnelles? et 2) dans l’affirmative, quelle est la réponse aux 40 questions constitutionnelles énoncées par l’avocat de Charkaoui?

Jugement: la demande est rejetée.

1) Les ministres ont soutenu que la compétence du juge désigné est à tel point limitée que celui-ci ne peut trancher de questions constitutionnelles portant sur la LIPR. Dans l’arrêt *Mills c. La Reine*, la Cour suprême du Canada a analysé les trois critères qu’un tribunal ayant la compétence requise doit remplir pour trancher des questions constitutionnelles. Ce tribunal doit avoir compétence sur les parties, sur l’objet du litige ainsi que le pouvoir d’accorder la réparation demandée. Le juge désigné a maintenant le pouvoir, en vertu de l’alinéa 78c) de la LIPR, de décider de toutes les affaires (*all matters*) pouvant découler de l’étude du certificat; ce pouvoir explicite n’existait pas dans l’ancienne *Loi sur l’immigration*. L’ancienne Loi et la LIPR prévoient qu’il ne peut être interjeté appel des décisions sur le certificat. Toutefois, la LIPR ajoute que la confirmation du caractère raisonnable du certificat constitue une mesure de renvoi qui est également sans appel. La raison d’être de la désignation de certains juges de la Cour fédérale vise à limiter l’accès aux renseignements qui sont protégés et, par le fait même, à protéger les activités liées à la sécurité nationale du Canada ainsi que les moyens d’obtenir des renseignements relatifs à ce sujet. Le juge désigné possède toute la compétence d’un juge de la Cour fédérale et possède également une compétence qui lui est spécifiquement accordée en vertu de l’art. 76 et suivants de la LIPR. Il satisfait au critère du «tribunal compétent» pour trancher des questions constitutionnelles. Premièrement, la LIPR confère au juge désigné pleine compétence sur l’intéressé. Deuxièmement, elle confère tout aussi explicitement au juge désigné la compétence sur l’objet du litige. Et troisièmement, pour ce qui est du pouvoir d’accorder la réparation demandée, la Cour suprême du Canada a souligné qu’à défaut d’une disposition prévoyant expressément le pouvoir de trancher des questions relatives à la Charte, il faut rechercher l’intention implicite du législateur en ce sens. La règle d’interprétation énoncée par le législateur

Freedoms” is equivalent to an express grant of the power to order a remedy.

An ordinary reading of the English and French versions of paragraph 78(c) of the IRPA in light of the modern approach to statutory interpretation leads to a broad interpretation of that provision. Therefore, a judge hearing the case must consider “all matters” relevant to the case. Subsection 3(3) and paragraph 78(c) of the IRPA can be interpreted as expressly conferring on the designated judge the power to decide constitutional questions. Only a designated judge has the jurisdiction to decide whether the certificate and the basis for detention are reasonable. Even if the IRPA did not disclose Parliament’s express intent to confer the power to grant the remedy sought, Parliament’s implied intent, as gleaned from the role given to designated judges under sections 76 to 85 of the IRPA, includes as an unspoken assumption the power to grant the remedy sought.

(2) Before answering the constitutional questions, it was necessary to situate the concepts of the legal status of a permanent resident and of national security in the context of immigration law. The Charter itself distinguishes between the rights of Canadian citizens and those of permanent residents. Unlike a Canadian citizen, a permanent resident does not have the unqualified right to enter and leave Canada or even to remain here. Given the distinction that the Charter draws between citizens and non-citizens, Parliament is entitled to enact a policy establishing rules that a permanent resident must follow in order to be able to enter and remain in Canada. It has provided for situations that prevent a permanent resident from being able to remain in Canada. On the other hand, Parliament forces the designated judge to balance two fundamental but completely opposing interests: the safeguarding of protected information for reasons of national security, and disclosing enough information to enable the permanent resident to defend himself. The right of a permanent resident to be informed of the circumstances giving rise to the certificate issued against him is a fundamental right.

The many questions and arguments presented by Charkaoui’s counsel were regrouped into specific issues, all related to the Charter, the *Canadian Bill of Rights* and the IRPA. The first and most important issue concerned the fundamental rights set out in section 7 of the Charter and section 1 of the *Canadian Bill of Rights*. It was submitted that sections 33 and 76 to 85 of the IRPA run afoul of the principles of fundamental justice for three reasons. The first reason related to the procedure under the IRPA for determining the reasonableness of the certificate and continued detention.

à l’alinéa 3(3)d) de la LIPR, qui consiste à s’assurer «que les décisions prises en vertu de la présente Loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*», équivaut à une attribution explicite du pouvoir d’accorder une réparation.

Une lecture ordinaire des versions française et anglaise de l’alinéa 78c) de la LIPR à la lumière de la méthode moderne d’interprétation des lois mène à une interprétation large de cette disposition. Le juge qui entend l’affaire doit donc considérer «toutes les questions» (*all matters*) pertinentes au litige. Le paragraphe 3(3) et l’alinéa 78c) de la LIPR peuvent être interprétés comme attribuant expressément au juge désigné le pouvoir de trancher des questions constitutionnelles. Seul le juge désigné a la compétence voulue pour décider du caractère raisonnable du certificat et des motifs de la détention. Même si la LIPR ne révélait pas l’intention explicite du législateur d’accorder le pouvoir de réparation recherchée, l’intention implicite du législateur qui se dégage du rôle accordé au juge désigné en vertu des articles 76 à 85 de la LIPR sous-entend le pouvoir d’accorder la réparation demandée.

2) Avant de répondre aux questions constitutionnelles, il est important de bien situer les concepts de statut juridique du résident permanent et de sécurité nationale dans le contexte du droit de l’immigration. La Charte elle-même fait une distinction entre les droits reconnus au citoyen canadien et ceux que détient le résident permanent. Contrairement au citoyen canadien, le résident permanent n’a pas un droit sans réserve d’entrer au Canada et d’y sortir ou même d’y demeurer. Compte tenu de la distinction que fait la Charte entre citoyens et non-citoyens, le législateur peut à bon droit adopter une politique établissant des normes que le résident permanent doit respecter pour pouvoir entrer et séjourner au Canada. Il a prévu des situations qui empêchent le résident permanent de continuer à séjourner au Canada. D’autre part, le législateur oblige le juge désigné à mettre en équilibre deux intérêts fondamentaux mais complètement opposés: la protection de renseignements protégés pour des raisons de sécurité nationale et la communication suffisante au résident permanent de renseignements qui lui permettront de se défendre. Le droit du résident permanent d’être informé des faits ayant donné lieu à la signature du certificat délivré contre lui est un droit fondamental.

Les multiples questions et arguments présentés par les avocats de Charkaoui étaient regroupés en questions précises, se rapportant à la Charte, à la *Déclaration canadienne des droits* et à la LIPR. La première question, et la plus importante, se rapportait aux droits fondamentaux énoncés à l’article 7 de la Charte et à l’article premier de la *Déclaration canadienne des droits*. On a prétendu que les articles 33 et 76 à 85 de la LIPR portent atteinte aux principes de justice fondamentale, et ce, pour trois raisons. La première raison se rapportait à la procédure prévue par la LIPR pour décider du caractère

Through the procedure established by sections 77, 78 and 82 of the IRPA, Parliament has called on a member of the judiciary, the designated judge, to assume an independent and objective role that takes the opposing interests into account. Designated judges are the cornerstones of the review procedure because they have a twofold obligation: to protect criminal or national security intelligence and to provide the person concerned with a summary of the evidence that reasonably discloses the circumstances giving rise to the certificate and the warrant that resulted in his detention. In order to carry out this difficult task, the designated judge has access to all the information on which the Ministers' decisions are based, without exception. They decide which evidence can be disclosed to the person concerned and provide a summary which enables the person concerned to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the signing of the certificate, the issuance of the warrant of arrest and detention. Such summary must not disclose anything which would be injurious to national security. Procedure established by sections 76 to 85 of the IRPA takes the existence of opposing interests into consideration and strikes an acceptable balance between those interests. The fact that a designated judge is involved in striking this balance adds credibility to the procedure and ensures objectivity in achieving the result. That procedure complies with the principles of fundamental justice referred to in section 7 of the Charter.

The second reason proposed was that the designated judge is not independent and impartial because the role assigned to him violates the right of a fair trial. Parliament opted for a procedure that begins with a decision made by two Ministers who are of the opinion that the person concerned should be inadmissible on one or more grounds contemplated in sections 34 to 42 of the IRPA. The designated judge either validates or invalidates the certificate seeking inadmissibility as well as the decision regarding detention. The fact that the decision regarding the inadmissibility of the person concerned is made by the Ministers, not the judiciary, does not imperil the independence of the designated judge. Parliament clearly chose to give the Ministers the responsibility to decide whether the certificate and the arrest warrant with detention are necessary, and to give the designated judge the responsibility to review such decisions. By conferring this responsibility on the designated judge, Parliament expressly recognized the independence of the judiciary. The role assigned to the designated judge under sections 33 and 76 to 85 of the IRPA does not create a reasonable apprehension of bias and complies with the principles of fundamental justice, section 7 of the Charter and sections 1 and 2 of the *Canadian Bill of Rights*. The provisions of the IRPA that govern this type of hearing, involving national security, do not compromise the independence and impartiality of the judiciary.

raisonnable du certificat et du maintien de la détention. Au moyen de la procédure établie aux articles 77, 78 et 82 de la LIPR, le législateur fait intervenir un membre du judiciaire, le juge désigné, pour assumer un rôle indépendant et objectif qui tient compte des intérêts opposés. Le juge désigné constitue la pierre angulaire de la procédure de révision en ce qu'il a la double obligation de protéger les renseignements liés à la sécurité nationale ou à la criminalité et de remettre à la personne concernée un résumé de la preuve suffisamment révélateur des circonstances qui ont donné lieu au certificat et au mandat ayant mené à la détention. Pour qu'il puisse effectuer cette difficile tâche, le juge désigné a accès à tous les renseignements, sans exception, utilisés par les ministres pour en arriver à leurs décisions. Il décide quels renseignements peuvent être dévoilés à la personne concernée et fournit un résumé informant suffisamment la personne concernée des circonstances qui ont donné lieu à la signature du certificat, au lancement du mandat d'arrestation et à la détention. Ce résumé ne doit comporter aucun élément dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale. La procédure prévue aux articles 76 à 85 de la LIPR prend en considération l'existence des intérêts opposés et atteint un équilibre acceptable entre ces intérêts. Le fait qu'un juge désigné contribue à la mise en balance des intérêts accorde une crédibilité accrue à la procédure et assure une objectivité quant au résultat. Cette procédure respecte les principes de justice fondamentale auxquels il est fait référence à l'article 7 de la Charte.

La deuxième raison proposée était que le juge désigné n'est pas indépendant et impartial car le rôle attribué à celui-ci fait en sorte que le droit à un procès équitable est brimé. Le législateur a opté pour une procédure qui débute avec une décision prise par deux ministres qui sont d'avis que la personne concernée doit se voir interdire le territoire pour un ou plusieurs des motifs prévus aux articles 34 à 42 de la LIPR. Le juge désigné valide ou invalide le certificat visant l'interdiction ainsi que la décision relative à la détention. Le fait que la décision d'interdire de territoire la personne concernée est celle des ministres et non du judiciaire ne met pas en péril l'indépendance du juge désigné. Le législateur a clairement choisi de donner aux ministres la responsabilité de décider de la nécessité du certificat et du mandat d'arrestation en vue de la détention et d'attribuer au juge désigné la responsabilité d'effectuer le contrôle de ces décisions. En attribuant une telle responsabilité au juge désigné, le législateur reconnaissait expressément l'indépendance du pouvoir judiciaire. Le rôle attribué au juge désigné sous le régime des articles 33 et 76 à 85 de la LIPR ne suscite pas une crainte raisonnable de partialité et respecte les principes de justice fondamentale, l'article 7 de la Charte ainsi que l'article premier et l'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits*. Les dispositions de la LIPR gouvernant ce type d'audience dans le contexte de la sécurité nationale ne compromettent pas l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

The third reason advanced was that the independence of the judiciary is undermined because, instead of a preponderance of evidence standard, the applicable standards are the “reasonableness” of the certificate and the “reasonable grounds to believe” leading to continued detention. Parliament has chosen standards other than the preponderance of evidence because this is what national security demands. In this case, the security of Canada, the safety of its citizens and the protection of its democratic system are at stake. The state must therefore use extraordinary methods of protection and inquiry. National security is such an important interest that its protection warrants the use of standards other than the preponderance of evidence. These standards require that the judge analyse the evidence as a whole and determine whether it provides reasonable grounds to believe there are reasons justifying the inadmissibility, arrest warrant and continued detention. When the designated judge applies the “reasonableness” and “reasonable grounds to believe” standards to a situation involving a permanent resident and national security, the judge is deciding the matter and is making a determination on the reasonableness of the certificate and the continued detention based on a review of the evidence.

The second main constitutional argument was that detention under sections 82, 83 and 85 of the IRPA violates sections 7, 9, 10, 12 and 15 and paragraph 11(e) of the Charter. This case did not pertain to criminal law, but involved immigration law, where the Court must take into account the objectives contemplated by Parliament and the undertakings made by the permanent resident when he decided to settle in Canada. This was not a case of punitive detention but rather, a preventive detention which may, upon application, be reviewed and set aside by the designated judge with or without conditions. The system of preventive detention established by Parliament in the IRPA in regard to persons concerned who, in the opinion of the Ministers, represent a danger to national security or to the safety of any person, is consistent with the spirit of the Charter; sections 82, 83 and 85 of the IRPA are not in breach of one or more Charter rights.

The third constitutional argument was that the IRPA procedure denied Charkaoui the right to equal treatment guaranteed by Charter, section 15 in so far as he was denied the right to have his rights defined by a fair trial before an independent and impartial tribunal, unlike citizens and other immigrants. The procedure under section 77 *et seq.* of the IRPA is fair because it balances opposing interests and the very role of the designated judge makes that judge an independent and impartial tribunal. That procedure applies to situations in which the rationale for inadmissibility is based on security or criminal intelligence. The procedure described in section 44 *et seq.* of the IRPA applies to situations in which a permanent resident is threatened with inadmissibility for

La troisième raison avancée était que l’indépendance du judiciaire est minée du fait que les normes de preuve prévues ne sont pas la prépondérance de la preuve mais plutôt le «caractère raisonnable» du certificat et les «motifs raisonnables de croire» qui mènent au maintien de la détention. Le législateur a choisi des normes autres que la prépondérance de la preuve parce que c’est ce que requiert la protection de la sécurité nationale. En l’espèce, les enjeux sont la sécurité de l’État et celle de ses citoyens, ainsi que la protection du système démocratique. L’État doit donc utiliser des moyens de protection et d’enquête qui sont hors de l’ordinaire. L’importance de l’intérêt en jeu, soit la sécurité nationale, justifie le recours à des normes autres que la prépondérance de la preuve. Ces normes exigent que le juge analyse l’ensemble de la preuve en se demandant si celle-ci permet d’avoir une croyance raisonnable qu’il existe des motifs justifiant l’interdiction de territoire, le mandat d’arrestation et le maintien de la détention. Lorsque le juge désigné applique les normes du «caractère raisonnable» et des «motifs raisonnables de croire» à une situation qui affecte un résident permanent ainsi que la sécurité nationale, il tranche les questions en litige et décide du caractère raisonnable du certificat et du maintien de la détention en tenant compte de son examen de la preuve.

Le deuxième principal argument constitutionnel était que la détention prévue aux articles 82, 83 et 85 de la LIPR viole les articles 7, 9, 10, 12 et 15 et l’alinéa 11e) de la Charte. La présente affaire ne relevait pas du droit criminel, mais du droit de l’immigration, où la Cour doit tenir compte des objectifs visés par le législateur et des engagements pris par le résident permanent lorsqu’il a décidé de venir s’établir au Canada. Il ne s’agissait pas d’une détention punitive mais d’une détention préventive qui peut, sur demande, faire l’objet d’une révision et qui peut être annulée par le juge désigné avec ou sans conditions. Le système de détention préventive établi par le législateur dans la LIPR à l’égard de personnes concernées qui, aux yeux des ministres, représentent un danger pour la sécurité nationale ou pour celle d’autrui est conforme à l’esprit de la Charte; les articles 82, 83 et 85 de la LIPR ne briment pas un ou des droits protégés par la Charte.

Le troisième argument constitutionnel était que la procédure établie par la LIPR déniait à Charkaoui le droit au traitement égal garanti par l’article 15 de la Charte dans la mesure où elle lui niait le droit à un procès équitable pour la définition de ses droits par un tribunal indépendant et impartial, contrairement à ce qui était le cas pour les citoyens et les autres immigrants. La procédure prévue à l’article 77 et suivants de la LIPR est équitable puisqu’elle met en balance des intérêts opposés et que le rôle même du juge désigné fait de ce dernier un tribunal indépendant et impartial. Cette procédure s’applique aux situations où des renseignements en matière de sécurité ou de criminalité constituent le fondement des motifs de l’interdiction de territoire. La procédure décrite

reasons other than constituting a danger to national security or the safety of any person, and in which the evidence is not ascertained to be security or criminal intelligence. To find out whether this distinction contravenes the equality of treatment guaranteed by section 15 of the Charter, one must determine what is the comparison group and which of the enumerated grounds in section 15 is at issue. The groups being compared are permanent residents threatened with inadmissibility for reasons based on protected information and permanent residents threatened with inadmissibility for reasons not based on protected information. Charkaoui's counsel have not indicated which of the enumerated grounds in section 15 of the Charter is at the origin of the alleged unequal treatment. Sections 77, 80, 81, 82, 83 and 85 of the IRPA do not contravene the rights guaranteed by section 15 of the Charter or by paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

The fourth constitutional argument was that paragraph 34(1)(f) and subsection 83(3) of the IRPA are vague, overly broad and discriminatory in scope. In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the Supreme Court of Canada stated that a vague law may be unconstitutional because it fails to give those who might come within the ambit of the provision fair notice of the consequences of their conduct or because it fails to adequately limit law enforcement discretion. In that case, the Court defined what is meant by a "danger to the security of Canada" and did not find that this concept reproduced in subsection 83(3) of the IRPA is vague. The definition given by the Court could be used in a detention and inadmissibility context. Likewise, the Court did not find that the notion of "member" was vague or overbroad. Therefore, the expressions "danger to the national security of Canada" and "members", referred to in subsection 83(3) and paragraph 34(1)(d) of the IRPA, are not vague or overbroad.

The fifth constitutional argument was that subsection 80(3) and section 81 of the IRPA, which provide that the decision of the designated judge with respect to the certificate and its consequences may not be appealed or judicially reviewed, conflict with section 96 of the BNA Act. The prohibition of appeals from the removal order was included in the IRPA in order to ensure rapidity after the determination as to the reasonableness of the certificate. The Federal Court is a superior court and, as such, it cannot be characterized as an administrative tribunal subject to the supervision and review of a superior court. Subsection 80(3) and section 84 of the IRPA

à l'article 44 et suivants de la LIPR s'applique aux situations où un résident permanent se voit menacé d'interdiction de territoire pour des motifs autres que le fait de constituer un danger pour la sécurité nationale ou pour celle d'autrui et où les éléments de preuve ne sont pas reconnus comme étant des renseignements en matière de sécurité ou de criminalité. Pour savoir si cette distinction porte atteinte au traitement égal garanti par l'article 15 de la Charte, il faut se demander quel est le groupe de comparaison et lequel des motifs énumérés à l'article 15 est en cause. Les groupes comparés sont les résidents permanents menacés d'interdiction de territoire pour des motifs fondés sur des renseignements protégés et les résidents permanents menacés d'interdiction de territoire pour des motifs non fondés sur des renseignements protégés. Les avocats de Charkaoui n'ont pas indiqué lequel des motifs énumérés à l'article 15 de la Charte serait à l'origine du prétendu traitement inégal. Les articles 77, 80, 81, 82, 83 et 85 de la LIPR ne portent pas atteinte aux droits garantis par l'article 15 de la Charte ni à ceux que garantit l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Le quatrième argument constitutionnel était que l'alinéa 34(1)f) et le paragraphe 83(3) de la LIPR sont imprécis et que leur portée est excessive et discriminatoire. Dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour suprême du Canada a dit qu'une loi imprécise peut être inconstitutionnelle parce qu'elle ne prévient pas raisonnablement les personnes auxquelles elle pourrait s'appliquer des conséquences de leur conduite ou qu'elle ne limite pas convenablement le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi. Dans cet arrêt, la Cour a défini ce que l'on entend par «danger pour la sécurité du Canada» et n'a pas conclu que ce concept repris au paragraphe 83(3) de la LIPR est vague. La définition donnée par la Cour pourrait être utilisée dans un contexte de détention et d'interdiction de territoire. De même, la Cour n'a pas conclu que la notion de «membre» était imprécise et avait une portée excessive. Par conséquent, les termes «danger pour la sécurité nationale du Canada» et «membres» mentionnés au paragraphe 83(3) et à l'alinéa 34(1)d) de la LIPR ne sont pas imprécis et n'ont pas une portée excessive.

Le cinquième argument constitutionnel était que le paragraphe 80(3) et l'article 81 de la LIPR, qui prévoient que la décision du juge désigné à l'égard du certificat et de ses conséquences est sans appel et qu'elle ne peut faire l'objet de contrôle judiciaire, vont à l'encontre de l'article 96 de l'AANB. L'impossibilité de faire appel de la mesure de renvoi a été incluse dans la LIPR pour assurer la rapidité après la détermination quant au caractère raisonnable du certificat. La Cour fédérale est une cour supérieure et, à ce titre, elle ne peut être qualifiée de tribunal administratif assujéti au pouvoir de surveillance et de contrôle d'une cour supérieure. Le

do not contravene section 96 of the BNA Act.

Finally, it was argued that sections 33, 77, 80, 81, 82, 83 and 85 of the IRPA contravene Article 14(1) of the *International Covenant on Civil and Political Rights* which provides that all persons shall be equal before the courts and tribunals. A straightforward reading of Article 14(1) of the Covenant shows that some sections of the IRPA are not consistent with this provision. However, the procedure established in the IRPA reflects the search for and articulation of a balance between two opposing interests, individual rights (human rights) and collective rights (national security). Articles 12(3) and 13 of the Covenant endorse the paramountcy of the national security. The allusion to *in camera* proceedings in Article 14 does not reflect the concern for the protection of national security included in Articles 12 and 13; the concern must therefore, in practical terms, be implied by the wording of Article 14. Sections 33, 77, 80, 81, 82, 83 and 85 of the IRPA do not contravene the principles recognized in Articles 12 to 14 of the Covenant.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 52 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 112).
- An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown, 1688*, 1 Will. & Mary, Sess. 2, c. 2 (U.K.) (Bill of Rights).
- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 43), 38.01 (as enacted *idem*), 38.02 (as enacted *idem*), 38.03 (as enacted *idem*), 38.031 (as enacted *idem*), 38.04 (as enacted *idem*), 38.05 (as enacted *idem*), 38.06 (as enacted *idem*), 38.07 (as enacted *idem*), 38.08 (as enacted *idem*), 38.09 (as enacted *idem*), 38.1 (as enacted *idem*), 38.11 (as enacted *idem*), 38.12 (as enacted *idem*), 38.13 (as enacted *idem*), 38.131 (as enacted *idem*), 38.14 (as enacted *idem*), 38.15 (as enacted *idem*).
- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, ss. 1, 2.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 6(1),(2), 7, 9, 10, 11(e), 12, 15, 24(1).
- Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 89), 21.
- Charities Registration (Security Information) Act*, S.C. 2001, c. 41, s. 3 “judge”.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 96, 101.

paragraphe 80(3) et l'article 84 de la LIPR ne portent pas atteinte à l'article 96 de l'AANB.

Enfin, on a prétendu que les articles 33, 77, 80, 81, 82, 83 et 85 de la LIPR portent atteinte au paragraphe 14(1) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, qui prévoit que tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Une simple lecture du paragraphe 14(1) du Pacte montre que certains articles de la LIPR ne sont pas conformes à cette disposition. Toutefois, la procédure établie dans la LIPR résulte de la recherche et de l'articulation d'un équilibre entre deux intérêts opposés, soit les droits individuels (droits de la personne) et les droits collectifs (sécurité nationale). Or, le paragraphe 12(3) et l'article 13 du Pacte consacrent la primauté de la sécurité nationale. La mention du huis clos à l'article 14 ne reflète pas la préoccupation de la protection de la sécurité nationale incluse aux articles 12 et 13 et en conséquence, la préoccupation doit concrètement être sous-entendue dans le libellé de l'article 14. Les articles 33, 77, 80, 81, 82, 83 et 85 de la LIPR ne portent pas atteinte aux principes reconnus aux articles 12 à 14 du Pacte.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown, 1688*, 1 Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2 (R.-U.) (Bill of Rights).
- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 6(1),(2), 7, 9, 10, 11(e), 12, 15, 24(1).
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 83.05(11) (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 5), 462.48(9) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 42, art. 2).
- Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, art. 1, 2.
- Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 A (III), Doc. Off. AG NU, 10 décembre 1948, art. 10.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 96, 101.
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 52 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 112).
- Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 37).
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), 38.01 (édicte, *idem*), 38.02 (édicte, *idem*), 38.03 (édicte, *idem*), 38.031 (édicte, *idem*), 38.04 (édicte, *idem*), 38.05 (édicte, *idem*), 38.06 (édicte, *idem*), 38.07 (édicte, *idem*), 38.08 (édicte,

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 83.05(11) (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 5), 462.48(9) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 42, s. 2).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7 ss.1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 3 (as am. *idem*, s. 16), 27 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 11; S.C. 1990, c. 8, s. 7; 1993, c. 27, s. 214; 2002, c. 8, s. 34), 57 (as am. *idem*, s. 54).

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 69, 151, 152.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3(f) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 2), 19 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 38.1 (as enacted *idem*, s. 28), 39 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 6; S.C. 1992, c. 49, s. 29; 1997, c. 22, s. 4), 40(1) (as am. by S.C. 1997, c. 22, s. 6), 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31), 53(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43), 70 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 65; 1995, c. 15, s. 13).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(h),(3)(d),(f), 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 46(1)(c), 76, 77 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 78, 79 (as am. *idem*), 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86.

International Covenant on Civil and Political Rights, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Art. 9, 10, 11, 12, 13, 14.

Official Secrets Act, R.S.C., 1985, c. O-5.

Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 51(1),(2).

Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2001, c. 17 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 48), s. 60.1(8) (as enacted *idem*, s. 72), (9) (as enacted *idem*).

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 37).

Universal Declaration of Human Rights, GA Res. 217 A (III), UN GAOR, December 10, 1948, Art. 10.

idem, 38.09 (édicte, *idem*), 38.1 (édicte, *idem*), 38.11 (édicte, *idem*), 38.12 (édicte, *idem*), 38.13 (édicte, *idem*), 38.131 (édicte, *idem*), 38.14 (édicte, *idem*), 38.15 (édicte, *idem*).

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 51(1),(2).

Loi sur l'enregistrement des organismes de bienfaisance (renseignements de sécurité), L.C. 2001, ch. 41, art. 3 «juge».

Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, L.C. 2001, ch. 17 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 48), art. 60.1(8) (édicte, *idem*, art. 72), (9) (édicte, *idem*).

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 89), 21.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7 art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), art. 3 (mod., *idem*, art. 16), 27 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 51, art. 11; L.C. 1990, ch. 8, art. 7; 1993, ch. 27, art. 214; 2002, ch. 8, art. 34), 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54).

Loi sur les secrets officiels, L.R.C. (1985), ch. O-5.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 3f) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 2), 19 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 38.1 (édicte, *idem*, art. 28), 39 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 6; L.C. 1992, ch. 49, art. 29; 1997, ch. 22, art. 4), 40(1) (mod. par L.C. 1997, ch. 22, art. 6), 40.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31), 53(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43), 70 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 65; 1995, ch. 15, art. 13).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)(h),(3)(d), f), 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 46(1)(c), 76, 77 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 78, 79 (mod., *idem*), 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 9, 10, 11, 12, 13, 14.

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 69, 151, 152.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th)

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R.

1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2D) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1.

APPLIED:

Mills v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 21 C.R.R. 76; 67 N.R. 241; 16 O.A.C. 81; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Ahani v. Canada*, [1995] 3 F.C. 669; (1995), 32 C.P.R. (2d) 95; 100 F.T.R. 261 (T.D.); *Ahani v. Canada* (1996), 37 C.R.R. (2d) 181; 201 N.R. 233 (F.C.A.).

DISTINGUISHED:

Crevier v. Attorney General of Quebec et al., [1981] 2 S.C.R. 220; (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; 38 N.R. 541; *Attorney General (Que.) et al. v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; (1978), 86 D.L.R. (3d) 161; 21 N.R. 595.

CONSIDERED:

Charkaoui (Re), [2004] 1 F.C.R. 451 (C.A.); *Suresh v. Canada* (1996), 34 C.R.R. (2d) 337; 105 F.T.R. 299 (F.C.T.D.); *R. v. Hynes*, [2001] 3 S.C.R. 623; (2001), 208 Nfld. & P.E.I.R. 181; 206 D.L.R. (4th) 483; 159 C.C.C. (3d) 359; 47 C.R. (5th) 278; 88 C.R.R. (2d) 222; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504; (2003), 231 D.L.R. (4th) 385; 4 Admin. L.R. (4th) 1; 28 C.C.E.L. (3d) 1; 310 N.R. 22; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 4 F.C. 192; (1998), 55 C.R.R. (2d) 157; 47 Imm. L.R. (2d) 1; 229 N.R. 240 (C.A.); *Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 1 F.C.R. 528 (F.C.A.); *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 295 N.R. 353; *Attorney General of Canada v. Jolly*, [1975] F.C. 216; (1975), 54 D.L.R. (3d) 277; 7 N.R. 271 (C.A.); *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297; (2000), 195 D.L.R. (4th) 422; 265 N.R. 121 (C.A.); *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.).

REFERRED TO:

Shandi (Re) (1991), 51 F.T.R. 252; 17 Imm. L.R. (2d) 54 (F.C.T.D.); *Baroud (Re)* (1995), 98 F.T.R. 99 (F.C.T.D.);

(4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2D) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Mills c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 21 C.R.R. 76; 67 N.R. 241; 16 O.A.C. 81; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin.L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Ahani c. Canada*, [1995] 3 C.F. 669; (1995), 32 C.P.R. (2d) 95; 100 F.T.R. 261 (1^{re} inst.); *Ahani c. Canada* (1996), 37 C.R.R. (2d) 181; 201 N.R. 233 (C.A.F.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Crevier c. Procureur général du Québec et autres, [1981] 2 R.C.S. 220; (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; 38 N.R. 541; *Procureur général (Qué.) et autre c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; (1978), 86 D.L.R. (3d) 161; 21 N.R. 595.

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Charkaoui (Re), [2004] 1 R.C.F. 451 (C.A.); *Suresh c. Canada* (1996), 34 C.R.R. (2d) 337; 105 F.T.R. 299 (C.F. 1^{re} inst.); *R. c. Hynes*, [2001] 3 R.C.S. 623; (2001), 208 Nfld. & P.E.I.R. 181; 206 D.L.R. (4th) 483; 159 C.C.C. (3d) 359; 47 C.R. (5th) 278; 88 C.R.R. (2d) 222; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur* [2003] 2 R.C.S. 504; (2003), 231 D.L.R. (4th) 385; 4 Admin. L.R. (4th) 1; 28 C.C.E.L. (3d) 1; 310 N.R. 22; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 4 C.F. 192; (1998), 55 C.R.R. (2d) 157; 47 Imm. L.R. (2d) 1; 229 N.R. 240 (C.A.); *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 1 F.C.R. 528 (C.A.F.); *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 295 N.R. 353; *Le procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] C.F. 216; (1975), 54 D.L.R. (3d) 277; 7 N.R. 271 (C.A.); *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297; (2000), 195 D.L.R. (4th) 422; 265 N.R. 121 (C.A.); *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.).

DÉCISIONS CITÉES:

Shandi (Re) (1991), 51 F.T.R. 252; 17 Imm. L.R. (2d) 54 (C.F. 1^{re} inst.); *Baroud (Re)* (1995), 98 F.T.R. 99 (C.F. 1^{re}

Smith v. Canada, [1991] 3 F.C. 3; (1991), 4 Admin. L.R. (2d) 97; 42 F.T.R. 81; 14 Imm. L.R. (2d) 57 (T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Jaballah*, [1999] F.C.J. No. 1681 (T.D.) (QL); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429; (2002), 221 D.L.R. (4th) 257; 100 C.R.R. (2d) 1; 298 N.R. 1; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241.

inst.); *Smith c. Canada*, [1991] 3 C.F. 3; (1991), 4 Admin. L.R. (2d) 97; 42 F.T.R. 81; 14 Imm. L.R. (2d) 57 (1^{re} inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Jaballah*, [1999] A.C.F. n° 1681 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429; (2002), 221 D.L.R. (4th) 257; 100 C.R.R. (2d) 1; 298 N.R. 1; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241.

AUTHORS CITED

Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, *Second Report: Freedom and Security under the Law*, Vols. 1 and 2. Ottawa: Supply and Services Canada, 1981.

Côté, P.-A. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPLICATION contesting the constitutional validity of sections 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act* which establish a procedure for determining whether a permanent resident is a danger to national security or the safety of any person. Application dismissed.

APPEARANCES:

Johanne Doyon and *Julius H. Grey* for Adil Charkaoui.

J. Daniel Roussy for the Solicitor General of Canada.

Luc J. C. Cadieux and *Daniel Latulippe* for the Minister of Citizenship and Immigration.

DOCTRINE

Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *Deuxième rapport: La liberté et la sécurité devant la loi*, vols. 1 et 2. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1981.

Côté, P.-A. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Éditions Thémis, 1999.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

DEMANDE visant à contester la constitutionnalité des articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, qui établit une procédure permettant de déterminer si un résident permanent est un danger pour la sécurité nationale ou pour celle d'autrui. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Johanne Doyon et *Julius H. Grey* pour Adil Charkaoui.

J. Daniel Roussy pour le solliciteur général du Canada.

Luc J. C. Cadieux et *Daniel Latulippe* pour le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration.

SOLICITORS OF RECORD:

Doyon, Guertin, Montbriand & Plamondon, Montréal and *Grey, Casgrain*, Montréal, for Adil Charkaoui.

Deputy Attorney General of Canada for the Solicitor General of Canada and the Minister of Citizenship and Immigration.

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

NOËL J.:

I. INTRODUCTION

[1] Through a multitude of constitutional questions, Mr. Adil Charkaoui (Mr. Charkaoui) is contesting the validity of several provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA) which establish a procedure for determining whether a permanent resident is a danger to national security or the safety of any person. To the extent possible, this procedure seeks to satisfy two opposing interests: the interest of the state in protecting national security, and the interest of the individual (the person concerned) in being able to assert, in his defence, all the rights normally available to him. Specifically, Charkaoui's application contests the constitutional validity of sections 33 and 77 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194; s. 78 (as am. *idem*)] to 85 of the IRPA on the basis that they violate sections 7, 9, 10, 15 and paragraph 11(e) of 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. 44] (the Charter); the *British North America Act*, now the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] (the BNA Act); sections 1 and 2 of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III (the *Canadian Bill of Rights*); the common law; the U.K. Bill of Rights (1688), *An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and settling the Succession of the Crown, 1688*, (1 Will. & Mary, Sess. 2, c. 2 (U.K.)) (the Bill of Rights); Article 14(1) of the

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Doyon, Guertin, Montbriand et Plamondon, Montréal et *Grey, Casgrain*, Montréal, pour Adil Charkaoui.

Le sous-procureur général du Canada pour le solliciteur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration.

Voici les motifs de l'ordonnance et ordonnance rendus en français par

LE JUGE NOËL:

I. INTRODUCTION

[1] Au moyen d'une multitude de questions constitutionnelles, M. Adil Charkaoui (ci-après M. Charkaoui) conteste la validité de plusieurs dispositions législatives de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (ci-après LIPR) qui établissent une procédure dont le but est de déterminer si un résident permanent est un danger pour la sécurité du Canada ou pour celle d'autrui. Cette procédure vise à satisfaire, dans la mesure du possible, deux intérêts opposés: l'intérêt de l'État à protéger la sécurité nationale et l'intérêt de l'individu (ci-après personne concernée) à pouvoir se défendre en ayant recours à tous les droits qui lui sont normalement reconnus. Plus précisément, M. Charkaoui conteste par requête la constitutionnalité des articles 33 et 77 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194; art. 78 (mod., *idem*)] à 85 de la LIPR au motif qu'ils portent atteinte aux articles 7, 9, 10, 15 et à l'alinéa 11e) 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° 44] (ci-après Charte); l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] (ci-après AANB); l'article premier et l'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III. (ci-après Déclaration canadienne); les règles de common

International Covenant on Civil and Political Rights, 19 December 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Arts 9-14 (the Covenant) and Article 10 of the *Universal Declaration of Human Rights*, GA Res. 217 A (III), UN GAOR, December 10, 1948 (the Universal Declaration).

[2] In addition, Mr. Charkaoui submits that subsection 80(3) of the IRPA violates section 96 of the BNA Act because the decision of the Chief Justice or his designate (designated judge) as to the reasonableness of the certificate stating that “a permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality” (subsection 77(1) of the IRPA) may not be appealed or judicially reviewed. Moreover, according to Mr. Charkaoui, the fact that the designated judge, under paragraph 78(e) of the IRPA, presides over the hearing in the presence of counsel for the Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada (the Ministers) but in the absence of the person concerned and his counsel, could create an appearance of bias, whether or not such bias actually exists. This appearance of bias would undermine the independence and impartiality of the judiciary—concepts that section 96 of the BNA Act protects.

[3] Counsel for the Ministers, for their part, submit that the designated judge responsible for determining whether the detention is reasonable and whether it should be continued does not have the jurisdiction needed to decide constitutional questions.

[4] At the hearing held on September 9, 2003, I brought to the attention of counsel in attendance that Mr. Charkaoui was proceeding by way of application rather than by way of statement of claim to pose the questions set out in paragraphs 1 and 2. However, none of the parties made any comments regarding this manner of proceeding and no objection was made in this regard.

law; le Bill of Rights du Royaume-Uni (1688) *An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown, 1688*, (1 Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2 (R.-U.)) (ci-après Bill of Rights); le paragraphe 14(1) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 9 à 14 (ci-après Pacte) et l'article 10 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 A (III) Doc. Off. AG NU, 10 décembre 1948 (ci-après Déclaration universelle).

[2] De plus, M. Charkaoui affirme que le paragraphe 80(3) de la LIPR viole l'article 96 de l'AANB car la décision du juge en chef ou du juge désigné par celui-ci (ci-après juge désigné) concernant le caractère raisonnable du certificat attestant «qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée» (paragraphe 77(1) de la LIPR) n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire. De plus, selon M. Charkaoui, le fait qu'en vertu de l'alinéa 78e) de la LIPR le juge désigné préside l'audience en présence des avocats du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et du solliciteur général du Canada (ci-après ministres) mais en l'absence de la personne concernée et de ses avocats, pourrait donner lieu à une apparence de partialité, que cette partialité existe ou non dans la réalité. Cette apparence de partialité a donc pour effet de miner l'indépendance et l'impartialité du judiciaire, concepts protégés par l'article 96 de l'AANB.

[3] Les avocats des ministres, quant à eux, prétendent que le juge désigné chargé de déterminer si le certificat est raisonnable et si la détention doit être maintenue n'a pas la compétence nécessaire pour trancher des questions constitutionnelles.

[4] Lors de l'audience tenue le 9 septembre 2003, le soussigné a porté à l'attention des avocats présents le fait que M. Charkaoui procédait par voie de requête plutôt que par voie de déclaration pour soulever les questions indiquées aux paragraphes 1 et 2. Aucune des parties n'a toutefois fait de commentaires sur la façon de procéder et aucune objection n'a été soulevée à cet égard.

II. BACKGROUND

[5] One of the IRPA's objectives is to maintain (in French, "*garantir*") the security of Canadian society (paragraph 3(1)(h) of the IRPA). One method that Parliament has given the Ministers to accomplish this objective is to sign a certificate that renders the person concerned inadmissible to Canada (subsection 77(1) of the IRPA). The signing of this certificate is a ministerial power that cannot be delegated. The certificate must be signed by the Minister of Citizenship and Immigration and by the Solicitor General, after which it is filed with the Federal Court of Canada.

[6] In the case at bar, a certificate stating that Mr. Charkaoui is inadmissible was signed by the Ministers on May 16, 2003, and subsequently filed with the Federal Court. The Ministers believe that Mr. Charkaoui has been and continues to be a member of the Usama bin Laden network, an organization that has carried out, is carrying out or will carry out terrorist acts; that in this capacity the respondent has engaged in, is engaging in or will engage in terrorism; and consequently that the respondent has been, is or will be a danger to national security (paragraphs 34(1)(c), (d) and (f) of the IRPA).

[7] Another method created by Parliament to maintain the security of Canadian society is the signing of an arrest warrant by the Ministers. The signing of this warrant is also a non-delegated ministerial power. In order to sign such a warrant, both Ministers must have reasonable grounds to believe that the person concerned is a danger to national security or the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal. The Ministers signed a warrant for Mr. Charkaoui's arrest on May 16, 2003 (subsection 82(1) of the IRPA). The arrest warrant was executed on May 21, 2003, and Mr. Charkaoui has been in detention ever since.

[8] Counsel for the Ministers requested that I hold a hearing, in the absence of Mr. Charkaoui and his counsel, as to the reasonableness of the certificate and as to whether detention should be continued. After examining the protected information tendered in support of the certificate and the arrest warrant, I concluded that,

II. MISE EN CONTEXTE

[5] L'un des objectifs de la LIPR est de garantir (en anglais, «*to maintain*») la sécurité des Canadiens (alinéa 3(1)h) de la LIPR). L'un des moyens que le législateur a donné aux ministres pour atteindre cet objectif est la signature d'un certificat qui a pour conséquence d'interdire le territoire canadien à la personne concernée (paragraphe 77(1) de la LIPR). La signature de ce certificat est un pouvoir ministériel qui ne peut être délégué. Le certificat doit être signé par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ainsi que par le solliciteur général, puis il est déposé à la Cour fédérale du Canada.

[6] Dans la présente affaire, un certificat interdisant de territoire M. Charkaoui a été signé le 16 mai 2003 par les ministres et déposé à la Cour fédérale par la suite. Les ministres croient que M. Charkaoui a été et est toujours membre du réseau d'Oussama ben Laden, une organisation qui a été, est ou sera l'auteur d'actes de terrorisme, qu'à ce titre, l'intimé s'est livré, se livre ou se livrera au terrorisme et, qu'en conséquence, l'intimé a constitué, constitue ou constituera un danger pour la sécurité du Canada (alinéas 34(1)c), d) et f) de la LIPR).

[7] Un autre moyen que le législateur a prévu pour garantir la sécurité des Canadiens est la signature par les ministres d'un mandat d'arrestation. La signature du mandat est également un pouvoir ministériel qui ne peut être délégué. Pour signer un tel mandat, chacun des deux ministres doit avoir des motifs raisonnables de croire que la personne concernée est un danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d'autrui ou qu'elle se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi. Les ministres ont signé un mandat d'arrestation à l'égard de M. Charkaoui le 16 mai 2003 (paragraphe 82(1) de la LIPR). Le mandat d'arrestation a été exécuté le 21 mai 2003 et depuis, M. Charkaoui est en détention.

[8] Les avocats des ministres m'ont demandé de tenir l'audience sur le caractère raisonnable du certificat et sur le maintien de la détention en l'absence de M. Charkaoui et de ses avocats. Après avoir examiné les renseignements protégés qui ont été déposés à l'appui du certificat et du mandat d'arrestation, j'ai conclu que,

for reasons of national security, the hearing should indeed be held in the absence of Mr. Charkaoui and his counsel (paragraphs 78(d) and (e) of the IRPA). Knowing that it was important Mr. Charkaoui be “reasonably informed” of the circumstances giving rise to the certificate, the arrest warrant as well as his continued detention, I identified the information the disclosure of which would not be injurious to national security or the safety of any person, and that information was given to counsel for Mr. Charkaoui on May 26, 2003 (paragraph 78(g) of the IRPA).

[9] I was prepared, as were counsel for the Ministers, to hold the hearing on continued detention shortly after May 26, 2003. However, counsel for Mr. Charkaoui asked that the hearing be held on July 2 and 3, 2003, so that they could prepare adequately.

[10] At the hearing in early July 2003, the Ministers and Mr. Charkaoui called certain witnesses and provided further affidavit testimony. In days that followed, I held a hearing in the absence of Mr. Charkaoui and his counsel for reasons of national security. I had notified Mr. Charkaoui and his counsel of this hearing, and they objected to it.

[11] In a written decision dated July 15, 2003, *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 F.C.R. 451 (F.C.A.), I ordered, pursuant to subsection 83(3) of the IRPA, that the detention be continued until the designated judge rendered another decision under subsection 83(2) of the IRPA as to whether detention should be continued.

[12] While I took account, in that order, of my duty to protect information concerning national security, I also expressed certain concerns that stemmed from my review of the information with the intention to give Mr. Charkaoui and his lawyers the opportunity to respond.

[13] My concerns were and continue to be as follows: Mr. Charkaoui’s contacts with certain individuals (see the summary of the information provided to Mr. Charkaoui in accordance with paragraph 78(h) of the

pour des raisons de sécurité nationale, l’audience devait effectivement avoir lieu en l’absence de M. Charkaoui et de ses avocats (alinéas 78d) et e) de la LIPR). Sachant qu’il était important d’informer «suffisamment» M. Charkaoui et ses avocats des circonstances ayant conduit à la signature du certificat et du mandat d’arrestation ainsi qu’au maintien de la détention, j’ai cerné les renseignements dont la divulgation ne porterait pas atteinte à la sécurité nationale ou à celle d’autrui et ces renseignements ont été transmis aux avocats de M. Charkaoui le 26 mai 2003 (alinéa 78g) de la LIPR).

[9] Le soussigné et les avocats des ministres étaient prêts à ce que l’audience concernant le maintien de la détention ait lieu très peu de temps après le 26 mai 2003, mais les avocats de M. Charkaoui ont demandé que l’audience se déroule les 2 et 3 juillet 2003 pour qu’ils puissent se préparer adéquatement.

[10] Lors de l’audience du début de juillet 2003, les ministres et M. Charkaoui ont fait témoigner certaines personnes de vive voix et ont déposé d’autres témoignages sous forme d’affidavits. Dans les jours suivants, j’ai présidé une audience en l’absence de M. Charkaoui et de ses avocats pour des raisons de sécurité nationale. J’avais informé M. Charkaoui et ses avocats de cette audience et ils s’y étaient objectés.

[11] Dans une décision écrite datée du 15 juillet 2003, *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 R.C.F. 451 (C.A.F.), le soussigné a ordonné, en vertu du paragraphe 83(3) de la LIPR, le maintien de la détention jusqu’à ce que le juge désigné statue de nouveau sur le maintien de la détention selon le paragraphe 83(2) de la LIPR.

[12] Dans cette ordonnance, tout en tenant compte de mon obligation de protéger les renseignements relatifs à la sécurité nationale, j’ai indiqué certaines préoccupations qui découlent de mon examen des renseignements et ce, dans le but de donner à M. Charkaoui et à ses avocats la possibilité d’y répondre.

[13] Mes préoccupations étaient et continuent à être les suivantes: les contacts de M. Charkaoui avec certains individus (voir le résumé des renseignements remis à M. Charkaoui le 26 mai 2003 conformément à l’alinéa 78h)

IRPA on May 26, 2003); Mr. Charkaoui's life in Morocco from 1992 to 1995 and in Canada from 1995 to 2000, including his travels; and Mr. Charkaoui's trip to Pakistan from February to July 1998.

[14] As mentioned in the July 15, 2003 order (paragraphs 7 and 9 of *Charkaoui (Re)*), the designated judge must periodically review the protected information to determine whether additional information can be disclosed to the person concerned. Indeed, when national security is involved, the circumstances justifying non-disclosure may change.

[15] On July 17, 2003, after meeting the requisite conditions in such a situation, I authorized the disclosure of information that had been, until then, considered protected. The information was about the fact that Mr. Abou Zubaida, considered a close associate of Usama bin Laden, recognized Mr. Charkaoui in a photograph (he identified him as Zubeir Al-Maghrebi) as someone he had seen in Afghanistan in 1993 and in 1997-1998.

[16] On August 14, 2003, after meeting the requisite conditions in such a situation, I authorized the disclosure of information that had been, until then, considered protected. This time, the information was that, during interviews with the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) in January 2002, Mr. Ahmed Ressay recognized Mr. Charkaoui in two photographs, identifying him as Zubeir Al-Maghrebi. Mr. Ressay added that he had met him in Afghanistan in the summer of 1998 while they were training at the same camp. The photograph presented to Mr. Abou Zubaida for the purposes of identification on July 17, 2003, was part of the evidence released to Mr. Charkaoui during the August 14, 2003 disclosure.

[17] At the 2 and 3 July 2003 hearings, where the reasons for continued detention were reviewed, Mr. Charkaoui's lawyers reserved the right to raise constitutional questions concerning sections 33 and 76 to 85 of the IRPA.

[18] A notice of constitutional questions pursuant to section 57 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 54] of the

de la LIPR); la vie de M. Charkaoui au Maroc de 1992 à 1995 et au Canada de 1995 à 2000, y compris ses voyages; et le voyage de M. Charkaoui au Pakistan de février à juillet 1998.

[14] Tel que mentionné dans l'ordonnance du 15 juillet 2003 (paragraphes 7 et 9 de *Charkaoui (Re)*), le juge désigné doit réviser périodiquement les renseignements protégés pour déterminer si des renseignements supplémentaires peuvent être communiqués à la personne concernée. En effet, dans le domaine de la sécurité nationale, les circonstances justifiant la non-divulgaration peuvent changer.

[15] Le 17 juillet 2003, après avoir satisfait aux conditions exigées dans une telle situation, j'ai autorisé la communication de renseignements considérés jusqu'alors protégés. Ces renseignements portaient sur le fait que M. Abou Zubaida, qualifié de proche collaborateur d'Oussama ben Laden, avait reconnu sur une photographie M. Charkaoui (qu'il a identifié par le nom de Zubeir Al-Maghrebi) comme étant un individu qu'il avait vu en Afghanistan en 1993 et en 1997-1998.

[16] Le 14 août 2003, après avoir satisfait aux conditions exigées dans une telle situation, j'ai autorisé la communication de renseignements jugés jusqu'alors protégés. Cette fois-ci, il s'agissait du fait que lors d'entrevues avec le Service canadien de renseignement de sécurité (ci-après Service) en janvier 2002, M. Ahmed Ressay a reconnu sur deux photographies M. Charkaoui qu'il a identifié comme étant Zubeir Al-Maghrebi. M. Ressay a ajouté qu'il l'avait rencontré en Afghanistan à l'été 1998 pendant qu'ils s'entraînaient dans le même camp. La photographie qui a été présentée à M. Abou Zubaida pour fins d'identification le 17 juillet 2003 fait partie des éléments qui ont été communiqués à M. Charkaoui lors de la divulgation du 14 août 2003.

[17] Lors de l'audience des 2 et 3 juillet 2003 portant sur le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention, les avocats de M. Charkaoui s'étaient réservés le droit de soulever des questions constitutionnelles concernant les articles 33 et 76 à 85 de la LIPR.

[18] Un avis de questions constitutionnelles selon l'article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1(as am. *idem*, s. 14)], and rule 69 of the *Federal Court Rules 1998*, SOR/98-106 (the Rules) was served on the Attorney General of Canada and his provincial counterparts. The hearing on these questions was held on October 8, 9 and 21, 2003, in the presence of Mr. Charkaoui, his counsel, and the Ministers' representatives and counsel.

III. ISSUES

Jurisdiction

1. Does the designated judge responsible for determining whether the certificate is reasonable and whether detention should be continued have jurisdiction to decide constitutional questions?

Constitutional questions

2. If the designated judge does have jurisdiction to decide constitutional questions, what are the answers to the 40 constitutional questions set out in Appendix I to this order?

For the reasons set out below, I will answer the first question in the affirmative and the second question in the negative. Consequently, the instant application will be dismissed.

[19] Because of the number and scope of the questions based on the Charter, the BNA Act, the *Canadian Bill of Rights*, the common law, the Bill of Rights, the Covenant and the Universal Declaration, and in order adequately to convey Mr. Charkaoui's position, I will reproduce the full text of the first part of paragraph 25 of the notice of constitutional question as submitted by his counsel on September 17, 2003:

[TRANSLATION]

The person concerned alleges that the provisions of sections 33 and 77 to 85 of the IRPA are inoperative and/or *ultra vires* because, *inter alia*:

(a) they infringe the fundamental right to have one's rights defined by an independent and impartial tribunal—and not, as the IRPA provides, by the executive—notably by

8, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1(mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] et la règle 69 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106 (ci-après Règles) a été signifié au procureur général du Canada ainsi qu'à ceux des provinces. L'audience sur ces questions a eu lieu les 8, 9 et 21 octobre 2003, en présence de M. Charkaoui, de ses avocats ainsi que des représentants des ministres et de leurs avocats.

III. QUESTIONS EN LITIGE

Question de compétence

1. Le juge désigné chargé de déterminer si le certificat est raisonnable et si la détention doit être maintenue a-t-il compétence pour trancher des questions constitutionnelles?

Questions constitutionnelles

2. Si le juge désigné a effectivement compétence pour trancher des questions constitutionnelles, quelle est la réponse aux 40 questions constitutionnelles énoncées à l'Annexe I de la présente ordonnance?

Pour les motifs suivants, je répondrai par l'affirmative à la première question et par la négative à la deuxième question. Par conséquent, la présente requête sera rejetée.

[19] Étant donné le nombre et l'ampleur des questions fondées sur la Charte, l'AANB, la Déclaration canadienne, les règles de common law, le Bill of Rights, le Pacte et la Déclaration universelle, ainsi que dans le but de refléter fidèlement la position de M. Charkaoui, je cite intégralement la première partie du paragraphe 25 de l'Avis de question constitutionnelle (*sic*) que ses avocats m'ont remis le 17 septembre 2003:

L'intéressé allègue que les dispositions prévues aux articles 33, 77 à 85 de la LIPR sont inopérantes et ou ultravires en ce que notamment:

a) Elles violent le droit fondamental de toute personne de voir ses droits définis par un tribunal indépendant et impartial—et non par un représentant du pouvoir

permitting detention based on the signing of a certificate, and by depriving the judge of the jurisdiction needed to decide on the merits of the measure, the rights of the concerned person and the certificate, all of which, in violation of section 96 of the Constitution, is done without providing for a right of appeal or judicial review;

- (b) they infringe the right not to be deprived of release on reasonable bail and constitute cruel and unusual punishment are in breach of the rules of natural justice;
- (c) they violate the independence of the judiciary and the appearance of impartiality required of judges;
- (d) they allow for an *ex parte* procedure in which no one represents the interests of the person concerned and in which the opposing party is the only one to be represented;
- (e) they allow for secret evidence without allowing for argument or participation of the person concerned and without revealing all the evidence and the nature of the undisclosed evidence or information, if any;
- (f) the provisions are vague, overbroad and discriminatory; and
- (g) they place the person in respect of whom the certificate was signed at risk of persecution or mistreatment or in danger of his life, and prevent him from being able to return safely to his country of origin,

in contravention of

- (i) sections 7, 9, 10, 11(e), 12 and 15 of the Canadian Charter; the Canada Act 1982, Schedule B;
- (ii) sections 1 and 2 of the Canadian Bill of Rights, 8-9 Elizabeth II, c. 44, R.S.C. 1985, App. III;
- (iii) the common law;
- (iv) the Constitution Act, 1867;
- (v) the English Bill of Rights;
- (vi) article 14(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights;
- (vii) article 10 of the Universal Declaration of Human Rights.

[20] As this excerpt from the notice discloses, the scope of the challenge is so broad that I had to ask Mr. Charkaoui's counsel to draft precisely worded

exécutif—tel que le prévoit la LIPR en autorisant, notamment, la mise en détention sur la base de la signature du certificat et en privant le juge de la juridiction nécessaire pour trancher le bien-fondé de la mesure, des droits de l'intéressé et du certificat, et ce, sans droit d'appel et de contrôle judiciaire, en violation de l'article 96 de la constitution;

- b) Elles violent le droit de ne pas être privé, sans juste cause, d'une libération sous caution et constituent un traitement cruel et inusité ainsi qu'une contravention aux règles de justice fondamentale;
- c) Elles violent l'indépendance judiciaire et l'apparence d'impartialité requise d'un juge;
- d) Elles permettent une procédure *ex parte* sans représentant des intérêts de la personne visée mais avec des représentants de la seule partie adverse;
- e) Elles permettent une preuve secrète sans procédure de débat, droits de participation à la personne visée et sans dévoilement de toute la preuve et de la nature de la preuve ou renseignements non divulguée, s'il y en a;
- f) Les dispositions sont imprécises, de portée excessive et discriminatoires;
- g) Elles mettent à risque de persécution, de mauvais traitements ou de menaces à la vie la personne visée par de tels certificats et empêchent un retour sans risque de la personne visée dans son pays d'origine;

le tout en contravention avec:

- i) Les articles 7, 9, 10, 11(e), 12, 15 de la Charte Canadienne; Loi de 1982 sur le Canada, Annexe B;
- ii) Les articles (1) et deux (2) de la Déclaration canadienne des droits; 8-9 Elizabeth II, c. 44 L.R.C. (1985), App. III;
- iii) Les règles de common law;
- iv) La loi constitutionnelle de 1867;
- v) L'English Bill of Rights;
- vi) Le paragraphe 14(1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques;
- vii) L'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

[20] Comme le montre cet extrait de l'Avis, la contestation est d'une telle envergure que j'ai dû demander aux avocats de M. Charkaoui de rédiger des

constitutional questions that tie the contested provisions to the arguments being made and the constitutional basis of those arguments. The purpose was to avoid losing sight of the heart of the matter and to respond to all the constitutional arguments raised. In order to avoid overburdening these reasons, the 40 constitutional questions as raised by Mr. Charkaoui's counsel have been set out in Appendix I to this order. An awareness of these questions should assist in understanding the analysis that follows.

(A) Does the designated judge responsible for determining whether the certificate is reasonable and whether detention should be continued have jurisdiction to decide constitutional questions?

[21] The Ministers submit that the jurisdiction of designated judges is so limited that they cannot decide constitutional questions concerning the IRPA, specifically sections 33, 34 and 76 to 86 of Division 9, which is entitled "Protection of Information."

[22] The Ministers submit that case law has consistently confirmed that the jurisdiction of a designated judge is limited. They refer, among other decisions, to *Shandi (Re)* (1991), 51 F.T.R. 252 (F.C.T.D.); *Suresh v. Canada* (1996), 34 C.R.R. (2d) 337 (F.C.T.D.); and *Baroud (Re)* (1995), 98 F.T.R. 99 (F.C.T.D.), at page 108.

[23] The conclusion that a designated judge has limited jurisdiction that does not encompass the determination of constitutional questions is based on *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, where the Supreme Court of Canada analysed the three-pronged test of a court with requisite jurisdiction to decide constitutional questions. The court must have jurisdiction over the parties, jurisdiction over the subject-matter and jurisdiction to order the remedy sought.

[24] In *Suresh, supra*, at paragraphs 4, 7, 8, 10 and 13, Cullen J. applied the three-part test for determining a

questions constitutionnelles précises qui lient les dispositions législatives contestées avec les arguments présentés ainsi que leur fondement constitutionnel. Je voulais ainsi m'assurer de ne pas perdre de vue le cœur du litige et de répondre à tous les arguments constitutionnels soulevés. Afin de ne pas alourdir la lecture des présents motifs, les 40 questions constitutionnelles telles que présentées par les avocats de M. Charkaoui se trouvent à l'Annexe I de la présente ordonnance. Prendre connaissance de ces questions pourrait faciliter la compréhension de l'analyse ci-dessous.

(A) Le juge désigné chargé de déterminer si la signature du certificat est raisonnable et si la détention doit être maintenue a-t-il compétence pour trancher des questions constitutionnelles?

[21] Selon les ministres, la compétence du juge désigné est à tel point limitée que celui-ci ne peut trancher de questions constitutionnelles portant sur la LIPR, particulièrement en ce qui a trait aux articles 33, 34 et 76 à 86 de la section 9 intitulée «Examen de renseignements à protéger».

[22] Les ministres plaident que la jurisprudence constante de la Cour conclut à la compétence limitée du juge désigné. Ils font notamment référence aux décisions *Shandi (Re)* (1991), 51 F.T.R. 252 (C.F. 1^{re} inst.); *Suresh c. Canada* (1996), 34 C.R.R. (2d) 337 (C.F. 1^{re} inst.); et *Baroud (Re)* (1995), 98 F.T.R. 99 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 108.

[23] La conclusion selon laquelle le juge désigné a une compétence limitée qui exclut la possibilité de statuer sur des questions constitutionnelles est fondée sur l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. Dans cette décision, la Cour suprême du Canada énumère les trois critères d'un tribunal qui a la compétence requise pour trancher des questions constitutionnelles. Ce tribunal doit avoir compétence sur les parties, compétence sur l'objet du litige ainsi que le pouvoir d'accorder la réparation demandée.

[24] Dans l'arrêt *Suresh*, précité, aux paragraphes 4, 7, 8, 10 et 13, le juge Cullen a appliqué à l'article 40.1

court's jurisdiction to section 40.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31] *et seq.* of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the former Act). Cullen J. held that although designated judges clearly had jurisdiction over the parties and subject-matter, they did not have the power to grant a constitutional remedy:

. . . the designated judge must determine, based on the evidence presented to him or her, whether the Ministers' decision to issue the certificate is reasonable.

...

. . . reasonableness and constitutionality are distinct issues. . . paragraph 40.1(4)(d) gives the designated judge jurisdiction only to consider the reasonableness of the certificate.

...

By expressly prohibiting further appeal or review, Parliament reinforced the notion that proceedings under section 40.1 of the *Immigration Act* are intended only to consider whether the Ministers' decision to issue the certificate is reasonable on the basis of the available evidence.

The applicant submits, however, that subsection 40.1(6) only prevents appeal or review of the merits of the designated judge's determination of the reasonableness of the certificate, but it does not prevent appeals on constitutional issues.

...

If the designated judge has no jurisdiction to hear Charter arguments, then the lack of an appeal is irrelevant. In my view, the lack of appeal is premised on an assumption that the designated judge does not have such jurisdiction. It is a further indication that Parliament intended that the designated judge only consider whether the certificate is reasonable on the basis of the available evidence. Questions of Charter infringement demand a much higher standard of proof and are incompatible with merely an assessment of reasonableness.

[25] However, Cullen J. notes that if Parliament had stated that the designated judge had jurisdiction over the whole of the matter, the judge would have had the

[édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31] et suivant de la *Loi sur l'Immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (ci-après ancienne Loi) ces trois critères permettant d'établir la compétence du tribunal. Il a conclu que le juge désigné, bien qu'il ait clairement compétence sur les parties et sur l'objet du litige, n'a pas le pouvoir d'accorder une réparation constitutionnelle:

[. . .] il [le juge délégué] lui incombait plutôt de déterminer si, compte tenu des éléments de preuve dont elle est saisie, le ministre a pris une décision raisonnable en délivrant l'attestation.

[. . .]

[. . .] le caractère raisonnable et la constitutionnalité sont deux questions distinctes. [. . .] l'alinéa 40.1(4)(d) accorde au juge délégué le seul pouvoir de juger du caractère raisonnable de l'attestation.

[. . .]

En interdisant expressément la possibilité de faire appel ou de demander un contrôle, le Parlement a consolidé la notion que les instances relevant de l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration* ne doivent concerner que la question de savoir, compte tenu des éléments de preuve disponibles, si le ministre a pris une décision raisonnable en délivrant une attestation.

Le requérant fait cependant valoir que le paragraphe 40.1(6) n'interdit que l'appel ou l'examen du bien-fondé de la décision du juge délégué concernant le caractère raisonnable de l'attestation, mais qu'il n'interdit par les appels concernant les questions constitutionnelles.

[. . .]

Si le juge délégué n'est pas compétent pour trancher ces questions, l'absence de droit d'appel n'a pas d'importance. Selon moi, l'absence de droit d'appel trouve sa prémisse dans l'hypothèse que le juge délégué n'est pas compétent à cet égard. C'est là une autre indication que le Parlement avait l'intention que le juge délégué détermine uniquement le caractère raisonnable de l'attestation en fonction des éléments de preuve dont il dispose. Les questions relatives aux infractions à la Charte exigent une norme de preuve beaucoup plus élevée et sont incompatibles avec la simple évaluation du caractère raisonnable d'une décision.

[25] Le juge Cullen précise toutefois que si le législateur avait indiqué que le juge désigné possède une compétence sur l'ensemble de l'affaire, ce dernier aurait

jurisdiction needed to decide constitutional questions [at paragraph 5]:

Provided that the designated judge has jurisdiction over the whole of the matter before him or her—the parties, the subject matter, and the remedy sought—he or she has jurisdiction to consider constitutional issues and grant constitutional remedies.

[26] The former Act has since been replaced by the IRPA and the Supreme Court of Canada has continued to develop the criteria for determining whether a court has jurisdiction to decide constitutional questions (*R. v. Hynes*, [2001] 3 S.C.R. 623; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504.

[27] Without exhaustively listing all the differences between the former Act and the IRPA, it would be helpful in my opinion to note certain differences that provide a good illustration of the evolution of the jurisdiction and powers of designated judges.

[28] The designated judge has jurisdiction to hear cases involving foreign nationals and permanent residents (subsection 77(1) of the IRPA). Under the former Act, the designated judge only had jurisdiction over foreign nationals and permanent residents coming under the authority of the Security Intelligence Review Committee (section 38.1 [as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 28] and subsections 40(1) [as am. by S.C. 1997, c. 22, s. 6] and 40.1(1) of the former Act).

[29] The designated judge now has jurisdiction to perform the following functions: assessing the reasonableness of the certificate (subsection 80(2) of the IRPA); commencing a review of the reasons for detention not later than 48 hours after the beginning of detention (subsection 83(1) of the IRPA); before making a determination on the certificate, reviewing, at least once in the six-month period following each preceding review, whether the person concerned should continue to be detained in light of whether he or she is a danger to national security or the safety of any person or whether he or she is unlikely to appear at a proceeding or for removal (subsection 83(3) of the IRPA); 120 days after the determination regarding the certificate, the

alors eu la compétence nécessaire pour statuer sur des questions constitutionnelles [au paragraphe 5]:

Pourvu que le juge délégué soit compétent à l'égard de toute l'affaire dont il est saisi – c'est-à-dire les parties, de l'objet du litige et des réparations demandées–, il est compétent pour envisager les questions constitutionnelles et accorder des réparations constitutionnelles.

[26] Depuis, l'ancienne Loi a été remplacée par la LIPR et la Cour suprême du Canada a continué à élaborer les critères pour déterminer si un tribunal est compétent pour trancher des questions constitutionnelles (*R. c. Hynes*, [2001] 3 R.C.S. 623; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504.

[27] Sans dresser une liste exhaustive de toutes les différences entre l'ancienne Loi et la LIPR, je pense qu'il vaut la peine de souligner certaines différences qui démontrent bien l'évolution entourant la compétence et les pouvoirs du juge désigné.

[28] Le juge désigné a compétence pour entendre les causes portant sur l'étranger et sur le résident permanent (paragraphe 77(1) de la LIPR). En vertu de l'ancienne Loi, le juge désigné n'avait compétence que sur les étrangers, les résidents permanents relevant du Comité de surveillance des activités de renseignements de sécurité (article 38.1 [édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 28] et paragraphes 40(1) [mod. par L.C. 1997, ch. 22, art. 6] et 40.1(1) de l'ancienne Loi).

[29] Le juge désigné a maintenant compétence pour effectuer les fonctions suivantes: il évalue le caractère raisonnable du certificat (paragraphe 80(2) de la LIPR); il entreprend le contrôle des motifs de la détention dans les 48 heures suivant celle-ci (paragraphe 83(1) de la LIPR); avant de rendre sa décision sur le certificat, il réévalue au moins une fois dans les six mois suivants chaque contrôle des motifs la nécessité de maintenir la personne concernée en détention à la lumière du danger pour la sécurité nationale ou pour celle d'autrui ou de la possibilité que la personne concernée se soustrait à la procédure ou au renvoi (paragraphe 83(3) de la LIPR); 120 jours suivant la décision sur le certificat, le juge désigné peut mettre en liberté, à certaines conditions, la

designated judge may, on application, release the person, subject to certain terms and conditions, if satisfied that the release will not pose a danger to national security or the safety of any person (subsections 84(2) and 83(3) of the IRPA); and the designated judge also has the jurisdiction to review the lawfulness of an application for protection (subsections 79(1), 79(2) and 80(1) of the IRPA). The former Act only allowed the designated judge to decide on the reasonableness of the certificate and review the necessity of detention following the determination concerning the certificate (paragraph 40.1(4)(d) and subsection 40.1(8) of the former Act).

[30] Based on the English version of paragraph 78(c) of the IRPA, a designated judge now has the power to deal with “all matters” resulting from the consideration of the certificate (though the French version does employ the term “*l’affaire*”). This express power to deal with all matters related to the case simply did not exist in the former Act.

[31] Although a designated judge under the former Act would examine the information in support of the certificate within seven days of its signing (paragraph 40.1(4)(a) of the former Act), and section 78 of the IRPA still provides for this, the IRPA adds new requirements: the designated judge must consider the certificate informally and expeditiously (paragraph 78(c) of the IRPA) and must commence a review of the reasons for continued detention not later than 48 hours after the beginning of detention (subsection 83(1) of the IRPA). Thus, under the IRPA, the designated judge must examine the information and consider the certificate as well as the reasons for continued detention, and then promptly make a determination.

[32] The principle that the Act is to be construed and applied in a manner that “ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*” (paragraph 3(3)(d) of the IRPA) is another new element. While this principle of construction is self-evident, its express inclusion in the IRPA is particularly important to bear in mind when determining the jurisdiction of a designated judge. The principle was found in the former Act, but in a more limited form: it merely stated that standards for

personne concernée qui le demande, s’il estime que cela ne comporte pas de danger pour la sécurité nationale et pour celle d’autrui (paragraphe 84(2) et 83(3) de la LIPR); il a aussi compétence pour contrôler la légalité de la décision portant sur une demande de protection (paragraphe 79(1), 79(2) et 80(1) de la LIPR). L’ancienne Loi ne permettait au juge désigné que de statuer sur le caractère raisonnable du certificat et de revoir la nécessité de la détention suivant la décision sur le certificat (alinéa 40.1(4)d) et paragraphe 40.1(8) de l’ancienne Loi).

[30] Le juge désigné a maintenant le pouvoir, selon la version anglaise de l’alinéa 78c) de la LIPR, de décider de toutes les affaires (*all matters*) pouvant découler de l’étude du certificat. La version française utilise toutefois le terme «*l’affaire*» à l’alinéa 78c) de la LIPR. Ce pouvoir explicite de s’occuper de toutes les affaires liées au dossier n’existait tout simplement pas dans l’ancienne Loi.

[31] Bien qu’en vertu de l’ancienne Loi le juge désigné examinait dans les sept jours suivant la signature du certificat les renseignements à l’appui de celui-ci (alinéa 40.1(4)a) de l’ancienne Loi), ce qui est encore prévu à l’article 78 de la LIPR, la LIPR ajoute d’autres exigences: le juge désigné doit procéder à l’étude du certificat de façon expéditive et sans formalisme (alinéa 78c) de la LIPR) et doit entreprendre le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention dans les 48 heures suivant le début de la détention (paragraphe 83(1) de la LIPR). La LIPR exige donc que le juge désigné examine les renseignements et qu’il étudie le certificat ainsi que les motifs du maintien de la détention, puis qu’il en arrive promptement à une conclusion.

[32] Un autre élément nouveau est le principe d’interprétation et de mise en œuvre selon lequel les «décisions prises en vertu de la présente loi doivent être conformes à la *Charte*» (alinéa 3(3)d) de la LIPR). Bien que ce principe d’interprétation soit évident en soi, il est particulièrement important de noter son inclusion littérale dans la LIPR lorsqu’il est question de déterminer la compétence du juge désigné. Ce principe d’interprétation figurait dans l’ancienne Loi, mais il y était davantage limité. En effet, il précisait seulement que

admission to Canada could not be discriminatory (paragraph 3(f) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 2] of the former Act).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2 repealed

3. It is hereby declared that Canadian immigration policy and the rules and regulations made under this Act shall be designed and administered in such a manner as to promote the domestic and international interests of Canada recognizing the need

...

(f) to ensure that any person who seeks admission to Canada on either a permanent or temporary basis is subject to standards of admission that do not discriminate in a manner inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

3. . . .

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

...

(d) ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;

[33] Lastly, it is important that both the former Act and the IRPA provide that determinations regarding a certificate cannot be appealed (subsection 40.1(6) of the former Act and subsection 80(3) of the IRPA). However, the IRPA adds that if a certificate is confirmed to be reasonable, it becomes a removal order, and also may not be appealed (section 81 of the IRPA, as opposed to section 70 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 65; 1995, c. 15, s. 13] of the former Act).

[34] Before analysing the provisions to determine whether the designated judge is, within the meaning of subsection 24(1) of the Charter, a court of competent

les critères d'admission au Canada ne devaient pas être discriminatoires (alinéa 3f) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 2] de l'ancienne Loi.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2 abrogée

3. La politique canadienne d'immigration ainsi que les règles et règlements pris en vertu de la présente loi visent, dans leur conception et leur mise en œuvre, à promouvoir les intérêts du pays sur les plans intérieur et international et reconnaissent la nécessité:

[. . .]

f) de garantir que les personnes sollicitant leur admission au Canada à titre permanent ou temporaire soient soumises à des critères excluant toute discrimination contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*;

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

3. [. . .]

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

[. . .]

d) d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*, notamment en ce qui touche les principes, d'une part, d'égalité et de protection contre la discrimination et, d'autre part, d'égalité du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada;

[33] Finalement, il est important de noter que tant l'ancienne Loi que la LIPR prévoient qu'il ne peut être interjeté appel des décisions sur le certificat (paragraphe 40.1(6) de l'ancienne Loi et paragraphe 80(3) de la LIPR). Toutefois, la LIPR ajoute que la confirmation du caractère raisonnable du certificat constitue une mesure de renvoi qui est également sans appel (article 81 de la LIPR comparé à l'article 70 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 65; 1995, ch. 15, art. 13] de l'ancienne Loi).

[34] Avant d'analyser les dispositions législatives afin de déterminer si le juge désigné est un tribunal compétent, au sens du paragraphe 24(1) de la Charte,

jurisdiction to decide constitutional questions, the concept of designated judge should be circumscribed further.

[35] Interestingly, the concept was formulated in the report of the Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police: *Second Report: Freedom and Security under the Law* (the Commission). The Commission refers to the notion of “designated judge” in Part V of its 2nd report at paragraph 101 (vol. 1, page 556) where it considers the question of applications for warrants in connection with the *Official Secrets Act*, R.S.C., 1985, c. O-5, stating as follows:

In a system of responsible Cabinet government operating within the rule of law Ministers are responsible for the effective and proper execution of the powers lawfully available to government, but they do not have the final responsibility for determining what the law is. In our system of government this is normally the function of judges.

[36] At paragraphs 104 and 106 of Part V (vol. 1, pages 557-558), the Commission recommends as follows:

To ensure the availability of reasonably experienced judges to hear applications for warrants, we propose that five judges from the Trial Division of the Federal Court of Canada be designated by the Chief Justice of the Federal Court to hear applications.

...

Hearings before a judge in our proposed system would be *ex parte* proceedings. . . . Submissions have been made to us that the proceedings should be made more adversarial by providing for the appointment of an officer to serve as ‘a friend of the court’. This officer would appear before the judge and point out possible weaknesses or inadequacies in applications. While we think such a proposal has considerable merit and have considered it carefully, we have concluded that, on balance, it would not be advisable to adopt such a mechanism. The adversarial element afforded by such a procedure might be rather artificial and would make the process of approving applications unduly complex. Further, we think that an experienced judge is capable of giving adequate consideration to all relevant aspects of an application without the assistance of an adversarial procedure.

At paragraph 6 of Chapter 2 (vol. 2, page 882), the Commission addresses the question of external reviews and states as follows:

pour trancher des questions constitutionnelles, il convient de circonscrire davantage le concept de juge désigné.

[35] Il est intéressant de noter que ce concept a été formulé dans le rapport de la Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada: *Deuxième rapport: La liberté et la sécurité devant la loi* (ci-après Commission). Au paragraphe 101 de la Partie V de son 2^e rapport (vol. 1, page 585), la Commission fait référence à la notion de «juge désigné». La Commission y étudie la question des demandes de mandat dans le cadre de la *Loi sur les secrets officiels*, L.R.C. (1985), ch. O-5 et déclare ce qui suit:

Dans un système de gouvernement responsable comportant un cabinet, les ministres ont le devoir d’exercer comme il convient les pouvoirs légalement conférés au gouvernement, mais ils n’ont pas la responsabilité de décider, en fin de compte, comment la loi est appliquée. Dans notre système de gouvernement, ce rôle incombe normalement aux juges.

[36] Aux paragraphes 104 et 106 de la Partie V (vol. 1, page 586), la Commission fait la recommandation suivante:

Afin d’assurer la présence de juges suffisamment avertis pour entendre les demandes de mandat, nous proposons que cinq juges de la division de première instance de la Cour fédérale du Canada soient désignés à cette fin par le juge en chef de ce tribunal.

[. . .]

Dans notre système, l’audition devant le juge serait une procédure unilatérale. [. . .] On a prétendu qu’il faudrait conférer à la procédure un caractère plus accusatoire en prévoyant la nomination d’un officier qui aurait qualité d’intervenant bénévole. Cet officier signalerait au juge, au besoin, les faiblesses ou les lacunes des demandes. Cette proposition a beaucoup de mérite et nous l’avons examinée avec soin, mais nous avons conclu que, somme toute, un tel mécanisme ne convient pas. L’antagonisme que cette procédure engendrerait pourrait être plutôt artificiel et risquerait de compliquer outre mesure le processus d’approbation des demandes. De plus, nous estimons qu’un juge d’expérience n’a pas besoin d’une procédure accusatoire pour peser tous les aspects d’une demande.

Au paragraphe 6 du chapitre 2, (vol. 2, page 931), la Commission traite des contrôles externes et affirme ce qui suit:

These two sets of recommendations clearly envisage a significant role for the Federal Court of Canada in decisions relating to national security. As we recommended earlier in Part V, this role would best be carried out by a nucleus of judges from the Appeal and Trial Divisions who would be specially designated for the purpose by the Chief Justice of the Court.

[37] Parliament has employed the designated judge concept in other statutes. Judges are designated to hear matters involving national security under the following provisions, among others: sections 2 [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 89] and 21 *et seq.* of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, sections 38 [as am. *idem*, s. 43] to 38.15 [as enacted *idem*] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, subsection 40.1(4) *et seq.* of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, and section 76 *et seq.* of the IRPA. It should be emphasized that the designation procedure established by these provisions is not intended to limit the judge's powers. Indeed, the designated judge exercises the ordinary functions of a puisne judge. Only the circumstances in which the judge is carrying out the functions are exceptional, in the sense that they involve national security.

[38] In my opinion, the reason for designating certain Federal Court judges is to limit access to protected information and thereby protect activities involving Canada's national security and the means by which information regarding national security is obtained.

[39] To summarize, in addition to the full jurisdiction of a Federal Court judge, designated judges have the jurisdiction specifically granted to them under section 76 *et seq.* of the IRPA. Thus, when hearing immigration matters, designated judges do not lose their status of Federal Court judge; they retain all their powers, and also have the powers that result from being a designated judge.

[40] Based on the foregoing analysis of the origins and role of designated judges, it is incumbent on us to ask

Ces diverses recommandations font manifestement jouer à la Cour fédérale du Canada un rôle important dans les décisions relatives à la sécurité nationale. Comme nous l'avons recommandé à la Partie V, ce rôle serait mieux rempli s'il était assumé par un groupe de juges des divisions d'appel et de première instance, spécialement désignés à cette fin par le juge en chef de la Cour fédérale.

[37] Le concept du juge désigné a été repris par le législateur dans d'autres lois. Des juges sont désignés pour entendre des dossiers portant sur des questions de sécurité nationale en vertu notamment des dispositions suivantes: les articles 2 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 89] et 21 et suivants de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, les articles 38 [mod., *idem*, art. 43] à 38.15 [édictees, *idem*] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, le paragraphe 40.1(4) et articles suivants de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, ainsi que l'article 76 et suivants de la LIPR. Il est important de souligner que la procédure de désignation établie dans ces dispositions n'a pas pour but de limiter les pouvoirs du juge. En effet, le juge désigné exerce ses fonctions ordinaires de juge puiné. Ce ne sont que les circonstances dans lesquelles il exerce ses fonctions qui sont exceptionnelles, en ce sens qu'elles ont trait à la sécurité nationale.

[38] Il me semble que la raison d'être de la désignation de certains juges de la Cour fédérale vise à limiter l'accès aux renseignements qui sont protégés et, par le fait même, à protéger les activités liées à la sécurité nationale du Canada ainsi que les moyens d'obtenir des renseignements relatifs à ce sujet.

[39] En somme, le juge désigné possède toute la compétence d'un juge de la Cour fédérale et possède également une compétence qui lui est spécifiquement accordée en vertu de l'article 76 et suivants de la LIPR. Lorsqu'il entend des dossiers d'immigration, le juge désigné ne perd donc pas son statut de juge de la Cour fédérale; il conserve tous ses pouvoirs et possède de surcroît ceux qui découlent du fait d'être un juge désigné.

[40] À la lumière de l'analyse ci-dessus sur les origines et le rôle du juge désigné, il convient de se

whether a designated judge is, within the meaning of subsection 24(1) of the Charter, a “court of competent jurisdiction” to decide constitutional questions.

[41] In order to be a court of competent jurisdiction, a court must have jurisdiction over the person concerned, jurisdiction over the subject-matter, and the power to order the remedy sought (*Mills v. The Queen*, *supra*, at page 863; *R. v. Hynes*, *supra*, at page 623).

[42] The IRPA gives the designated judge full jurisdiction over the person concerned: it confers upon that judge the power to make decisions about the person’s future and the person’s detention before and even after the determination regarding the certificate. The IRPA grants jurisdiction over the subject-matter to the designated judge in an equally express manner. Indeed, no judge who is not designated has the power to decide questions of national security.

[43] As for the power to order the remedy sought, the Supreme Court of Canada noted in *Hynes*, *supra*, at paragraph 27, that if no provision specifically grants the power to decide Charter questions, one must determine whether Parliament implicitly intended to make such a grant:

Absent express empowerment, this determination requires consideration of the function performed by the court or tribunal and the structure, powers and processes conferred on it by Parliament or the legislature. . . . Distilled to a single statement, the test of power to grant the remedy sought can be stated as follows: is the court or tribunal suited to grant the remedy sought under s. 24 in light of its function and structure? [Emphasis in original.]

[44] In my opinion, the rule of construction that Parliament enacted in paragraph 3(3)(d) of the IRPA, which “ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,” is equivalent to an express grant of the power to order a remedy. Is it not the role of a designated judge, under the Charter, to ensure that ministerial decisions are not only taken in accordance

demandé si le juge désigné est un «tribunal compétent», au sens du paragraphe 24(1) de la Charte, pour décider de questions constitutionnelles.

[41] Pour être un tribunal compétent, il doit avoir compétence sur l’intéressé, avoir compétence sur l’objet du litige et posséder le pouvoir d’accorder la réparation demandée (*Mills c. La Reine*, précité, à la page 863; *R. c. Hynes*, précité, à la page 623).

[42] La LIPR donne au juge désigné une pleine compétence sur l’intéressé: elle accorde au juge le pouvoir de statuer sur l’avenir de l’intéressé ainsi que sur la détention de ce dernier avant la décision sur le certificat et même après. La LIPR confère tout aussi explicitement au juge désigné la compétence sur l’objet du litige. En effet, aucun juge non désigné de la Cour fédérale n’a le pouvoir de décider de questions de sécurité nationale.

[43] Pour ce qui est du pouvoir d’accorder la réparation demandée, la Cour suprême du Canada souligne dans *Hynes*, précité, au paragraphe 27, qu’à défaut d’une disposition prévoyant expressément le pouvoir de trancher des questions relatives à la Charte, il faut rechercher l’intention implicite du législateur en ce sens:

Si un tel pouvoir n’est pas explicitement attribué à l’organisme concerné, il faut, pour répondre à cette question, prendre en considération la fonction du tribunal judiciaire ou administratif ainsi que la structure, les pouvoirs et les mécanismes dont l’a doté le Parlement ou la législature. [. . .] Exprimé succinctement, voici comment pourrait être énoncé le critère relatif au pouvoir d’accorder la réparation demandée: Le tribunal judiciaire ou administratif concerné est-il, eu égard à sa fonction et à sa structure, le forum approprié pour accorder la réparation demandée en vertu de l’article 24? [Soulignement dans l’original.]

[44] À mon sens, la règle d’interprétation énoncée par le législateur à l’alinéa 3(3)(d) de la LIPR, qui consiste à s’assurer «que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*», équivaut à une attribution explicite du pouvoir d’accorder une réparation. N’est-ce pas le rôle du juge désigné en vertu de la Charte de veiller à ce que les décisions ministérielles soient prises non seulement

with the IRPA, but also in accordance with the Charter? Moreover, in paragraph 78(c) of the IRPA, Parliament clearly specifies that the designated judge “shall deal with all matters. [Underlining added.]” In my opinion, this decision-making power covers all questions arising out of a matter, including Charter questions.

[45] It is impossible to analyse the designated judge’s jurisdiction without interpreting paragraph 78(c) of the IRPA. It can be seen that the words “all matters” are included in the English version, but not in the French:

78. . . .

(c) the judge shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;

78. [. . .]

c) il [le juge qui entend l’affaire] procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d’équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;

[46] In *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraph 27, the Supreme Court of Canada states that it has held numerous times that the modern approach to interpretation must be preferred; this is the approach articulated by E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at page 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire content and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

In addition, in R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at page 225, and P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at pages 323-324 and 349, the following is stated:

The Canadian constitution imposes certain requirements respecting bilingual legislation. Some constitutional texts . . . also have two official versions. The interpreter must take into consideration the fact that the two versions, in English and in French, are equally authoritative.

conformément à la LIPR mais également conformément à la Charte? De plus, à l’alinéa 78c) de la LIPR, le législateur précise clairement que le juge désigné «*shall deal with all matters*» [soulignement ajouté]. J’estime que ce pouvoir de décision porte sur toutes les questions relatives au litige, ce qui comprend les questions relatives à la Charte.

[45] L’analyse de la compétence du juge désigné passe nécessairement par l’interprétation de l’alinéa 78c) de la LIPR. On note la présence des mots «*all matters*» dans la version anglaise et leur absence dans la version française:

78. . . .

c) the judge shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;

78. [. . .]

c) il [le juge qui entend l’affaire] procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d’équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;

[46] Dans *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, au paragraphe 27, la Cour suprême du Canada dit avoir maintes fois déclaré que la méthode d’interprétation des lois à privilégier est la méthode moderne, c’est-à-dire celle énoncée par E. A. Driedger dans *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la page 87:

[TRADUCTION] Aujourd’hui, il n’y a qu’un seul principe ou solution: il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

De plus, selon R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la page 225 et P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), aux pages 408 à 410, puis à la page 442, il est déclaré ce qui suit:

La Constitution canadienne comporte certaines exigences en matière de bilinguisme législatif et certains textes constitutionnels [. . .] Dans la mesure où les deux versions, française et anglaise, d’un texte législatif font pareillement autorité, l’interprète devra en tenir compte.

...

Unless otherwise provided, differences between two official versions of the same enactment are reconciled by educing the meaning common to both. Should this prove to be impossible, or if the common meaning seems incompatible with the intention of the legislature as indicated by the ordinary rules of interpretation, the meaning arrived at by the ordinary rules should be retained.

...

Bilingual drafting can sometimes lead to a lack of harmony between the two linguistic versions, but these two versions, hypothetically, are the grounding of only one rule and thus there is no antinomy.

...

Any interpretation permitting reconciliation is to be favoured, because it is assumed this better reflects the work of a rational legislature.

An ordinary reading of the English and French versions of paragraph 78(c) of the IRPA in light of the modern approach to statutory interpretation leads to a broad interpretation of paragraph 78(c). I therefore conclude that a judge hearing the case must consider “all matters” relevant to the case.

[47] In fact, section 78 and subsection 79(1) of the IRPA favour such an interpretation. Indeed, the French version employs the term “*l'affaire*” in both provisions. “*L'affaire*” refers to the assessment of the reasonableness of the certificate or the continued detention. Thus, the other “*affaires*” include questions of law and procedure. Consequently, subsection 3(3) and paragraph 78(c) of the IRPA can be interpreted as expressly conferring on the designated judge the power to decide constitutional questions. Only a designated judge has the jurisdiction to decide whether the certificate and the basis for detention are reasonable. The way in which the designated judge assumes this role is entirely up to him or her. The important thing is that the designated judge protect the information that can be injurious to national security all the while ensuring that the person concerned is reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate and the detention. I am therefore of the opinion that the IRPA gives the designated judge jurisdiction over the person concerned and the subject-

[...]

Sauf disposition légale contraire, toute divergence entre les deux versions officielles d'un texte législatif est résolue en dégageant, si c'est possible, le sens qui est commun aux deux versions. Si cela n'est pas possible, ou si le sens commun ainsi dégagé paraît contraire à l'intention du législateur révélée par recours aux règles ordinaire d'interprétation, on peut entendre le texte dans le sens qu'indiquent ces règles.

[...]

La rédaction bilingue conduit parfois à un manque de concordance entre les deux versions linguistiques, mais ces deux versions, par hypothèse, ne peuvent fonder qu'une seule règle et ne peuvent donc entraîner une antinomie

[...]

Toute interprétation qui permet d'éviter les conflits de lois doit être favorisée, car on présume qu'elle a plus de chances de refléter la volonté du législateur rationnel.

Une lecture ordinaire des versions anglaise et française de l'alinéa 78c) de la LIPR à la lumière de la méthode moderne d'interprétation des lois mène à une interprétation large de l'alinéa 78c). Je conclus donc que le juge qui entend l'affaire doit considérer «toutes les questions» («*all matters*») pertinentes au litige.

[47] D'ailleurs, l'article 78 et le paragraphe 79(1) de la LIPR favorisent cette interprétation. En effet, la version française emploie le terme «l'affaire» dans ces deux articles. «L'affaire» fait référence à l'étude du caractère raisonnable du certificat ou du maintien de la détention. Donc, les autres «affaires» incluent les questions de droit et de procédure. Ainsi, le paragraphe 3(3) et l'alinéa 78c) de la LIPR peuvent être interprétés comme attribuant expressément au juge désigné le pouvoir de trancher des questions constitutionnelles. Seul le juge désigné a la compétence de décider du caractère raisonnable du certificat et des motifs de la détention. La façon dont cette fonction est assumée par le juge désigné relève entièrement de ce dernier. Ce qui importe, c'est que le juge désigné protège les renseignements pouvant porter atteinte à la sécurité nationale tout en s'assurant que l'intéressé soit suffisamment informé des raisons ayant donné lieu à la signature du certificat et à la détention. Je suis donc d'avis que la LIPR octroie la compétence au juge

matter as well as the power to order a remedy.

[48] At this stage, I return to the concepts of express and implied intent discussed in *Hynes, supra*. Even if the IRPA did not disclose Parliament's express intent to confer the power to grant the remedy sought—and I have found that it does—it is my opinion that Parliament's implied intent, as gleaned from the role given to designated judges under sections 76 to 85 of the IRPA, includes as an unspoken assumption the power to grant the remedy sought.

[49] Well before the IRPA came into force, McDonald J.A. of the Federal Court of Appeal stated in *obiter* that an appellate court should not substitute itself for a trial court in regard to Charter issues because a designated judge is in the best situation to rule on such issues. In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 4 F.C. 192 (C.A.), at paragraph 8, he states:

Clearly a designated judge hearing a subsection 40.1(8) application is in the best position to rule on any Charter issues. Indeed, a designated judge is compelled to consider whether an order he or she makes has any constitutional implications. If the designated judge decides in the first instance that *prima facie* a Charter right might be infringed by the terms of an order, he is in the best position, after hearing all the evidence, to determine whether, given security concerns, the terms of the order can be upheld under section 1 of the Charter. In doing so he may have to consider whether the application of Charter requirements to an order made under subsection 40.1(9) involved a determination of the "constitutional applicability" of that subsection, thus giving rise to the notice requirements of section 57 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)]. This matter was not argued before us.

[50] I would even say that designated judges are in the ideal position to rule on constitutional questions arising from sections 76 to 85 of the IRPA because they have all the relevant information as well as all the special powers associated with the jurisdiction in question.

désigné sur l'intéressé, l'objet du litige et le pouvoir d'accorder la réparation.

[48] À ce point-ci, je reviens sur les concepts d'intention expresse et d'intention implicite du législateur énoncés dans l'arrêt *Hynes*, précité. Même si la LIPR ne révélait pas, contrairement à ce que je viens de conclure, l'intention explicite du législateur d'accorder le pouvoir de réparation recherchée, je conclus que l'intention implicite du législateur qui se dégage du rôle accordé au juge désigné en vertu des articles 76 à 85 de la LIPR sous-entend le pouvoir d'accorder la réparation demandée.

[49] Bien avant l'entrée en vigueur de la LIPR, le juge McDonald de la Cour d'appel fédérale a déclaré *en obiter* qu'une cour d'appel ne devait pas se substituer au tribunal de première instance en ce qui concerne les questions relatives à la Charte, le juge désigné étant le mieux placé pour statuer sur ces questions. Dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 4 C.F. 192 (C.A.), au paragraphe 8, il écrit ce qui suit:

Il est indubitable que le juge délégué pour entendre une demande fondée sur le paragraphe 40.1(8) est le mieux placé pour se prononcer sur des points litigieux touchant à la Charte. En effet, il est obligé de considérer si l'ordonnance qu'il rend soulève des questions constitutionnelles. S'il décide en première instance que, sauf preuve du contraire, un droit garanti par la Charte pourrait être touché par les dispositions de l'ordonnance, il est le mieux placé, après avoir entendu tous les témoignages, pour décider si, étant donné les inquiétudes en matière de sécurité, ces conditions sont valides au regard de l'article premier de la Charte. Ce faisant, il aurait peut-être à examiner si l'application des prescriptions de la Charte à une ordonnance rendue sous le régime du paragraphe 40.1(9) nécessite l'examen de «l'applicabilité au regard de la Constitution» de cette disposition, mettant ainsi en jeu l'impératif d'avis de l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19)]. Cette question n'a pas été débattue devant la Cour.

[50] J'irais même jusqu'à dire que le juge désigné est dans une position idéale pour trancher des questions constitutionnelles découlant des articles 76 à 85 de la LIPR, car celui-ci possède tous les renseignements pertinents ainsi que tous les pouvoirs spéciaux liés à une telle compétence.

[51] The issue in *Hynes, supra*, was whether a justice in a preliminary inquiry under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, could decide constitutional questions. By a majority, the Supreme Court answered in the negative, just as it had in *Mills, supra*. The majority came to this conclusion because they were of the opinion that the trial judge was better situated than a preliminary inquiry justice, a trial being the ideal place to decide such questions (*Hynes, supra*, at paragraph 40). In the case at bar, the designated judge's role is much closer to that of a trial judge than that of a preliminary inquiry justice. A designated judge and a trial judge both have jurisdiction over the entire matter as well as its outcome.

[52] The position that a designated judge is a court of competent jurisdiction to decide constitutional questions also prevents a duplication of procedures that would require more time and generate additional costs for taxpayers. Undeniably, conferring jurisdiction over Charter questions to another judge of the Court, whether designated or otherwise, could create the need for a new procedure and cause additional delays. This concern was raised by Gonthier J. of the Supreme Court of Canada in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur, supra*, at paragraph 29:

From this principle of constitutional supremacy also flows, as a practical corollary, the idea that Canadians should be entitled to assert the rights and freedoms that the Constitution guarantees them in the most accessible forum available, without the need for parallel proceedings before the courts

[53] In addition to mentioning that additional delays are not in the interest of taxpayers, I note that Parliament has specified that the designated judge must proceed expeditiously. In entrusting the task of deciding Charter questions to the designated judge, Parliament is ensuring that the time spent at first instance is as short as possible while enabling the judge to perform a careful assessment of the reasonableness of the certificate and a diligent

[51] Dans l'arrêt *Hynes*, précité, la question consistait à savoir si un juge présidant une enquête préliminaire sous le régime du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 pouvait statuer sur des questions constitutionnelles. La majorité des juges de la Cour suprême du Canada a répondu par la négative, tout comme dans l'arrêt *Mills*, précité. Les juges de la majorité en sont arrivés à cette conclusion parce qu'ils estimaient que le juge du procès était mieux placé que le juge de l'enquête préliminaire pour décider de questions constitutionnelles, l'endroit idéal pour trancher de telles questions étant le procès (*Hynes*, précité au paragraphe 40). En l'espèce, le rôle du juge désigné s'apparente beaucoup plus à celui du juge du procès qu'à celui du juge de l'enquête préliminaire. En effet, tant le juge désigné que le juge du procès détiennent le pouvoir sur l'ensemble du litige ainsi que sur son issue.

[52] La thèse selon laquelle le juge désigné est un tribunal compétent pour décider de questions constitutionnelles permet également d'éviter un dédoublement de procédures qui nécessiterait davantage de temps et engendrerait donc des coûts additionnels pour l'ensemble des contribuables. Il est indéniable que confier la compétence de trancher les questions relatives à la Charte à un autre juge de la Cour, qu'il s'agisse d'un juge désigné ou non désigné, pourrait signifier la nécessité d'une nouvelle procédure et entraînerait des délais additionnels. Cette préoccupation a été soulevée par le juge Gonthier de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, précité, au paragraphe 29:

Il découle, en pratique, de ce principe de la suprématie de la Constitution que les Canadiens doivent pouvoir faire valoir les droits et libertés que leur garantit la Constitution devant le tribunal le plus accessible, sans devoir engager des procédures judiciaires parallèles [. . .]

[53] En plus de constater que des délais additionnels ne sont pas dans l'intérêt des contribuables, je note également que le législateur précise que le juge désigné doit procéder de façon expéditive. En confiant la tâche de trancher les questions relatives à la Charte au juge désigné, le législateur s'assure que le délai soit le plus court possible en première instance tout en permettant à ce juge d'effectuer avec diligence l'évaluation du

review of the reasons for detention.

[54] Some might argue that the impossibility of appealing decisions regarding a certificate limits the jurisdiction of the designated judge with regard to constitutional questions because it means that decisions on constitutional questions are without appeal. I cannot accept such an argument. In my view, a judgment that pertains to Charter questions and is rendered in a proceeding under sections 76 to 85 of the IRPA is not a determination on the certificate or the continued detention. Its subject-matter is completely different from the subject-matter of a determination on the certificate or on continued detention. It must therefore be addressed separately. Moreover, a judgment pertaining to Charter questions does not pertain directly to the information that forms the basis of a determination on the certificate or the continued detention.

[55] In light of the nature of the questions raised in the case at bar and the fact the hearing leading to a determination as to the reasonableness of the certificate has not yet been held, it is my view that the questions to be decided are close to questions of law, which are dealt with in subsection 27(1) of the *Federal Courts Act*.

[56] Consequently, it is my view that the judgment of a designated judge deciding constitutional questions can be appealed under section 27 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 11; S.C. 1990, c. 8, s. 7; 1993, c. 27, s. 214; 2002, c. 8, s. 34] of the *Federal Courts Act*. If this is not the case, although I believe it is, subsection 40(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 37] of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, remains available. It provides:

40. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular

caractère raisonnable du certificat et le contrôle des motifs de la détention.

[54] Certains diront peut-être que l'impossibilité d'interjeter appel des décisions sur le certificat limite la compétence du juge désigné quant aux questions constitutionnelles car cela signifierait qu'on ne pourrait porter en appel des décisions sur des questions constitutionnelles. Je ne peux souscrire à tel argument. Selon moi, un jugement portant sur des questions relatives à la Charte dans le cadre d'une procédure découlant de l'application des articles 76 à 85 de la LIPR n'est pas un jugement sur le certificat ou encore sur le maintien de la détention. Il s'agit d'un jugement dont l'objet diffère totalement de l'objet d'un jugement portant sur le certificat ou le maintien de la détention et par conséquent, il doit être traité de façon distincte. Qui plus est, un jugement sur des questions relatives à la Charte ne porte pas directement sur les renseignements qui constituent le fondement d'une détermination sur le certificat ou sur le maintien de la détention.

[55] Compte tenu de la nature des questions en l'espèce et du fait que l'audience qui mènera à un jugement sur le caractère raisonnable du certificat n'a toujours pas eu lieu, j'estime que les questions à trancher s'apparentent à des questions de droit, dont il est traité au paragraphe 27(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[56] Par conséquent, je suis d'avis que l'on peut utiliser l'article 27 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 51, art. 11; L.C. 1990, ch. 8, art. 7; 1993, ch. 27, art. 214; 2002, ch. 8, art. 34] de la *Loi sur les Cours fédérales* pour interjeter appel d'un jugement du juge désigné qui tranche des questions constitutionnelles. Si tel n'est pas le cas, ce que je ne crois pas, il est toujours possible d'avoir recours au paragraphe 40(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 37] de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26 qui se lit ainsi:

40. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel devant la Cour de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la Cour d'appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures, que l'autorisation d'en appeler à la Cour ait ou non été refusée par une autre juridiction, lorsque la Cour estime, compte tenu

case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from that judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

[57] Before coming to my final conclusion, I note that in *Martin*, *supra*, at paragraph 31, Gonthier J. discusses the right to appeal from the decisions of administrative tribunals, and notes that their decisions regarding constitutional questions remain subject to review by a superior court:

Third, administrative tribunal decisions based on the *Charter* are subject to judicial review on a correctness standard: see *Cuddy Chicks*, *supra*, at p. 17. An error of law by an administrative tribunal interpreting the Constitution can always be reviewed fully by a superior court.

It would be unthinkable that a decision of a designated superior court judge concerning constitutional questions would be without appeal. If, due to Charter considerations, a right of appeal or judicial review lies from a decision of an administrative tribunal, I fail to see why no appeal would lie from an order of a designated judge.

[58] In essence, I find that a designated judge has the jurisdiction needed to decide constitutional questions. Being a Federal Court judge, a designated judge has all the powers associated with that office to which are added the powers conferred on designated judges. In my opinion, subsection 3(3) and paragraph 78(c) of the IRPA expressly entrust designated judges with the task of deciding constitutional questions. And even if Parliament had not expressly entrusted this task to designated judges (although I believe that it has) I am of the opinion, having regard to the concepts of express and implied intent discussed in *Hynes*, *supra*, that given the reason for designating judges and the special powers granted to them sections 76 to 85 of the IRPA impliedly create this duty.

de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde en conséquence l'autorisation d'en appeler.

[57] Avant d'en arriver à ma conclusion finale, je note qu'au paragraphe 31 de l'arrêt *Martin*, précité, le juge Gonthier discute du droit d'appel applicable aux tribunaux administratifs et constate que les décisions de ces derniers sur des questions constitutionnelles sont toujours assujetties au contrôle d'une cour supérieure:

Troisièmement, les décisions d'un tribunal administratif fondées sur la *Charte* sont assujetties au contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte: voir *Cuddy Chicks*, précité, p. 17. L'erreur de droit qu'un tribunal administratif commet en interprétant la Constitution peut toujours faire l'objet d'un contrôle complet par une cour supérieure.

Il serait impensable que le jugement d'un juge désigné une cour supérieure portant sur des questions constitutionnelles ne puisse faire l'objet d'un appel. Si pour des raisons fondées sur la Charte, un droit d'appel ou de révision judiciaire existe à l'égard des décisions des tribunaux administratifs, je ne vois pas pourquoi le droit d'appel n'existerait pas pour les ordonnances d'un juge désigné.

[58] Somme toute, je conclus que le juge désigné a la compétence nécessaire pour statuer sur des questions constitutionnelles. Il s'agit d'un juge de la Cour fédérale qui possède tous les pouvoirs liés à un tel poste et, de plus, il possède les pouvoirs accordés aux juges désignés. Je crois que le paragraphe 3(3) et l'alinéa 78c) de la LIPR confient expressément au juge désigné la tâche de trancher des questions constitutionnelles. Et même si le législateur n'avait pas expressément confié cette tâche au juge désigné (ce que je ne crois pas), je reprends le concept d'intention expresse et implicite énoncé dans *Hynes*, précité, et je suis d'avis que les articles 76 à 85 de la LIPR énoncent implicitement cette responsabilité de par la raison d'être du juge désigné et des pouvoirs qui sont conférés à ce dernier.

(B) If a designated judge does have the jurisdiction to decide constitutional questions, what are the answers to the 40 constitutional questions set out in Appendix I to this order?

[59] Before considering the arguments associated with the 40 constitutional questions that Mr. Charkaoui's counsel raised, I believe it is important to situate the concept of the legal status of a permanent resident and the concept of national security properly in the context of immigration law. Once this backdrop has been set in place, it will be easier to understand the submissions and their analysis, most notably where the principles of fundamental justice and the rights guaranteed by the Charter are concerned. After this, I will summarize and then analyse the parties' arguments.

1. The legal status of a permanent resident

[60] First of all, it is important to note that the Charter itself distinguishes between the rights of Canadian citizens and the rights of permanent residents. Specifically, contrary to a Canadian citizen, a permanent resident does not have the unqualified right to enter and leave Canada or even to remain here. However, a permanent resident does have the right to move within Canada and to take up residence and gain a livelihood in any province (subsections 6(1) and 6(2) of the Charter).

[61] The Charter rights of permanent residents are discussed in other terms in subsection 27(1) of the IRPA:

27. (1) A permanent resident of Canada has the right to enter and remain in Canada, subject to the provisions of this Act.

[62] Consequently, given the distinction that the Charter draws between citizens and non-citizens, Parliament is entitled to enact a policy establishing rules that a permanent resident must follow in order to be able to enter and remain in Canada. Sopinka J. recognized this in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at pages 733-734:

(B) Si le juge désigné a effectivement compétence pour trancher des questions constitutionnelles, quelle est la réponse aux 40 questions constitutionnelles énoncées à l'Annexe I de la présente ordonnance?

[59] Avant d'analyser les arguments relatifs aux 40 questions constitutionnelles présentées par les avocats de M. Charkaoui, je crois qu'il est important de bien situer les concepts de statut juridique du résident permanent et de sécurité nationale dans le contexte du droit de l'immigration. Cette toile de fond permettra de mieux comprendre les arguments présentés ainsi que leur analyse, notamment en ce qui a trait aux principes de justice fondamentale et aux droits protégés par la Charte. Par la suite, je résumerai les arguments des parties et je procéderai à l'analyse des arguments.

1. Statut juridique du résident permanent

[60] Tout d'abord, il est important de noter que la Charte elle-même fait une distinction entre les droits reconnus au citoyen canadien et ceux que détient le résident permanent. Ainsi, contrairement au citoyen canadien, le résident permanent n'a pas un droit sans réserve d'entrer et de sortir du Canada ou même d'y demeurer. Le résident permanent a toutefois le droit de se déplacer à l'intérieur du Canada et d'établir sa résidence dans toute province pour y gagner sa vie (paragraphe 6(1) et 6(2) de la Charte).

[61] Les droits que la Charte reconnaît au résident permanent sont repris sous un vocable différent au paragraphe 27(1) de la LIPR:

27. (1) Le résident permanent a, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le droit d'entrer au Canada et d'y séjourner.

[62] En conséquence, la distinction que fait la Charte entre citoyens et non-citoyens signifie que le législateur peut à bon droit adopter une politique établissant des normes que le résident permanent doit respecter pour pouvoir entrer et séjourner au Canada. C'est ce que reconnaît le juge Sopinka dans *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, aux pages 733 et 734:

The distinction between citizens and non-citizens is recognized in the *Charter*. While permanent residents are given the right to move to, take up residence in, and pursue the gaining of a livelihood in any province in s. 6(2), only citizens are accorded the right “to enter, remain in and leave Canada” in s. 6(1).

Thus Parliament has the right to adopt an immigration policy and to enact legislation prescribing the conditions under which non-citizens will be permitted to enter and remain in Canada.

[63] Just recently, the Supreme Court of Canada recognized in *Chieu, supra*, at paragraph 46, that Parliament is entitled to enact legislation establishing conditions that non-citizens must meet in order to enter and remain in Canada. However, the Court specified that a permanent resident has more rights than other non-citizens but fewer rights than a Canadian citizen [at paragraph 59]:

In fact, the Act treats citizens differently from permanent residents, who in turn are treated differently from Convention refugees, who are treated differently from individuals holding visas and from illegal residents. It is an important aspect of the statutory scheme that these different categories of individuals are treated differently, with appropriate adjustments to the varying rights and contexts of individuals in these groups. I need only point out that permanent residents have rights under both the *Charter* and the Act that other non-citizens do not, including mobility rights under s. 6(2) of the *Charter* and the right to sponsor individuals to come to Canada under s. 6(2) of the Act.

[64] As we have seen, the IRPA establishes conditions that permit a permanent resident to enter and remain in Canada. In particular, sections 33 *et seq.* of the IRPA provide that a permanent resident can be declared inadmissible if there are reasonable grounds to believe the following facts, among others, have occurred: the permanent resident is a danger to the security of Canada (section 34); he has participated directly in war crimes or crimes against humanity or was a senior official in a government that committed war crimes or crimes against humanity (section 35); he has been convicted of an offence punishable by a term of imprisonment of at least 10 years or for which a term of imprisonment of more

La distinction entre citoyens et non-citoyens est reconnue dans la *Charte*. Bien que le par. 6(2) accorde aux résidents permanents le droit de se déplacer dans tout le pays, d'établir leur résidence et de gagner leur vie dans toute province, seuls les citoyens ont le droit «de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir», ce que garantit le par. 6(1).

Le Parlement a donc le droit d'adopter une politique en matière d'immigration et de légiférer en prescrivant les conditions à remplir par les non-citoyens pour qu'il leur soit permis d'entrer au Canada et d'y demeurer.

[63] Tout récemment, la Cour suprême du Canada a reconnu dans l'arrêt *Chieu*, précité, au paragraphe 46, le droit du législateur d'adopter des dispositions législatives qui prescrivent aux non-citoyens les conditions à remplir pour entrer au Canada et y demeurer. Elle a toutefois précisé que le résident permanent avait plus de droits que les autres non-citoyens mais moins que le citoyen canadien [au paragraphe 59]:

En fait, la Loi traite les citoyens différemment des résidents permanents, qui à leur tour sont traités différemment des réfugiés au sens de la Convention, lesquels sont traités différemment des détenteurs de visas et des résidents illégaux. C'est un aspect important du régime législatif que différentes catégories de personnes soient traitées différemment, avec les adaptations voulues selon les différents droits et les différentes situations des personnes faisant partie de ces groupes. Il suffit de souligner que les résidents permanents ont des droits en vertu de la *Charte* et de la Loi que les autres non-citoyens n'ont pas, notamment la liberté de circulation et d'établissement garantie par le par. 6(2) de la *Charte* et le droit de parrainer des individus en vue de leur admission au Canada en vertu du par. 6(2) de la Loi.

[64] Ainsi, la LIPR établit les conditions qui permettent au résident permanent d'entrer et de séjourner au Canada. À l'article 33 et suivants, elle précise qu'un résident permanent peut se voir interdire de territoire s'il existe des motifs raisonnables de croire notamment aux faits suivants: le résident permanent est un danger pour la sécurité du pays (article 34 de la LIPR); il a participé directement à des crimes contre l'humanité et à des crimes de guerre ou encore il a occupé un poste de rang supérieur au sein d'un gouvernement qui a commis des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (article 35 de la LIPR); il a été déclaré coupable d'une infraction punissable d'un emprisonnement d'au moins 10 ans pour

than six months was imposed (section 36); he has been the member of an organization that has engaged in or is engaging in organized crime (section 37); or he made misrepresentations on his application for immigration or was sponsored by a person who made misrepresentations about him (section 40 of the IRPA).

[65] If one of these determinations is made in respect of a permanent resident, he loses his status when the removal order made against him comes into force (paragraph 46(1)(c) of the IRPA).

[66] In the case at bar, it was the Ministers' determination that Mr. Charkaoui is a danger to national security because he is a member of the Usama bin Laden terrorist network, and that he engaged or will engage in terrorism alone or as a part of that organization (paragraphs 34(1)(c),(d) and (f) of the IRPA).

[67] The Ministers therefore filed a certificate stating that Mr. Charkaoui should be declared inadmissible on grounds of security (subsection 77(1) of the IRPA). If the designated judge confirms that the certificate is reasonable, it is a removal order that may not be appealed against (section 81 of the IRPA).

[68] In short, Parliament has provided for situations that prevent a permanent resident from being able to remain in Canada. If the permanent resident is not in any of these situations, he may remain in Canada. If he is, the ultimate consequence may be removal.

2. National security

[69] Since the certificate referred to in subsection 77(1) of the IRPA is necessarily based on national security or criminal intelligence or on information obtained in confidence (hereinafter "protected information"), Parliament has established a procedure that allows the information to be protected while giving the permanent resident the right to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate (paragraphs 78(b) and (h) of the IRPA). In

laquelle un emprisonnement de plus de 6 mois a été imposé (article 36 de la LIPR); il a été membre d'une organisation qui se livre ou s'est livrée au crime organisée (article 37 de la LIPR); il a fait de fausses déclarations dans sa demande d'immigration ou a fait l'objet de fausses déclarations en tant que personne parrainée (article 40 de la LIPR).

[65] Si l'une de ces conclusions est tirée à l'égard du résident permanent, celui-ci perd son statut lorsque la mesure de renvoi prend effet (alinéa 46(1)c) de la LIPR).

[66] En l'espèce, la conclusion à laquelle les ministres en sont arrivés est que M. Charkaoui est un danger pour la sécurité du Canada parce qu'il est membre du réseau terroriste d'Oussama Ben Laden et que, seul ou comme membre de cette organisation, il s'est livré, se livre ou se livrera au terrorisme (alinéas 34(1)c, d) et f) de la LIPR).

[67] Les ministres ont donc déposé un certificat attestant que M. Charkaoui devait être interdit de territoire pour raison de sécurité (paragraphe 77(1) de la LIPR). Si le juge désigné confirme le caractère raisonnable du certificat, le certificat jugé raisonnable constituera une mesure de renvoi exécutoire et sans appel (article 81 de la LIPR).

[68] En résumé, le législateur a prévu des situations qui empêchent le résident permanent de continuer à séjourner au Canada. S'il ne se trouve pas dans l'une de ces situations, le résident permanent conserve son statut. Dans le cas contraire, la conséquence ultime peut être le renvoi.

2. Sécurité nationale

[69] Étant donné que le certificat auquel il est fait référence au paragraphe 77(1) de la LIPR se fonde nécessairement sur des renseignements liés à la sécurité nationale ou à la criminalité ou qui ont été obtenus sous le sceau du secret (ci-après «renseignements protégés»), le législateur a établi une procédure permettant de protéger ces renseignements tout en accordant au résident permanent le droit d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu à la signature du

this way, Parliament forces the designated judge to balance two fundamental but completely opposing interests: the safeguarding of protected information for reasons of national security, and disclosing enough information to enable the permanent resident to defend himself.

[70] National security is essential for the preservation of our democratic society. We live in an era when threats to our democracy frequently come from unconventional acts that cannot be detected by unsophisticated investigations or traditional means. The methods used to obtain protected information must not be revealed. Indeed, the protection of our democratic society demands continuous efforts and cannot be guaranteed merely by conducting one-time investigations. In *Chiarelli, supra*, at pages 744-745, Sopinka J. confirms that the state is fully justified in seeking to protect its investigations:

However, the state also has a considerable interest in effectively conducting national security and criminal intelligence investigations and in protecting police sources. The need for confidentiality in national security cases was emphasized by Lord Denning in *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Hosenball*, [1977] 3 All E.R. 452 (C.A.), at p. 460:

The information supplied to the Home Secretary by the Security Service is, and must be, highly confidential. The public interest in the security of the realm is so great that the sources of information must not be disclosed, nor should the nature of the information itself be disclosed, if there is any risk that it would lead to the sources being discovered. The reason is because, in this very secretive field, our enemies might try to eliminate the source of information.

[71] At the same time, the right of a permanent resident to be informed of the circumstances giving rise to the certificate issued against him is a fundamental right. A permanent resident must be reasonably informed of the reasons for which the Ministers have determined that he is a danger to national security. This is essential to ensuring that the person concerned has the opportunity to defend himself against the allegations made against him.

certificat (alinéas 78*b*) et *h*) de la LIPR). Le législateur oblige ainsi le juge désigné à mettre en équilibre deux intérêts fondamentaux mais complètement opposés: la protection de renseignements protégés pour des raisons de sécurité nationale et la communication suffisante au résident permanent de renseignements qui lui permettront de se défendre.

[70] La sécurité nationale constitue un élément essentiel au maintien de notre société démocratique. De nos jours, les menaces à notre démocratie proviennent souvent de faits et gestes non conventionnels qui ne peuvent être détectés par de simples enquêtes ou par des moyens d'enquête traditionnels. Les moyens dont les renseignements protégés sont obtenus ne doivent pas être dévoilés. En effet, la protection de notre société démocratique exige des efforts continus et elle ne peut être assurée par de simples enquêtes ponctuelles. Dans l'arrêt *Chiarelli*, précité aux pages 744 et 745, le juge Sopinka confirme que l'État est pleinement justifié de vouloir protéger ses enquêtes:

Cependant, l'État a aussi grandement intérêt à mener efficacement les enquêtes en matière de sécurité nationale et de criminalité et à protéger les sources de renseignements de la police. La nécessité de confidentialité dans les affaires mettant en cause la sécurité nationale est soulignée par lord Denning dans l'arrêt *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Hosenball*, [1977] 3 All E.R. 452 (C.A.) à la page 460:

[TRADUCTION] Les renseignements fournis au Home Secretary par le service de sécurité sont, et doivent être, hautement confidentiels. L'intérêt public dans la sûreté du Royaume est si grand que les sources de renseignements ne doivent pas être révélées, ni leur nature, s'il en résulte le moindre risque de faire découvrir ces sources. La raison en est que, dans ce domaine où la dissimulation est reine, nos ennemis pourraient tenter d'éliminer la source de ces informations.

[71] Par ailleurs, le droit du résident permanent d'être informé des faits ayant donné lieu à la signature du certificat délivré contre lui est un droit fondamental. Le résident permanent doit être suffisamment informé des raisons pour lesquelles les ministres estiment qu'il constitue un danger pour la sécurité nationale. Il s'agit là d'une démarche essentielle si l'on veut s'assurer que la personne concernée ait la possibilité de se défendre contre les reproches qu'on lui fait.

3. Summary of the parties' arguments

[72] Given the scope of the legal arguments, I believe it is helpful to summarize the parties' submissions. We will examine them in greater detail thereafter.

[73] Mr. Charkaoui's counsel submit that the procedure that Parliament has established for assessing the reasonableness of the certificate and the continued detention, a process that seeks to strike a balance between the state's interest in protecting security, and the concerned person's interest in knowing the allegations against him as well as the documents on which those allegations are based, violates the principles of fundamental justice. According to them, the role of the designated judge, the exclusion of information on grounds of national security, the hearings held in the absence of the person concerned and his counsel, as well as the standards of "reasonableness" for the certificate and "reasonable grounds to believe" that a danger to national security exists, are clearly in breach of the principles of fundamental justice protected by the Charter, the *Canadian Bill of Rights*, the Universal Declaration and the Covenant. They believe that this type of procedure is irreconcilable with fundamental rights.

[74] Mr. Charkaoui's counsel submit that the detention that follows the Ministers' signing of an arrest warrant is an unacceptable procedure because it is ordered through a ministerial not a judiciary decision, and because the review of continued detention is not done by an independent or impartial tribunal. In their submission, this type of detention is in breach of sections 7, 9 and 12 and paragraph 11(e) of the Charter and section 2 of the *Canadian Bill of Rights*.

[75] Mr. Charkaoui's counsel also submit that the procedure Parliament has chosen treats the person concerned differently from other persons. They argue that the procedure violates section 15 of the Charter and paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

[76] In addition, Mr. Charkaoui's counsel submit that certain provisions of the IRPA are vague and overbroad,

3. Résumé des arguments des parties

[72] Étant donné l'ampleur de la contestation judiciaire, je crois qu'il est utile de présenter un résumé des arguments des parties. Par la suite, nous les verrons plus en détail.

[73] Les avocats de M. Charkaoui plaident que la procédure établie par le législateur pour décider du caractère raisonnable du certificat et du maintien de la détention, procédure qui vise à concilier l'intérêt de l'État à protéger la sécurité et l'intérêt de la personne concernée de savoir, documents à l'appui, ce qu'on lui reproche, viole les principes de justice fondamentale. Selon eux, le rôle du juge désigné, l'exclusion de renseignements pour raison de sécurité nationale, les audiences en l'absence de la personne concernée et de son avocat, ainsi que les normes de preuve du «caractère raisonnable» du certificat et des «motifs raisonnables de croire» d'un danger à la sécurité nationale briment de façon évidente les principes de justice fondamentale protégés par la Charte, la Déclaration canadienne, la Déclaration universelle et le Pacte. Ils estiment que ce genre de procédure n'est pas conciliable avec les droits fondamentaux.

[74] Les avocats de M. Charkaoui considèrent que la détention qui suit la signature par les ministres d'un mandat d'arrestation constitue une procédure inacceptable car elle est déterminée par une décision ministérielle et non par le judiciaire et que la révision du maintien de la détention n'est pas effectuée par un tribunal indépendant et impartial. Pour eux, ce type de détention porte atteinte aux articles 7, 9, 12 et à l'alinéa 11e) de la Charte et à l'article 2 de la Déclaration canadienne.

[75] Les avocats de M. Charkaoui plaident également que la procédure choisie par le législateur traite la personne concernée différemment d'autres personnes. Ils argumentent que la procédure porte atteinte à l'article 15 de la Charte et à l'alinéa 1b) de la Déclaration canadienne.

[76] De plus, les avocats de M. Charkaoui considèrent que certaines dispositions de la LIPR sont imprécises et

that the procedure creates a risk to the person concerned if he returns to his country of origin, and that it does not respect Canada's international treaty commitments.

[77] Lastly, Mr. Charkaoui submits, through his counsel, that the provision barring appeals from a determination as to the reasonableness of the certificate contravenes section 96 of the BNA Act.

[78] Although the written submissions of Mr. Charkaoui's counsel refer to the *Canadian Bill of Rights*, the Universal Declaration, the common law, the BNA Act and the English Bill of Rights, their oral arguments focussed on certain provisions of the Charter and, to a lesser degree, section 96 of the BNA Act as well as Article 14(r) of the Covenant.

[79] For their part, counsel for the Ministers submit that the procedure established by Parliament respects the fundamental rights protected by the Charter, the *Canadian Bill of Rights*, the Universal Declaration and the Covenant, and that certain contested provisions concerning certificates and detention have already been scrutinized by the courts (*Chiarelli, supra; Ahani v. Canada* (1996), 37 C.R.R. (2d) 181 (F.C.A.) and *Ahani v. Canada*, [1995] 3 F.C. 669 (T.D.)). With regard to Mr. Charkaoui's other arguments, they state that Parliament developed the procedure so that it would comply with the principles protected by the Constitution, the *Canadian Bill of Rights*, the Universal Declaration and international treaties.

4. Structure of the analysis

[80] I now propose to analyse the constitutional arguments of Mr. Charkaoui's counsel based on the following outline:

(i) Fundamental rights: section 7 of the Charter, section 1 of the *Canadian Bill of Rights* and sections 33 and 76 to 85 of the IRPA

ont une portée excessive, que la procédure crée un risque pour la personne concernée lors d'un éventuel retour dans son pays d'origine et qu'elle ne respecte pas les engagements que le Canada a pris en signant des traités internationaux.

[77] En dernier lieu, M. Charkaoui, par l'entremise de ses avocats, prétend que la disposition prévoyant l'impossibilité d'interjeter appel de la décision concernant la raisonabilité du certificat porte atteinte à l'article 96 de l'AANB.

[78] Bien que dans leurs représentations écrites, les avocats de M. Charkaoui font référence à la Déclaration canadienne, à la Déclaration universelle, aux règles de common law, à l'AANB, au Bill of Rights du Royaume-Uni et au Pacte, leurs plaidoiries orales ont été surtout axées sur certaines dispositions de la Charte et, dans une moindre mesure, sur l'article 96 de l'AANB et sur l'alinéa 14r) du Pacte.

[79] Les avocats des ministres, quant à eux, plaident que la procédure établie par le législateur respecte les droits fondamentaux protégés par la Charte, la Déclaration canadienne, la Déclaration universelle ainsi que le Pacte, et que certaines dispositions contestées concernant le certificat et la détention ont déjà été révisées par les tribunaux (*Chiarelli*, précité; *Ahani c. Canada* (1996), 37 C.R.R. (2d) 181 (C.A.F.); et *Ahani c. Canada*, [1995] 3 C.F. 669 (1^{re} inst.)). Pour ce qui est des autres arguments présentés par M. Charkaoui, ils précisent que le législateur a élaboré la procédure de façon à ce qu'elle respecte les principes protégés par la Constitution, la Déclaration canadienne, la Déclaration universelle et les traités internationaux.

4. Structure de l'analyse

[80] Maintenant, je me propose d'analyser les arguments constitutionnels présentés par les avocats de M. Charkaoui selon le plan suivant:

(i) Droits fondamentaux: article 7 de la Charte, article premier de la Déclaration canadienne et articles 33 et 76 à 85 de la LIPR.

- Principles of fundamental justice

- Is the designated judge independent and/or impartial?

- “Reasonableness” and “reasonable grounds to believe”: appropriate standards of proof.

(ii) Detention: sections 7, 9 and 12 and paragraph 11(e) of the Charter, section 2 of the *Canadian Bill of Rights* and sections 33 and 76 to 85 of the IRPA

(iii) Equal treatment: section 15 of the Charter, paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* and sections 33 and 76 to 85 of the IRPA

(iv) Vague, overbroad and discriminatory nature of certain provisions: paragraph 34(1)(f) and subsection 83(3) of the IRPA

(v) Creation of risks to the person concerned: sections 7, 12 and 15 of the Charter and section 77 of the IRPA

(vi) Impossibility of appealing: section 96 of the BNA Act, subsection 80(3) and section 81 of the IRPA

(vii) Compliance with international obligations: subsection 14(1) of the Covenant and sections 33, 77, 80, 81, 82, 83 and 85 of the IRPA

[81] In my opinion, this analytical structure makes it possible to answer the many questions and arguments presented by Mr. Charkaoui’s counsel.

(i) Fundamental rights: section 7 of the Charter, section 1 of the *Canadian Bill of Rights* and sections 33 and 76 to 85 of the IRPA

[82] Section 7 of the Charter provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Paragraph 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* provides for:

- Principes de justice fondamentale

- le juge désigné est-il indépendant et/ou impartial?

- «Caractère raisonnable» et «motifs raisonnables de croire»: normes de preuve appropriées

(ii) Détention: article 7, 9, 12 et alinéa 11e) de la Charte, article 2 de la Déclaration canadienne et articles 33 et 76 à 85 de la LIPR.

(iii) Traitement égal: article 15 de la Charte, alinéa 1b) de la Déclaration canadienne et articles 33 et 76 à 85 de la LIPR.

(iv) Caractère imprécis, excessif et discriminatoire de certaines dispositions: alinéa 34(1)f) et paragraphe 83(3) de la LIPR.

(v) Création de risques pour la personne concernée: articles 7, 12 et 15 de la Charte et article 77 de la LIPR.

(vi) Impossibilité d’interjeter appel: article 96 de l’AANB, paragraphe 80(3) et article 81 de la LIPR.

(vii) Respect des obligations internationales: paragraphe 14(1) du Pacte et articles 33, 77, 80, 81, 82, 83 et 85 de la LIPR.

[81] Je suis d’avis que ce plan d’analyse permet de répondre aux multiples questions et arguments présentés par les avocats de M. Charkaoui.

(i) Droits fondamentaux: article 7 de la Charte, article premier de la Déclaration canadienne et articles 33 et 76 à 85 de la LIPR

[82] L’article 7 de la Charte prévoit ce qui suit:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale.

L’alinéa 1a) de la Déclaration canadienne prévoit ce qui suit:

1. . . .

(a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;

[83] Mr. Charkaoui states that sections 33 and 76 to 85 of the IRPA run afoul of the principles of fundamental justice referred to in section 7 of the Charter because:

(a) the procedure under the IRPA for determining the reasonableness of the certificate and continued detention contravenes the principles of fundamental justice;

(b) the role that the IRPA confers on the designated judge undermines the independence of that judge or at least creates an appearance of bias;

(c) the designated judge, and not the Ministers, should be the one to decide whether the person concerned should be detained or not; consequently, the standard of proof under which the designated judge must only assess the reasonableness of the certificate and may only continue detention if there are “reasonable grounds to believe that he is a danger to national security or the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal” (subsections 82(1) and 83(3) of the IRPA) contravenes the principles of fundamental justice because the standard does not permit the designated judge to rule on the merits of the matter.

Principles of fundamental justice

The principles of fundamental justice in light of *Chiarelli* and *Suresh*

[84] In applying the principles of fundamental justice, including the rules of natural justice and procedural fairness, one must take account of the interests at stake and the circumstances as a whole. Indeed, as Sopinka J. stated in *Chiarelli*, *supra*, at pages 743-744:

The scope of principles of fundamental justice will vary with the context and the interests at stake.

. . .

1. [. . .]

a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;

[83] M. Charkaoui affirme que les articles 33 et 76 à 85 de la LIPR portent atteinte aux principes de justice fondamentale auxquels il est fait référence à l'article 7 de la Charte en ce que:

a) la procédure prévue par la LIPR pour décider du caractère raisonnable du certificat et du maintien de la détention va à l'encontre des principes de justice fondamentale;

b) le rôle que la LIPR attribue au juge désigné mine l'indépendance de ce dernier ou crée, à tout le moins, une apparence de partialité;

c) ce ne sont pas les ministres mais bien le juge désigné qui devrait décider si la personne concernée doit être détenue ou non; par conséquent, la norme de preuve selon laquelle le juge désigné ne doit décider que du «caractère raisonnable» du certificat et ne doit maintenir la détention que s'il existe des «motifs raisonnables de croire qu'il constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi» (paragraphe 82(1) et 83(3) de la LIPR) porte atteinte aux principes de justice fondamentale parce que cette norme de preuve ne permet pas au juge désigné de trancher sur le fond de l'affaire.

Principes de justice fondamentale

Principes de justice fondamentale à la lumière des arrêts *Chiarelli* et *Suresh*

[84] L'application des principes de justice fondamentale, notamment des règles de justice naturelle et de l'équité procédurale, doit tenir compte des intérêts en jeu et de l'ensemble de la situation. C'est ce qu'écrit le juge Sopinka dans l'arrêt *Chiarelli*, précité, aux pages 743 et 744:

La portée des principes de justice fondamentale varie selon le contexte et la nature des intérêts en jeu.

[. . .]

Similarly, the rules of natural justice and the concept of procedural fairness, which may inform principles of fundamental justice in a particular context, are not fixed standards.

. . . [i]n assessing whether a procedure accords with fundamental justice, it may be necessary to balance competing interests of the state and the individual.

[85] Conceptually, the principles of fundamental justice, referred to in section 7 of the Charter, must be assessed in light of the legislative context, the purposes of the impugned legislation and the rights of the parties. In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 45, the Supreme Court of Canada discussed how the principles of fundamental justice under section 7 of the Charter are applied:

The principles of fundamental justice are to be found in “the basic tenets of our legal system”: *Burns, supra*, at para. 70. “They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503. The relevant principles of fundamental justice are determined by a contextual approach that “takes into account the nature of the decision to be made”: *Kindler, supra*, at p. 848, *per* McLachlin J. (as she then was). The approach is essentially one of balancing. As we said in *Burns*, “[i]t is inherent in the . . . balancing process that the outcome may well vary from case to case depending on the mix of contextual factors put into the balance.”

[86] The decisions challenged in the case at bar were made by two Ministers in the federal Cabinet, specifically the Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada. The former is responsible for the administration of immigration and citizenship legislation, and the latter is responsible, before Parliament, for CSIS and the Royal Canadian Mounted Police.

[87] The Ministers’ first decision states that Mr. Charkaoui, a permanent resident, must be inadmissible on grounds of security (subsection 77(1) of the IRPA). The second decision pertains to the warrant of arrest and states that the Ministers are of the opinion that Mr. Charkaoui is a danger to national security or to the safety

De même, les règles de justice naturelle et le concept de l’équité procédurale, qui peuvent dans un contexte donné faire partie des principes de justice fondamentale ne constituent pas des normes figées.

[. . .] pour vérifier la conformité d’une procédure avec la justice fondamentale, il peut être nécessaire de soupeser les intérêts opposés de l’État et du particulier.

[85] Les principes de justice fondamentale, concept auquel il est fait référence à l’article 7 de la Charte, doivent être évalués à la lumière du contexte législatif, des objectifs de la loi contestée et des droits reconnus aux parties. Dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 45, la Cour suprême du Canada commente sur l’application des principes de justice fondamentale de l’article 7 de la Charte:

Les principes de justice fondamentale se trouvent dans «les préceptes fondamentaux de notre système juridique»: *Burns*, précité, par. 70. «Ils relèvent non pas du domaine de l’ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l’appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire»: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503. Les principes de justice fondamentale pertinents sont dégagés au moyen d’une démarche contextuelle qui «tient compte de la nature de la décision qui doit être rendue»: *Kindler*, précité, p. 848, madame le juge McLachlin (maintenant juge en chef). Il s’agit essentiellement d’un processus de pondération. Comme nous l’avons dit dans l’arrêt *Burns*, par. 65, «[l]’une des caractéristiques inhérentes du processus de pondération [. . .] est que le résultat peut très bien varier d’une affaire à l’autre, selon les facteurs contextuels mis en balance».

[86] Les décisions contestées en l’espèce ont été prises par deux ministres du Cabinet fédéral, soit le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration et le solliciteur général du Canada. Le premier est chargé d’administrer les lois concernant l’immigration et la citoyenneté, tandis que le deuxième est responsable devant le Parlement du Service et de la Gendarmerie royale du Canada.

[87] La première décision des ministres indique que M. Charkaoui, un résident permanent, doit être interdit de territoire pour raison de sécurité nationale (paragraphe 77(1) de la LIPR). La deuxième décision, qui porte sur le mandat d’arrestation, indique que selon eux, M. Charkaoui est un danger pour la sécurité

of a person or that he is unlikely to appear at a proceeding (subsection 82(1) of the IRPA).

[88] These two decisions are administrative in nature. They are based on information that the Ministers consider secret and which cannot be disclosed to anyone except where authorized. The term “information” is defined in section 76 of the IRPA.

[89] The decisions have major consequences for Mr. Charkaoui and his family because they put their future in Canada in serious doubt along with any citizenship application they may have made.

[90] In *Suresh*, *supra*, at paragraph 115, the Court specifies the factors to be used in determining the content of the principles of fundamental justice as they apply to a decision or statute:

What is required by the duty of fairness—and therefore the principles of fundamental justice—is that the issue at hand be decided in the context of the statute involved and the rights affected: *Baker*, *supra*, at para. 21; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, *per Sopinka J.* More specifically, deciding what procedural protections must be provided involves a consideration of the following factors: (1) the nature of the decision made and the procedures followed in making it, that is, “the closeness of the administrative process to the judicial process”; (2) the role of the particular decision within the statutory scheme; (3) the importance of the decision to the individual affected; (4) the legitimate expectations of the person challenging the decision where undertakings were made concerning the procedure to be followed; and (5) the choice of procedure made by the agency itself: *Baker*, *supra*, at paras. 23-27. This is not to say that other factors or considerations may not be involved.

[91] To this list I would add (6) the legitimate nature of the interests at stake; (7) the persons or entities responsible for making the decision; and (8) Parliament’s objective, which is to ensure a fair and equitable procedure that takes the circumstances into account.

[92] As far as the third factor in *Suresh* is concerned, the determination regarding the certificate is of great

nationale ou pour la sécurité d’autrui ou encore qu’il se soustraira à la procédure (paragraphe 82(1) de la LIPR).

[88] Ces deux décisions sont de nature administrative et sont fondées sur des renseignements que les ministres considèrent secrets et qui, sauf exception, ne peuvent être communiqués à qui que ce soit. Le terme «renseignements» est défini à l’article 76 de la LIPR.

[89] Ces décisions ont des conséquences très importantes pour M. Charkaoui et sa famille en ce qu’elles mettent sérieusement en question leur vie en territoire canadien ainsi que leur demande de citoyenneté canadienne, s’ils en ont présenté une.

[90] Dans l’arrêt *Suresh*, précité, au paragraphe 115, la Cour précise les facteurs à utiliser pour déterminer le contenu des principes de justice fondamentale applicables à une décision ou à une loi:

L’obligation d’équité—et par conséquent les principes de justice fondamentale—exigent en fait que la question soulevée soit tranchée dans le contexte de la loi en cause et des droits touchés: *Baker*, précité, par. 21; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682; *Assoc. des résidents du Vieux-St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, le juge Sopinka. Plus précisément, pour décider des garanties procédurales qui doivent être accordées, nous devons tenir compte, entre autres facteurs, (1) de la nature de la décision recherchée et du processus suivi pour y parvenir, savoir «la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire», (2) du rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif, (3) de l’importance de la décision pour la personne visée, (4) des attentes légitimes de la personne qui conteste la décision lorsque des engagements ont été pris concernant la procédure à suivre et (5) des choix de procédure que l’organisme fait lui-même: *Baker*, précité, par. 23-27. Cela ne signifie pas qu’il est exclu que d’autres facteurs et considérations entrent en jeu.

[91] Je me permets d’ajouter à cette liste de facteurs: (6) le caractère légitime des intérêts en jeu; (7) les personnes ou entités chargées de prendre la décision; et (8) l’objectif du législateur qui consiste à vouloir assurer une procédure juste et équitable qui tient compte des circonstances.

[92] Pour ce qui est du troisième facteur énoncé dans *Suresh*, la décision concernant le certificat est très

significance to Mr. Charkaoui and has far-reaching consequences for him. As no undertakings were made to Mr. Charkaoui concerning the procedure to be followed, the fourth factor does not apply.

[93] The first factor in *Suresh* is the nature of the decisions. The decisions in issue are administrative ministerial decisions. They were based on protected information, and Mr. Charkaoui had no access to the decision-making process at any meeting, any hearing or otherwise. At this first stage, it is hard to imagine how the Ministers could disclose the protected information to the person concerned in order to enable him to respond in some way. Parliament has decided to proceed by way of an administrative ministerial decision.

[94] However, after the Ministers make the decision to sign the certificate and issue an arrest warrant, the certificate is filed in the Federal Court (subsection 77(1) of the IRPA), and then the designated judge ascertains whether the certificate is reasonable, and periodically reviews whether detention should continue based on the test set out in section 78 of the IRPA. Thus, Parliament has provided for an automatic review of ministerial decisions.

[95] Having addressed the first, second, third and fourth factors in *Suresh*, *supra*, along with the sixth factor, which I have added, it remains to consider the fifth factor in *Suresh*, as well as the seventh and eighth factors, which I have added. This requires that we examine the procedure that Parliament has established in sections 77, 78 and 82 of the IRPA and determine whether it complies with the principles of fundamental justice.

Does the procedure in the IRPA comply with the principles of fundamental justice?

[96] In view of the fact that opposing interests are at play, does the procedure established by sections 77, 78 and 82 of the IRPA for determining whether the certificate is reasonable and whether detention should continue to comply with the principles of fundamental justice referred to in section 7 of the Charter?

importante et lourde de conséquences pour M. Charkaoui. Par ailleurs, aucun engagement n'a été pris envers M. Charkaoui concernant la procédure à suivre, ce qui signifie que le quatrième facteur ne s'applique pas en l'espèce.

[93] Quant à la nature des décisions, le premier critère dans *Suresh*, il s'agit de décisions ministérielles de type administratif. Ces décisions ont été prises à la lumière de renseignements protégés et M. Charkaoui n'a eu aucun accès au processus décisionnel, que ce soit lors d'une rencontre, d'une audience ou autrement. Il est difficile d'imaginer comment, à cette première étape, les ministres pourraient communiquer les renseignements protégés à la personne concernée pour lui permettre de répondre d'une façon quelconque. Le législateur a choisi la formule de la décision ministérielle de type administratif.

[94] Par contre, après la décision des deux ministres de signer le certificat et de lancer un mandat d'arrestation, le certificat est déposé à la Cour fédérale (paragraphe 77(1) de la LIPR), puis le juge désigné vérifie le caractère raisonnable du certificat et contrôle de façon périodique le maintien de la détention selon le critère prévu à l'article 78 de la LIPR. Le législateur a donc prévu une révision automatique des décisions ministérielles.

[95] Ayant déjà abordé les facteurs 1, 2, 3, et 4 de l'arrêt *Suresh*, précité et le facteur 6 que j'ai ajouté, il nous reste maintenant à étudier le cinquième facteur de l'arrêt *Suresh*, ainsi que le septième et le huitième facteurs que j'ai ajoutés. Pour ce faire, il est nécessaire d'examiner la procédure établie par le législateur aux articles 77, 78 et 82 de la LIPR et de se demander si elle respecte les principes de justice fondamentale.

La procédure prévue par la LIPR respecte-t-elle les principes de justice fondamentale?

[96] La procédure établie aux articles 77, 78 et 82 de la LIPR pour déterminer le caractère raisonnable du certificat et pour décider du maintien de la détention satisfait-elle, compte tenu du fait que des intérêts opposés sont en jeu, aux principes de justice fondamentale prévus à l'article 7 de la Charte?

[97] Let us begin by describing the procedure that Parliament has established in relation to the certificate and to detention. As far as the certificate is concerned, the designated judge examines the evidence submitted by the Ministers, determines which evidence is protected for national security reasons, gives the permanent resident a summary of the evidence so that he may be reasonably informed, gives him the opportunity to be heard, and then determines whether the certificate is reasonable (section 78 of the IRPA). As far as the permanent resident's continued detention is concerned, if a warrant has been issued, the designated judge, following the same steps involved in analysing the certificate, reviews the reasons for the continued detention and determines whether the permanent resident continues to be a danger to national security or the safety of any person or whether he is unlikely to appear at a proceeding or for removal. A designated judge must, at least once in the six-month period following each preceding review or at any other time upon request, determine whether detention is still justified. On application by the person concerned, within 120 days after the certificate is confirmed to be reasonable, the designated judge reviews the need for continued detention in light of certain factors (sections 82, 83 and 78 of the IRPA).

[98] Let us now see how the procedure established by Parliament balances the interests of the state and those of the person concerned. Parliament has called on a member of the judiciary, the designated judge, to assume an independent and objective role that takes the opposing interests into account. Parliament has provided that the designated judge must "ensure" the confidentiality of the protected information for reasons of national security (paragraph 78(b) of the IRPA) while reasonably informing the permanent resident of the circumstances justifying the certificate and the detention (paragraph 78(h) of the IRPA); this discretion must be exercised with skill and finesse. Parliament gives the permanent resident an opportunity to be represented and heard when the reasonableness of the certificate and continued detention are assessed, as well as an opportunity to testify and make representations. Parliament has established a procedure for reviewing detention periodically; this procedure gives the person concerned the right to be represented, to be heard, to testify and to

[97] Commençons par décrire la procédure que le législateur a établi relativement au certificat et à la détention. Pour ce qui est du certificat, le juge désigné examine la preuve soumise par les ministres, il détermine quels sont les renseignements protégés pour des raisons de sécurité nationale, il fournit au résident permanent un résumé de la preuve pour permettre à ce dernier d'être suffisamment informé, il lui donne la possibilité d'être entendu, puis il en arrive à une conclusion quant au caractère raisonnable du certificat (article 78 de la LIPR). En ce qui concerne le maintien de la détention du résident permanent, si un mandat a été lancé, le juge désigné utilise la même démarche que pour l'analyse du certificat pour effectuer le contrôle des motifs justifiant le maintien de la détention et pour déterminer si le résident permanent constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d'autrui ou s'il se soustraira à la procédure ou au renvoi. Un juge désigné doit faire comparaître le résident permanent au moins une fois dans les six mois suivant chaque contrôle ou à tout autre moment sur demande, pour déterminer si la détention est toujours justifiée. À la demande de la personne concernée, dans les 120 jours confirmant le caractère raisonnable du certificat, le juge désigné révisé la nécessité du maintien de la détention à la lumière de certains critères (articles 82, 83 et 78 de la LIPR).

[98] Maintenant voyons comment la procédure établie par le législateur crée un équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de la personne concernée. Le législateur fait intervenir un membre du judiciaire, le juge désigné, pour assumer un rôle indépendant et objectif qui tient compte des intérêts opposés. Le législateur prévoit que le juge désigné est tenu de «garantir» la confidentialité des renseignements protégés pour des raisons de sécurité nationale (alinéa 78b) de la LIPR) tout en informant «suffisamment» le résident permanent des circonstances justifiant le certificat et la détention (alinéa 78h) de la LIPR), ce qui constitue un pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé avec doigté et finesse. Le législateur reconnaît au résident permanent la possibilité d'être représenté et d'être entendu lors de l'examen du caractère raisonnable du certificat et du maintien de la détention, de témoigner et de faire des représentations. Le législateur a établi une procédure de révision périodique de la détention, procédure qui accorde à la personne concernée le droit d'être représenté, d'être

make representations. In exchange, Parliament requires that the designated judge ensure the confidentiality of the information protected for national security reasons. This is why the designated judge may hold hearings in the absence of the permanent resident and his representatives and disclose only such facts and information that are not injurious to national security. At the request of a party, Parliament authorizes the designated judge to admit evidence that would otherwise be inadmissible and to base his decision on that evidence. Parliament has stated that the certificate cannot be appealed, and that the designated judge must apply a reasonableness standard, not a preponderance of evidence standard, in reviewing the certificate and the reasons for the continued detention (*Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 1 F.C.R. 528 (F.C.A.)).

[99] In order to maintain procedural objectivity while taking account of the state's legitimate interest in protecting security or criminal intelligence information and the right of the person concerned to contest the certificate and detention with a full knowledge of the case, Parliament has empowered a designated judge of the Federal Court to examine and assess ministerial decisions.

[100] In my opinion, designated judges are the cornerstone of the review procedure because they have a twofold obligation: to protect criminal or national security intelligence; and to provide the person concerned with a summary of the evidence that reasonably discloses the circumstances giving rise to the certificate and the warrant that resulted in his detention. This constitutes the balance between the opposing interests.

[101] In order to carry out this difficult task, the designated judge has access to all the information on which the Ministers' decisions are based, without exception. The designated judge can even examine additional information if counsel for the Ministers submit any (paragraph 78(j) of the IRPA). The Ministers' representatives are even under a duty to inform the designated judge of any facts that could be prejudicial to

entendu, de témoigner et de faire des représentations. En contrepartie, le législateur oblige le juge désigné à garantir la confidentialité des renseignements protégés pour des raisons de sécurité nationale. C'est pourquoi le juge désigné est autorisé à présider des audiences en l'absence du résident permanent et de son représentant et de ne dévoiler que les faits et renseignements qui ne portent pas atteinte à la sécurité nationale. À la demande de l'une des parties, le législateur autorise le juge désigné à admettre de la preuve qui serait autrement inadmissible et à l'utiliser dans son jugement. Le législateur exclut la possibilité d'interjeter appel sur le certificat et prévoit que le juge désigné utilise le critère du caractère raisonnable et non celui de la prépondérance de la preuve pour analyser le certificat et les motifs sur lesquels le maintien de la détention sont fondés (*Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 1 R.C.F. 528 (C.A.F.)).

[99] Dans le but de préserver l'objectivité de la procédure tout en tenant compte de l'intérêt légitime de l'État à protéger les renseignements liés à la sécurité ou à la criminalité et du droit de la personne concernée de pouvoir contester le certificat et la détention en pleine connaissance de cause, le législateur accorde à un juge désigné de la Cour fédérale le pouvoir d'examiner et d'évaluer les décisions ministérielles.

[100] À mon avis, le juge désigné constitue la pierre angulaire de la procédure de révision en ce qu'il a la double obligation de protéger les renseignements liés à la sécurité nationale ou à la criminalité et de remettre à la personne concernée un résumé de la preuve suffisamment révélateur des circonstances qui ont donné lieu au certificat et au mandat ayant mené à la détention. C'est ainsi qu'est établi l'équilibre entre les intérêts opposés.

[101] Pour qu'il puisse effectuer cette difficile tâche, le juge désigné a accès à tous les renseignements, sans exception, utilisés par les ministres pour en arriver à leurs décisions. Il peut même recevoir des renseignements additionnels si les avocats des ministres en déposent (alinéa 78j) de la LIPR). Les représentants des ministres ont même l'obligation d'informer le juge désigné de faits pouvant nuire à la thèse des ministres.

the Ministers' case. In *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, Arbour J. notes that the duty of disclosure is much greater when Parliament has authorized hearings in the absence of a party [at paragraph 47]:

As mentioned before, when making *ex parte* submissions to the reviewing court, the government institution is under a duty to act in utmost good faith and must make full, fair and candid disclosure of the facts, including those that may be adverse to its interest.

Designated judges preside over hearings and hear the Minister's witnesses. They examine witnesses themselves as the need arises. They examine the documents carefully to determine which information is related to security and which information is not. In order to do so, they examine, among other things, the sources of the information, the way in which it was obtained, the reliability of the sources and the method used, and whether it is possible to corroborate the information by other means. Designated judges take account of the fact that the information was obtained in confidence from a source in Canada or a foreign source, or that the information is already in the public domain. They ask the Ministers' representatives about the quality of the investigation and inquire into whether the events can be interpreted differently. They decide which information can be disclosed to the person concerned and provide a summary of the evidence containing nothing which would, if disclosed, be injurious to national security or to the safety of any person. The summary must enable the person concerned to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the signing of the certificate, the issuance of the warrant of arrest and the detention.

[102] After the person concerned receives the summary in question and other relevant documents, the designated judge holds one or more hearings where the person concerned is given the opportunity to be heard. The hearing can pertain to the reasonableness of the certificate, the continued detention or both. At the hearing, the Ministers and the person concerned have the opportunity to call witnesses, submit documentary

Dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, la juge Arbour précise que l'obligation d'informer est beaucoup plus grande lorsque le législateur permet la tenue d'audiences en l'absence de l'une des parties [au paragraphe 47]:

Comme je l'ai mentionné précédemment, l'institution fédérale qui présente des arguments en l'absence de l'autre partie devant le tribunal de révision est tenue d'agir avec la bonne foi la plus absolue et d'exposer les faits de manière complète, franche et impartiale, y compris ceux qui pourraient lui être défavorables.

Le juge désigné préside les audiences et entend les témoins présentés par les ministres. Au besoin, il interroge lui-même ces témoins. Il examine soigneusement la documentation pour déterminer quels renseignements sont liés à la sécurité et lesquels ne le sont pas. Pour ce faire, il examine entre autres les sources des renseignements, la façon dont ces renseignements ont été obtenus, la fiabilité des sources et la méthode utilisée, ainsi que la possibilité de corroborer ces renseignements par d'autres moyens lorsque cela est possible. Il tient compte du fait que les renseignements ont été obtenus sous le sceau du secret, soit d'une source canadienne ou d'une source étrangère, ou que ces renseignements font déjà partie du domaine public. Il s'enquiert auprès des représentants des ministres de la qualité de l'enquête et s'interroge quant à la possibilité que des événements puissent être interprétés différemment. Il décide quels renseignements peuvent être dévoilés à la personne concernée et fournit un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Ce résumé doit suffisamment informer la personne concernée des circonstances qui ont donné lieu à la signature du certificat et au lancement du mandat d'arrestation et de la détention.

[102] Après que la personne concernée a reçu le résumé en question et les autres documents pertinents, le juge désigné préside une ou des audiences où il donne la possibilité à la personne concernée d'être entendue. L'audience peut porter sur le caractère raisonnable du certificat, sur le maintien de la détention ou sur les deux. Lors de l'audience, les ministres et la personne concernée ont l'occasion de présenter des témoins, de

evidence and make oral as well as written submissions.

[103] In *Chiarelli, supra*, the Supreme Court of Canada considered the procedure established by section 39 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 6; S.C. 1992, c. 49, s. 29; 1997, c. 22, s. 4] of the former Act, a procedure similar in many respects to the one described above. Under that procedure, the Security Intelligence Review Committee had to investigate ministerial reports that concluded a permanent resident was dangerous. Writing for the Court, Sopinka J. wrote as follows at pages 743-746:

Similarly, the rules of natural justice and the concept of procedural fairness, which may inform principles of fundamental justice in a particular context, are not fixed standards

. . . it may be necessary to balance competing interests of the state and the individual:

What these practices have sought to achieve is a just accommodation between the interests of the individual and those of the state, both of which factors play a part in assessing whether a particular law violates the principles of fundamental justice. . . .

In the context of hearings conducted by the Review Committee pursuant to a joint report, an individual has an interest in a fair procedure. . . . However, the state also has a considerable interest in effectively conducting national security and criminal intelligence investigations and in protecting police sources.

. . .

The *CSIS Act* and Review Committee Rules recognize the competing individual and state interests and attempt to find a reasonable balance between them. The Rules expressly direct that the Committee's discretion be exercised with regard to this balancing of interests.

In this case the respondent was first provided with the "Statement of Circumstances giving rise to the making of a Report by the Solicitor General of Canada and the Minister of Employment and Immigration to the Security Intelligence Review Committee". . . . In my view, these various documents gave the respondent sufficient information to know the

déposer de la preuve documentaire et de plaider oralement et par écrit.

[103] Dans l'arrêt *Chiarelli*, précité, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur une procédure qui s'apparente à plusieurs égards à la procédure décrite ci-dessus. Il s'agit de la procédure prévue à l'article 39 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 6; L.C. 1992, ch. 49, art. 29; 1997, ch. 22, art. 4] de l'ancienne Loi, selon laquelle le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité devait faire enquête sur les rapports ministériels qui concluaient au caractère dangereux de certains résidents permanents. Au nom de la Cour, le juge Sopinka écrit aux pages 743 à 746:

De même, les règles de justice naturelle et le concept de l'équité procédurale, qui peuvent dans un contexte donné faire partie des principes de justice fondamentale, ne constituent pas des normes figées.

[. . .] il peut être nécessaire de soupeser les intérêts opposés de l'État et du particulier.

Ces pratiques ont tenté d'établir un juste équilibre entre les intérêts du particulier et ceux de l'État qui, dans les deux cas, jouent un rôle dans la question de savoir si une loi particulière viole les principes de justice fondamentale [. . .]

Dans le contexte d'audiences tenues par le Comité de surveillance par suite d'un rapport conjoint, le particulier a intérêt à ce que la procédure soit équitable. Cependant, l'État a aussi grandement intérêt à mener efficacement les enquêtes en matière de sécurité nationale et de criminalité et à protéger les sources de renseignements de la police.

[. . .]

La *Loi sur le SCRS* et les règles du Comité de surveillance reconnaissent l'existence des intérêts opposés des particuliers et de l'État et tentent d'établir un équilibre raisonnable entre ces intérêts. Les règles exigent expressément en effet que le comité exerce son pouvoir discrétionnaire dans l'établissement de cet équilibre.

En l'espèce, l'intimé a reçu d'abord l'«Énoncé des circonstances ayant donné lieu à la présentation d'un rapport par le solliciteur général du Canada et le ministre de l'Emploi et de l'Immigration» [. . .] À mon avis, ces différents documents renfermaient suffisamment de renseignements pour mettre l'intimé au courant de la substance des actes qu'on lui

substance of the allegations against him, and to be able to respond.

The respondent was also given the opportunity to respond, by calling his own witnesses

[104] In my opinion, the procedure established by sections 76 to 85 of the IRPA takes the existence of opposing interests into consideration and strikes an acceptable balance between those interests. The fact that a designated judge is involved in striking this balance adds credibility to the procedure and ensures objectivity in achieving the result.

[105] In *Ahani v. Canada*, [1995] 3 F.C. 669 (T.D.), at page 694, McGillis J. comes to the following conclusion with regard to the system established by the former Act, in which the designated judge would determine whether a certificate concerning a refugee was reasonable (section 40.1 of the former Act), and which is therefore similar to the system in issue:

I have concluded that, in enacting section 40.1 of the *Immigration Act*, Parliament developed a procedure in which it attempted to strike a reasonable balance between the competing interests of the individual and the state. In particular, Parliament placed the responsibility of reviewing the reasonableness of the ministerial certificate on an independent member of the judiciary and accorded him the power to examine the security or criminal intelligence reports, to hear evidence, to give disclosure with a view to permitting the person to be “reasonably informed”, and to provide the person with a “reasonable opportunity to be heard.” In my opinion, the contextual analysis confirms that the principles of fundamental justice have been respected in the procedure devised by Parliament in section 40.1 of the *Immigration Act*.

[106] *Ruby, supra*, involved national security, a hearing conducted in the absence of the person concerned and his counsel in accordance with subsection 51(2) of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, and section 7 of the Charter. Arbour J. upheld this type of hearing at paragraph 51 of the decision:

In this case, given the statutory framework, the narrow basis of the appellant’s constitutional challenge and the significant

reprochait et pour lui permettre de répondre.

De plus, l’intimé a eu la possibilité de répondre en produisant ses propres témoins [. . .]

[104] À mon avis, la procédure prévue aux articles 76 à 85 de la LIPR prend en considération l’existence des intérêts opposés et atteint un équilibre acceptable entre ces intérêts. Le fait qu’un juge désigné contribue à la mise en balance des intérêts accorde une crédibilité accrue à la procédure et assure une objectivité quant au résultat.

[105] Dans l’arrêt *Ahani c. Canada*, [1995] 3 C.F. 669 (1^{re} inst.), à la page 694, la juge McGillis tire la conclusion suivante concernant le système qui existait sous l’ancienne Loi, système où un juge désigné était appelé à se prononcer sur le caractère raisonnable d’un certificat à l’égard d’un réfugié (article 40.1 de l’ancienne Loi) et qui est donc semblable au système en l’espèce:

J’en suis venu à la conclusion qu’en édictant l’article 40.1 de la *Loi sur l’immigration*, le législateur fédéral a élaboré une procédure par laquelle il a tenté de trouver le juste milieu entre les intérêts divergents des particuliers et ceux de l’État. En particulier, le législateur fédéral a confié la charge d’examiner le caractère raisonnable de l’attestation ministérielle à un membre indépendant de la magistrature à qui il a accordé le pouvoir d’examiner les renseignements secrets en matière de sécurité ou de criminalité, de recueillir des éléments de preuve, de permettre la divulgation d’éléments à l’intéressé dans le but de lui permettre d’être «suffisamment informé», et de donner à l’intéressé «la possibilité d’être entendu». À mon avis, l’analyse contextuelle confirme que les principes de justice fondamentale ont été respectés dans la procédure conçue par le législateur fédéral à l’article 40.1 de la *Loi sur l’immigration*.

[106] Dans l’arrêt *Ruby*, précité, qui portait sur la sécurité nationale et sur l’audience en l’absence de la personne concernée et de son avocat prévue au paragraphe 51(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21 et sur l’article 7 de la Charte, la juge Arbour a validé au nom de la Cour ce type d’audience au paragraphe 51:

Dans la présente affaire, vu le cadre législatif applicable, la portée restreinte de la question constitutionnelle soulevée par

and exceptional state and social interest in the protection of information involved, I find that the mandatory *ex parte* and *in camera* provisions do not fall below the level of fairness required by s. 7.

[107] I have come to the same conclusion. The procedure established by sections 76 to 85 of the IRPA complies with the principles of fundamental justice referred to in section 7 of the Charter.

Is the designated judge independent and/or impartial?

[108] In addition to submitting that sections 76 to 85 of the IRPA do not comply with the principles of fundamental justice guaranteed by section 7 of the Charter, Mr. Charkaoui's counsel argue that the designated judge is not independent and impartial because the role assigned to the designated judge violates the right to a fair trial.

[109] Mr. Charkaoui's counsel reason as follows. It is the Ministers, not the designated judge, who issue the decision rendering the person concerned inadmissible. The designated judge merely reviews that decision and, rather than applying the preponderance of evidence standard, the designated judge must apply the reasonableness standard when reviewing the certificate (subsections 80(1) and (2) of the IRPA) and the "reasonable grounds to believe" standard when reviewing the continued detention (section 33 and subsection 82(1) of the IRPA). In addition, the functions of the designated judge give rise to bias or at least the appearance of bias: the designated judge conducts hearings in the presence of the Ministers' representatives but in the absence of the person concerned and his representatives; does not disclose the security or criminal intelligence, but reasonably informs the person concerned; and then makes a final decision that takes the protected information into account.

[110] As mentioned, Parliament has opted for a procedure that begins with a decision made by two Ministers who are of the opinion that the person concerned should be inadmissible on one or more grounds contemplated in sections 34 to 42 of the IRPA.

l'appelant, de même que l'intérêt à la fois important et exceptionnel de l'État et de la société dans la protection des renseignements concernés, j'estime que les dispositions impératives requérant la tenue d'audience à huis clos et *ex parte* respectent l'obligation d'équité découlant de l'art. 7 de la Charte.

[107] J'en arrive à la même conclusion. La procédure prévue aux articles 76 à 85 de la LIPR respecte les principes de justice fondamentale auxquels il est fait référence à l'article 7 de la Charte.

Le juge désigné est-il indépendant et/ou impartial?

[108] En plus d'affirmer que les articles 76 à 85 de la LIPR ne respectent pas les principes de justice fondamentale garantis par l'article 7 de la Charte, les avocats de M. Charkaoui argumentent que le juge désigné n'est pas indépendant et impartial car le rôle attribué à celui-ci fait en sorte que le droit à un procès équitable est brimé.

[109] Le raisonnement des avocats de M. Charkaoui s'articule comme suit. La décision d'interdire de territoire la personne concernée n'est pas celle du juge désigné mais plutôt celle des ministres. Le juge désigné ne fait que réviser la décision et cela, non pas selon la prépondérance de la preuve mais selon la norme du «caractère raisonnable» pour le certificat (paragraphe 80(1) et (2) de la LIPR) et selon la norme des «motifs raisonnables de croire» pour ce qui est du maintien de la détention (article 33 et paragraphe 82(1) de la LIPR). Par ailleurs, les fonctions qu'exercent le juge font en sorte qu'il est partial ou, à tout le moins, qu'il semble partial: il préside des audiences en présence des représentants des ministres mais en l'absence de la personne concernée et de ses représentants, il ne dévoile pas les renseignements en matière de sécurité ou de criminalité mais informe suffisamment la personne concernée, puis il prend sa décision finale en tenant compte des renseignements protégés.

[110] Tel que mentionné, le législateur a opté pour une procédure qui débute avec une décision prise par deux ministres qui sont d'avis que la personne concernée doit se voir interdire le territoire pour un ou plusieurs des motifs prévus aux articles 34 à 42 de la LIPR. Une fois

Once the certificate is filed in the Federal Court, the designated judge becomes involved and commences the review of the ministerial decision. As long as the designated judge has not ruled on the reasonableness of the certificate, the person concerned cannot be made inadmissible, with all the consequences inadmissibility entails (subsection 77(2) and section 81 of the IRPA). In summary, the ministerial decision concerning the certificate is of no effect unless and until the designated judge validates it.

[111] As for the decision regarding detention, which we will revisit later in greater detail, the designated judge intervenes to review the detention no later than 48 hours after it began (subsection 83(1) of the IRPA); the designated judge reassesses the need for continued detention at least every six months and at any time upon request (subsection 83(2) of the IRPA) and gives the person concerned an opportunity to be heard (subsection 83(1) and section 78 of the IRPA). The role of designated judge is decisive, just as it was with regard to the certificate seeking inadmissibility, since the judge either validates or invalidates the detention.

[112] It is true that the decision regarding the inadmissibility of the person concerned is made by the Ministers, not the judiciary, but I do not believe that this imperils the independence of the designated judge. The executive and the judiciary each play a specific role, which Parliament has defined well.

[113] In the areas of security and immigration, no one is better placed than the executive, specifically the Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada, to make decisions resulting in inadmissibility. Nevertheless, the judiciary plays a decisive role at every stage in the process, and it is the judiciary that affirms or sets aside the certificate. By way of example, *Smith v. Canada*, [1991] 3 F.C. 3 (T.D.) and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Jaballah*, [1999] F.C.J. No. 1681 (T.D.) (QL) are two decisions in which Cullen J. set aside certificates signed by the Minister under the former Act.

[114] In *Suresh, supra*, at paragraph 38, the Court examined the standard applicable to the review of a ministerial decision:

que le certificat est déposé à la Cour fédérale, le juge désigné entre en scène et débute la révision de la décision ministérielle. Tant que le juge désigné ne s'est pas prononcé sur le caractère raisonnable du certificat, la personne concernée ne peut être interdite de territoire, avec toutes les conséquences que cela comporte (paragraphe 77(2) et article 81 de la LIPR). En somme, la décision ministérielle concernant le certificat n'a aucun effet tant que le juge désigné ne la valide pas.

[111] En ce qui a trait à la décision sur la détention qui sera étudiée en détail plus loin, le juge désigné intervient pour effectuer le contrôle de la détention dans les 48 heures suivant le début de celle-ci (paragraphe 83(1) de la LIPR), il réévalue la nécessité de maintenir la détention au moins tous les six mois et à tout moment sur demande (paragraphe 83(2) de la LIPR) et il donne à la personne concernée la possibilité d'être entendue (paragraphe 83(1) et article 78 de la LIPR). Comme c'était le cas pour la question du certificat visant l'interdiction de territoire, le juge désigné joue un rôle déterminant puisqu'il valide ou invalide la détention.

[112] Il est vrai que la décision d'interdire de territoire la personne concernée est celle des ministres et non du judiciaire, mais je ne crois pas que ceci mette en péril l'indépendance du juge désigné. L'exécutif et le judiciaire jouent chacun un rôle précis qui est bien défini par le législateur.

[113] Dans le domaine de la sécurité et de l'immigration, nul n'est mieux placé que l'exécutif, soit le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada, pour prendre des décisions ayant pour conséquence l'interdiction de territoire. Il n'en reste pas moins que le judiciaire joue un rôle déterminant à toutes les étapes de la procédure, et c'est lui qui confirme ou annule le certificat. À titre d'exemple, *Smith c. Canada*, [1991] 3 C.F. 3 (1^{re} inst.) et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Jaballah*, [1999] A.C.F. n° 1681 (1^{re} inst.) (QL) sont deux décisions où le juge Cullen a annulé des certificats signés par le ministre sous le régime de l'ancienne Loi.

[114] Dans l'arrêt *Suresh*, précité, au paragraphe 38, la Cour examine la norme applicable à la révision d'une décision ministérielle:

This standard appropriately reflects the different obligations of Parliament, the Minister and the reviewing court. Parliament's task is to establish the criteria and procedures governing deportation, within the limits of the Constitution. The Minister's task is to make a decision that conforms to Parliament's criteria and procedures as well as the Constitution. The court's task, if called upon to review the Minister's decision, is to determine whether the Minister has exercised her decision-making power within the constraints imposed by Parliament's legislation and the Constitution.

[115] In drafting section 33 and sections 76 to 85 of the IRPA as it did, Parliament has clearly chosen to give the Ministers the responsibility to decide whether the certificate and the arrest warrant with detention are necessary, and to give the designated judge the responsibility to review such decisions. I do not see how the independence of the judiciary has been violated by Parliament empowering the Ministers to make a decision regarding the admissibility of a permanent resident on grounds of security, and by its subjecting this decision to review by a designated judge. In my opinion, by conferring this responsibility on the designated judge, Parliament is expressly recognizing the independence of the judiciary.

[116] Mr. Charkaoui's counsel further submit that the designated judge is not impartial. On the one hand, the designated judge presides over a hearing in the presence of the Ministers' representatives but in the absence of the person concerned and his representatives; the judge does not disclose the information that is considered protected, and issues only a summary reasonably informing the person concerned of the circumstances giving rise to the certificate and the continued detention. On the other hand, the designated judge, in making his decision, considers all of the evidence, including information that is not disclosed to the person concerned. Counsel contend that this situation cannot be reconciled with the principles of fundamental justice protected by section 7 of the Charter. They rely, *inter alia*, on the decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias*, [1997] 3 S.C.R. 391.

[117] While I have already addressed the following points, I believe it is important to mention them again.

Cette norme tient dûment compte des diverses obligations du Parlement, du ministre et du tribunal de révision. Le Parlement a pour tâche d'établir, conformément aux limites fixées par la Constitution, les critères et procédures applicables en matière d'expulsion. Le ministre doit rendre une décision conforme à la fois à la Constitution et aux critères et procédures établis par le Parlement. Enfin, le rôle du tribunal appelé à contrôler la décision du ministre consiste à déterminer si celui-ci a exercé son pouvoir discrétionnaire conformément aux limites imposées par les lois du Parlement et la Constitution.

[115] En rédigeant les articles 33 et 76 à 85 de la LIPR comme il l'a fait, le législateur a clairement choisi, d'une part, de donner aux ministres la responsabilité de décider de la nécessité du certificat et du mandat d'arrestation en vue de la détention et, d'autre part, d'attribuer au juge désigné la responsabilité d'effectuer le contrôle de ces décisions. Je ne vois pas en quoi le fait que le législateur attribue aux ministres la compétence de prendre une décision concernant l'interdiction de territoire d'un résident permanent pour raison de sécurité et qu'il assujettisse cette décision au contrôle d'un juge désigné brime l'indépendance du judiciaire. À mon avis, en attribuant une telle responsabilité au juge désigné, le législateur reconnaît expressément l'indépendance du judiciaire.

[116] L'autre volet de l'argument des avocats de M. Charkaoui consiste à dire que le juge désigné n'est pas impartial. D'un côté, on a le juge désigné qui préside une audience en présence des représentants des ministres mais en l'absence de la personne concernée et de ses représentants, qui ne divulgue pas les renseignements considérés protégés et qui ne remet qu'un résumé informant suffisamment la personne concernée des circonstances servant de fondement au certificat et au maintien de la détention. De l'autre côté, on a le juge désigné qui prend sa décision en tenant compte de tous les éléments de la preuve, y compris des renseignements non communiqués à la personne concernée. Les avocats prétendent qu'il s'agit là d'une situation irréconciliable avec les principes de justice fondamentale protégés par l'article 7 de la Charte. Ils s'appuient entre autres sur l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias*, [1997] 3 R.C.S. 391.

[117] Bien que j'ai déjà abordé les points qui suivent, j'estime important de les mentionner de nouveau. Le

This is a matter of national importance and the issues it raises include the protection of national security. To protect national security, and ensure that the decisions and the process leading up to them are legitimate, Parliament has called on the judiciary. It has done so in order to ensure that the security and criminal intelligence information is protected, and that the person concerned is sufficiently informed and has the opportunity to be heard.

[118] In order to carry out this role properly, the designated judge must have thorough knowledge of the case. This enables the designated judge to distinguish between the information that can be disclosed and the information that cannot. The designated judge must prepare a summary that excludes protected information, but enables the person concerned to be reasonably informed both during the hearing and when the information is reviewed in his and his representatives' absence. The designated judge "must nevertheless be curious, concerned by what is advanced, and maintain a sceptical attitude with the objective of conducting a critical review of the facts. He must verify the human, technical and documentary sources, their reliability and the truth of what they may relate. To the degree possible, the information must come from more than one source and must not be subject to an imprecise interpretation. Moreover, the designated judge may examine witnesses who can shed light on the protected information and documents. Where necessary, he may question their interpretation of the facts and verify whether there are not other possible interpretations that might tend to favour the respondent. In a word, the designated judge must seriously test the protected documentation and information. This is a demanding role, which must be fully performed given the interests at stake." (*Charkaoui, supra*, at paragraph 44, my order dated July 15, 2003, concerning the warrant of arrest, the detention and the review of the reasons for continued detention pursuant to subsections 82(1), 83(1) and 83(3) of the IRPA.)

[119] An informed observer could not conclude that the tasks described above cause the designated judge to be biased. On the contrary, given the opposing interests at stake, the role of the designated judge is essential for

présent dossier soulève notamment la question de la protection de la sécurité nationale et présente un intérêt national. Dans le but de protéger la sécurité nationale et d'assurer la légitimité de la procédure menant aux décisions ainsi qu'aux décisions elles-mêmes, le législateur canadien fait intervenir le judiciaire. Il le fait pour s'assurer que les renseignements en matière de sécurité ou de criminalité sont protégés, que la personne concernée reçoit suffisamment de renseignements et que cette dernière a la possibilité d'être entendue.

[118] Pour bien remplir son rôle, le juge désigné doit avoir une très bonne connaissance du dossier. Cette connaissance lui permet de distinguer les renseignements qui peuvent être communiqués de ceux qui ne peuvent l'être. Il doit faire un résumé excluant les renseignements protégés, résumé qui permettra à la personne concernée d'être suffisamment informée lors des audiences et lors de l'examen des renseignements qui ont lieu en son absence et en l'absence de ses représentants. Le juge désigné «doit tout de même être curieux, préoccupé par ce qui est avancé et être d'un scepticisme ayant comme objectif de faire un examen critique des faits. Il doit vérifier les sources tant humaines, techniques que documentaires, leur fiabilité et la véracité de ce qu'elles peuvent rapporter. Dans la mesure du possible, l'information doit provenir de plus d'une source et ne doit pas être sujette à une interprétation imprécise. De plus, le juge désigné peut interroger les témoins pouvant apporter un éclairage sur l'information et les documents protégés. Il peut, le cas échéant, questionner leur interprétation des faits et vérifier s'il n'y a pas d'autres possibilités d'interprétation pouvant jouer en faveur de l'intimé. En un mot, le juge désigné doit tester sérieusement la documentation et l'information protégées. C'est un rôle exigeant qui doit être assumé pleinement étant donné les enjeux.» (*Charkaoui (Re)*, précité, au paragraphe 44, ordonnance du soussigné datée du 15 juillet 2003 concernant le mandat d'arrestation et la mise en détention ainsi que le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention en vertu des paragraphes 82(1), 83(1) et 83(3) de la LIPR.)

[119] Un observateur informé ne saurait conclure que les tâches décrites ci-dessus engendrent un parti pris chez le juge désigné. Au contraire, compte tenu des intérêts opposés qui sont en jeu, le rôle du juge désigné est

the person concerned. Without the involvement of the designated judge, a person concerned could find himself in a much worse situation than the one the IRPA contemplates. Are more appropriate procedures truly conceivable?

[120] Clearly, the state will always protect its security and the instruments required for such protection. Persons concerned will not have access to security and criminal intelligence, but the state will pursue and attempt by all legitimate means at its disposal to eliminate the threat posed by persons concerned who are strongly linked to dangers to national security (subsection 34(1) of the IRPA). What is the appropriate balance between these opposing interests? Does the answer not reside in the designated judge's role as the cornerstone of the procedure established by Parliament?

[121] The role of the designated judge cannot give rise to bias in favour of the state. The judge's involvement in the decision regarding the certificate and the continued detention addresses, to a considerable extent, the interests of the person concerned.

[122] I am therefore of the opinion that the role assigned to the designated judge under sections 33 and 76 to 85 of the IRPA does not create a reasonable apprehension of bias. This is what McGillis J. said on the subject in *Ahani*, *supra*, at page 696:

Counsel for the plaintiff further submitted that the nature of the process created by section 40.1 of the *Immigration Act* creates a reasonable apprehension of bias on the part of the designated judge who conducts the *in camera* hearing. I cannot accept this submission. In my opinion, nothing in the procedure prescribed in section 40.1 of the *Immigration Act* raises a reasonable apprehension of bias on the part of the designated judge. To the extent that the submission of counsel for the plaintiff is founded on the assertion that the participation of a designated judge in an *in camera* hearing compromises his impartiality, I note that in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, *supra*, the Supreme Court of Canada held that the Security Intelligence Review Committee Rules, which permitted the discretionary exclusion of one or more parties during evidence or representations, did not violate the principles of fundamental justice.

essentiel pour la personne concernée. Sans la participation active du juge désigné, la personne concernée pourrait se retrouver dans une situation bien pire que celle prévue par la LIPR. Peut-on vraiment envisager des procédures qui seraient plus appropriées?

[120] Il est clair que l'État protégera toujours sa sécurité et les instruments nécessaires à cette fin. La personne concernée n'aura pas accès aux renseignements en matière de sécurité ou de criminalité, mais l'État poursuivra et tentera par tous les moyens légitimes possibles de neutraliser les personnes concernées qui sont associées de façon importante à un danger pour la sécurité nationale (paragraphe 34(1) de la LIPR). Où est le juste équilibre entre ces intérêts opposés? La réponse ne se trouve-t-elle pas dans le rôle du juge désigné comme pierre angulaire de la procédure établie par le législateur?

[121] Le rôle du juge désigné ne peut faire en sorte qu'il ait un parti pris en faveur de l'État. La participation du juge aux décisions sur le certificat et sur le maintien en détention répond en grande partie aux intérêts de la personne concernée.

[122] Je suis donc d'avis que le rôle attribué au juge désigné sous le régime des articles 33 et 76 à 85 de la LIPR ne suscite pas une crainte raisonnable de partialité. Voici ce que la juge McGillis dit à ce sujet dans l'arrêt *Ahani*, précité, à la page 696:

L'avocat du demandeur soutient en outre que la nature du processus créé par l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration* suscite une crainte raisonnable de parti pris de la part du juge délégué qui tient l'enquête à huis clos. Je ne puis accepter cet argument. À mon avis, il n'y a rien dans la procédure prescrite par l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration* qui suscite une crainte raisonnable de parti pris de la part du juge délégué qui tient l'enquête à huis clos. Dans la mesure où le moyen invoqué par l'avocat du demandeur repose sur l'assertion que la participation d'un juge délégué à une audience à huis clos compromet son impartialité, je signale que, dans l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, la Cour suprême du Canada a statué que les Règles du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, qui permettaient l'exclusion discrétionnaire d'une ou de plusieurs parties au cours des témoignages ou de la présentation des observations, ne violaient pas les principes de justice fondamentale.

In the case at bar, the role of the designated judge described in section 78 of the IRPA complies with the principles of fundamental justice, section 7 of the Charter, and sections 1 and 2 of the *Canadian Bill of Rights*.

[123] Before concluding the analysis on this point, it would be helpful to distinguish the facts of this case from those discussed in *Tobiass, supra*. Here, the designated judge is not acting on his own initiative in the absence of any procedure under the IRPA. He must ensure that the hearing conducted in the absence of the person concerned, and of his counsel, complies with the IRPA. Under section 78 of the IRPA, a judge, in acceding to the Ministers' request for a hearing, must give counsel for the person concerned enough information to enable counsel to state their position. Based on my analysis of *Tobiass, supra*, I have concluded that the structure of the proceedings under the IRPA has no "air of impropriety" but rather, is an exceptional measure that Parliament has expressly established in order to strike a fair balance between the protection of Canada's national security and the protection of the rights of the person concerned. Thus, in my opinion, a reasonable and informed observer would conclude that the provisions of the IRPA that govern this type of hearing, involving national security, do not compromise the independence and impartiality of the judiciary.

"Reasonableness" and "reasonable grounds to believe": appropriate standards of proof?

[124] Mr. Charkaoui's counsel contend that the independence of the judiciary is undermined because, instead of a preponderance of evidence standard, the applicable standards are the "reasonableness" of the certificate and the "reasonable grounds to believe" leading to continued detention (section 33 and subsections 82(1), 80(1) and 80(2) of the IRPA). Counsel submit that these standards tie the designated judge's hands by preventing a ruling on the merits of the matter.

[125] With respect, I believe that a designated judge assessing the reasonableness of a certificate or the

Dans le cas en l'espèce, le rôle du juge désigné décrit à l'article 78 de la LIPR respecte les principes de justice fondamentale, l'article 7 de la Charte, ainsi que l'article premier et l'article 2 de la Déclaration canadienne.

[123] Avant de conclure l'analyse de ce volet, il convient de distinguer les faits dans la présente affaire de ceux soulevés dans l'affaire *Tobiass*, précitée. En l'espèce, le juge désigné n'agit pas de son propre chef en l'absence de toute procédure prévue par la LIPR. Il doit s'assurer que l'audience en l'absence de la personne concernée et de son avocat est conforme à la LIPR. L'article 78 de la LIPR prévoit que le juge doit, en acquiesçant à la demande des ministres de tenir une audience, accorder aux avocats de la personne concernée suffisamment de renseignements pour que ceux-ci puissent avoir la possibilité de présenter leur point de vue. Mon analyse de l'arrêt *Tobiass*, précité, me mène à conclure que la démarche prévue par la LIPR concernant les procès n'est pas «revêtu d'une apparence d'irrégularité» mais est plutôt une mesure exceptionnelle que le législateur a expressément prévue afin d'assurer un juste équilibre entre la protection de la sécurité nationale du Canada et la protection des droits de la personne concernée. Je suis donc d'avis qu'un observateur raisonnable et informé conclurait que les dispositions de la LIPR gouvernant ce type d'audience dans le contexte de la sécurité nationale ne compromettent pas l'indépendance et l'impartialité du judiciaire.

«Caractère raisonnable» et «motifs raisonnables de croire»: normes de preuve appropriées?

[124] Les avocats de M. Charkaoui prétendent que l'indépendance du judiciaire est minée du fait que les normes de preuve prévues ne sont pas la prépondérance de la preuve mais plutôt le «caractère raisonnable» du certificat et les «motifs raisonnables de croire» qui mènent au maintien de la détention (article 33 et paragraphes 82(1), 80(1) et 80(2) de la LIPR). Selon eux, ces normes lient les mains du juge désigné car il ne peut donc se prononcer sur le fond de la question.

[125] Avec égards, j'estime que la situation dans laquelle le juge désigné se trouve lorsqu'il détermine le

necessity of continued detention could well be in a more advantageous position than the Ministers are in when they make the initial decisions. In addition to examining the information that the Ministers had when they made their decisions, the designated judge has access to any other evidence (paragraphs 78(d) and 78(e) of the IRPA), can hear and see witnesses called by the Ministers and the person concerned, can examine additional documentation that might even be unfavourable to the Ministers' case (*Ruby, supra*) and can hear each party's arguments at the hearing. At the request of a party, the designated judge can even receive into evidence anything he believes is appropriate, even if normally inadmissible, and may base the decision on that evidence (paragraph 78(j) of the IRPA). In short, depending on the evidence tendered, a designated judge may be in a better position than the Ministers were in when they made their decisions.

[126] Parliament has chosen standards other than the preponderance of evidence standard because this is what national security demands. Cases involving national security must be approached differently from others. In this case, the security of Canada, the safety of its citizens and the protection of its democratic system are at stake. The state must therefore use extraordinary methods of protection and inquiry, as illustrated by the schemes established by the *Canadian Security Intelligence Service Act* and other statutes. Situations and entities that pose a threat to national security are often difficult to detect and are designed to strike where society is most vulnerable. Attacks against national security can have tragic consequences. People who pose a danger to national security are often on a "mission" for which they are prepared to die. They are difficult to identify and their borderless networks are often difficult to infiltrate. They strike when least expected. Where national security is involved, we must do everything possible to avert catastrophe. The emphasis must be on prevention. After all, the security of the state and the public are at stake. Once certain acts are perpetrated, it could be too late. In my opinion, national security is such an important interest that its protection warrants the use of standards other than the preponderance of evidence standard. Having said this, we will see that the "reasonableness"

caractère raisonnable du certificat ou la nécessité de maintenir la détention peut s'avérer plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les ministres lorsqu'ils prennent les décisions initiales. Le juge désigné a l'avantage d'avoir examiné les renseignements que les ministres possédaient lors de leurs décisions tout en ayant la possibilité d'obtenir des renseignements supplémentaires (alinéas 78d) et 78e) de la LIPR), d'entendre et de voir les témoins produits par les ministres et par la personne concernée, d'avoir de la documentation additionnelle qui peut même être défavorable à la thèse des ministres (arrêt *Ruby*, précité) et d'entendre les arguments de chacune des parties lors de l'audience. À la demande de l'une des parties, le juge désigné peut même admettre en preuve tout élément normalement inadmissible qu'il juge utile et prendre en considération ces éléments dans sa décision (alinéa 78j) de la LIPR). Bref, selon la preuve présentée, le juge désigné peut se trouver dans une meilleure position que les ministres lorsqu'ils ont pris leurs décisions.

[126] Le législateur a choisi des normes autres que la prépondérance de la preuve parce que c'est ce que requiert la protection de la sécurité nationale. La façon dont doivent être abordées les questions liées à la sécurité nationale diffère de l'approche que l'on adopte face aux autres litiges de tous les jours. En l'espèce, les enjeux sont la sécurité de l'État et celle de ses citoyens, ainsi que la protection de notre système démocratique. L'État doit donc utiliser des moyens de protection et d'enquête qui sont hors de l'ordinaire, comme le démontre les régimes institués notamment en vertu de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*. Les situations et les entités qui menacent la sécurité nationale sont souvent difficilement détectables et ont pour objectif de frapper là où la société est la plus vulnérable. Les attentats à la sécurité nationale peuvent avoir des conséquences tragiques. Les personnes qui constituent une menace à la sécurité nationale ont souvent une «mission» pour laquelle elles sont prêtes à se sacrifier, elles sont difficilement identifiables et les réseaux sans frontière dont elles font partie sont très difficiles à percer. Elles frappent à des moments où on s'en attend le moins. Dans le domaine de la sécurité nationale, on doit tout faire pour tenter d'éviter la catastrophe. L'accent doit être mis sur la prévention. En effet, ce qui est en jeu, c'est notamment la sécurité de

and “reasonable grounds to believe” standards comport requirements that come close to the preponderance of evidence standard.

[127] The “reasonable grounds to believe” standard, as it applies to immigration matters, was defined by the Federal Court of Appeal in *Attorney General of Canada v. Jolly*, [1975] F.C. 216 (C.A.), at pages 225-226:

But where the fact to be ascertained on the evidence is whether there are reasonable grounds for such a belief, rather than the existence of the fact itself, it seems to me that to require proof of the fact itself and proceed to determine whether it has been established is to demand the proof of a different fact from that required to be ascertained. It seems to me that the use by the statute of the expression “reasonable grounds for believing” implies that the fact itself need not be established and that evidence which falls short of proving the subversive character of the organization will be sufficient if it is enough to show reasonable grounds for believing that the organization is one that advocates subversion by force, etc. In a close case the failure to observe this distinction and to resolve the precise question dictated by the statutory wording can account for a difference in the result of an inquiry or an appeal.

[128] These standards do not require that the designated judge seek proof of the existence of the facts. Rather, they require that the judge analyse the evidence as a whole and determine whether it provides reasonable grounds to believe there are reasons justifying the inadmissibility, arrest warrant and continued detention. While the preponderance of the evidence is not the standard, there must nevertheless be a serious possibility that the facts exist based on reliable, credible evidence. In *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297 (C.A.), at paragraph 60, the standards contemplated in the IRPA are compared to the preponderance of evidence standard:

As for whether there were “reasonable grounds” for the officer’s belief, I agree with the Trial Judge’s definition of “reasonable grounds” (*supra*, at paragraph 27, page 658) as a

l’État et de sa population. Une fois certains gestes posés, il peut être trop tard. L’importance de l’intérêt en jeu, soit la sécurité nationale, me semble justifier le recours à des normes autres que la prépondérance de la preuve. Cela dit, comme nous le verrons, les normes du «caractère raisonnable» et des «motifs raisonnables de croire» comportent des exigences qui se rapprochent de la norme de la prépondérance de la preuve.

[127] En matière d’immigration, la norme des «motifs raisonnables de croire» a été définie par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Le procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] C.F. 216 (C.A.), aux pages 225 et 226:

[...] lorsque la preuve a pour but d’établir s’il y a raisonnablement lieu de croire que le fait existe et non d’établir l’existence du fait lui-même, il me semble qu’exiger la preuve du fait lui-même et en arriver à déterminer s’il a été établi, revient à demander la preuve d’un fait différent de celui qu’il faut établir. Il me semble aussi que l’emploi dans la loi de l’expression «il y a raisonnablement lieu de croire» implique que le fait lui-même n’a pas besoin d’être établi et que la preuve qui ne parvient pas à établir le caractère subversif de l’organisation sera suffisante si elle démontre qu’il y a raisonnablement lieu de croire que cette organisation précise le renversement par la force, etc. Dans une affaire dont la solution est incertaine, l’omission de faire cette distinction et de trancher la question précise dictée par le libellé de la loi peut expliquer la différence dans les résultats d’une enquête ou d’un appel.

[128] Ces normes n’exigent pas que le juge désigné recherche la preuve de l’existence des faits mais plutôt qu’il analyse l’ensemble de la preuve en se demandant si celle-ci permet d’avoir une croyance raisonnable qu’il existe des motifs justifiant l’interdiction de territoire, le mandat d’arrestation et le maintien de la détention. Bien que les normes ne soient pas la prépondérance de la preuve, il doit tout de même exister à la lumière d’éléments fiables et fondés, une possibilité sérieuse que ces faits existent. Dans l’arrêt *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.), au paragraphe 60, les normes prévues dans la LIPR sont comparés avec la prépondérance de la preuve:

Quant à savoir s’il existait des «motifs raisonnables» étayant la croyance de l’agent, je souscris à la définition que le juge de première instance donne à l’expression «motifs

standard of proof that, while falling short of a balance of probabilities, nonetheless connotes “a *bona fide* belief in a serious possibility based on credible evidence.” See *Attorney General of Canada v. Jolly*, [1975] F.C. 216 (C.A.).

[129] Although the British approach to national security and its associated standard of review differ somewhat from that of Canada’s Parliament, it is interesting to note that both Britain’s Parliament and courts question the applicable standard. In *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.), Lord Steyn writes as follows at paragraph 29:

Counsel for the appellant submitted that the civil standard of proof is applicable to the Secretary of State and to the Commission. This argument necessarily involves the proposition that even if the Secretary of State is fully entitled to be satisfied on the materials before him that the person concerned may be a real threat to national security, the Secretary of State may not deport him. That cannot be right. The task of the Secretary of State is to evaluate risks in respect of the interests of national security. Lord Woolf expressed the point with precision as follows, at p. 1254, para. 44:

“in any national security case the Secretary of State is entitled to make a decision to deport not only on the basis that the individual has in fact endangered national security but that he is a danger to national security. When the case is being put in this way, it is necessary not to look only at the individual allegations and ask whether they have been proved. It is also necessary to examine the case as a whole against an individual and then ask whether on a global approach that individual is a danger to national security, taking into account the executive’s policy with regard to national security. When this is done, the cumulative effect may establish that the individual is to be treated as a danger, although it cannot be proved to a high degree of probability that he has performed any individual act which would justify this conclusion. Here it is important to remember that the individual is still subject to immigration control. He is not in the same position as a British citizen. He has not been charged with a specific criminal offence. It is the danger which he constitutes to national security which is to be balanced against his own personal interests.”

raisonnables» (affaire précitée, paragraphe 27, page 658). Il s’agit d’une norme de preuve qui, sans être une prépondérance des probabilités, suggère néanmoins «la croyance légitime à une possibilité sérieuse en raison de preuve digne de foi». Voir *Le procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] C.F. 216 (C.A.).

[129] Bien que le législateur britannique ait une approche partiellement différente du législateur canadien en ce qui a trait à la sécurité nationale et à la norme de contrôle applicable dans ce domaine, il est intéressant de remarquer que tant le Parlement que les tribunaux britanniques se questionnent quant à la norme applicable. Dans l’arrêt *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.), lord Steyn écrit ce qui suit au paragraphe 29:

[JE TRADUIS] L’avocat du demandeur a allégué que la norme civile de la prépondérance de la preuve devait s’appliquer au Secrétaire d’État et à la Commission. Cet argument implique nécessairement qu’en se fondant sur les matériaux devant lui, même si le Secrétaire d’État est pleinement satisfait que la personne concernée est un danger pour la sécurité nationale, le Secrétaire d’État ne serait pas en mesure de le faire déporter. Cela ne peut pas être correct. La tâche du Secrétaire d’État est d’évaluer les risques en matière de sécurité nationale. Lord Woolf s’est exprimé avec précision sur ce point à la p.1254, par. 44:

«dans n’importe quelle instance relevant de la sécurité nationale, le Secrétaire d’État a plein pouvoir de décision quant à l’ordre de déportation et ce, non seulement en se fondant sur le fait que l’individu ait en réalité mis en danger la sécurité nationale, mais qu’il constitue un danger à la sécurité nationale. De ce point de vue, il est nécessaire d’examiner non seulement les allégations individuelles et de se demander si la preuve en a été faite. Il est aussi nécessaire d’examiner l’affaire dans son ensemble et se demander, tout en tenant compte des politiques de l’Exécutif et en se fondant sur une approche globale [*global approach*], si cet individu est un danger pour la sécurité nationale. Lorsque cette démarche est suivie, l’effet cumulatif pourrait confirmer que l’individu doit être considéré un danger, même si ce n’était pas prouvé à un haut degré de probabilité qu’il avait commis un acte justifiant cette conclusion. Dans ce cas il est important de se rappeler que l’individu est toujours assujéti au contrôle d’immigration. Il n’est pas dans la même situation que le serait un citoyen britannique. Il n’a pas été accusé d’une infraction criminelle spécifique. C’est le danger qu’il constitue aux intérêts de la sécurité nationale qui doit être mis en équilibre avec les intérêts personnels de l’individu.»

The dynamics of the role of the Secretary of State, charged with the power and duty to consider deportation on grounds of national security, irresistibly supports this analysis.

[130] The “global approach” suggested by Lord Woolf and cited with approval by Lord Steyn is close to the “reasonableness” and “reasonable grounds to believe” standards in the immigration context. This lends further support to the application of those two standards.

[131] Contrary to what Mr. Charkaoui’s counsel submitted, I am of the opinion that when the designated judge applies the “reasonableness” and “reasonable grounds to believe” standards to a situation involving a permanent resident and national security, the judge is deciding the matter and is making a determination on the reasonableness of the certificate and the continued detention based on a review of the evidence.

[132] To summarize, in exercising the functions that Parliament has entrusted to them, designated judges are in compliance with the principle of judicial independence. I do not see how such functions could violate the principles of fundamental justice referred to in section 7 of the Charter.

(ii) Detention: sections 7, 9 and 12 and paragraph 11(e) of the Charter, section 2 of the Canadian Bill of Rights and sections 33 and 76 to 85 of the IRPA

[133] Mr. Charkaoui’s counsel argue that detention under sections 82, 83 and 85 of the IRPA violates sections 7, 9, 10, 12 and 15 and paragraph 11(e) of the Charter for the following reasons. First, the person concerned is not tried by an independent and impartial tribunal. Second, the procedure that is followed is in breach of the principles of fundamental justice. Third, the warrant of arrest is issued by the Ministers while it should be issued by the judiciary. Fourth, the continuation of the detention is based on the “reasonable grounds to believe” standard and not on the preponderance of evidence. Fifth, the person concerned has no right to be released. Finally, the person concerned is not held for just cause.

La dynamique du rôle du Secrétaire d’État, à qui est confié le pouvoir et le devoir de considérer la déportation pour raison de sécurité nationale, appuie cette analyse.

[130] L’«approche globale» suggérée par lord Woolf et reprise avec approbation par lord Steyn s’apparente aux normes du «caractère raisonnable» et des «motifs raisonnables de croire» dans le contexte de l’immigration. Ceci renforce l’application de ces deux normes.

[131] Contrairement à ce qui est argumenté par les avocats de M. Charkaoui, je suis d’opinion que lorsque le juge désigné applique les normes du «caractère raisonnable» et des «motifs raisonnables de croire» à une situation qui affecte un résident permanent ainsi que la sécurité nationale, il tranche les questions en litige et décide du caractère raisonnable du certificat et du maintien de la détention en tenant compte de son examen de la preuve.

[132] En somme, dans l’exercice des fonctions que le législateur lui a confiées, le juge désigné respecte le principe de l’indépendance judiciaire. Je ne vois pas en quoi de telles fonctions pourraient porter atteinte aux principes de justice fondamentale auxquels il est fait référence à l’article 7 de la Charte.

(ii) Détention: articles 7, 9, 12 et alinéa 11e) de la Charte, article 2 de la Déclaration canadienne et articles 33 et 76 à 85 de la LIPR

[133] Les avocats de M. Charkaoui prétendent que la détention prévue aux articles 82, 83 et 85 de la LIPR viole les articles 7, 9, 10, 12 et 15 et l’alinéa 11e) de la Charte pour les raisons suivantes. Premièrement, la personne concernée n’est pas jugée par un tribunal indépendant et impartial. Deuxièmement, la procédure suivie brime les principes de justice fondamentale. Ensuite, le mandat d’arrestation est lancé par les ministres alors qu’il devrait l’être par le judiciaire. Quatrièmement, le maintien de la détention est fondé sur la norme des «motifs raisonnables de croire» et non sur la prépondérance de la preuve. Cinquièmement, la personne concernée n’a pas le droit d’être libéré. En dernier lieu, la personne concernée n’est pas détenue pour une juste cause.

[134] I have already ruled on the first four points. To summarize, I held that the designated judge is an independent and impartial tribunal, that the procedure under sections 76 to 85 of the IRPA is consistent with the principles of fundamental justice, that an arrest warrant issued by the Ministers is acceptable in light of the respective objectives and roles of the executive and the judiciary established by Parliament, that the “reasonableness” and “reasonable grounds to believe” standards in subsections 82(1) and 83(1) of the IRPA are justified, given the need to protect national security and to comply with the objectives of the IRPA, and that the principles contained in sections 7 and 12 of the Charter have been complied with by Parliament. Only the last two points remain to be analysed.

[135] I begin the analysis of these two points by again drawing attention to certain observations and certain principles that are reflected in the IRPA. First, the Charter itself establishes a distinction between Canadian citizens and permanent residents. Second, the IRPA concedes certain rights to permanent residents. Third, a permanent resident’s sojourn in Canada is conditional on his not committing any acts or omissions that could lead to inadmissibility on such grounds as security, violations of human or international rights, or serious criminality (section 34 *et seq.* of the IRPA). Fourth, Parliament’s objective is to guarantee the security of Canadians and prohibit entry to persons who constitute a danger to security (paragraphs 3(1)(h) and (i) of the IRPA). Fifth, it is clear that Parliament wishes to protect national security while allowing a permanent resident who is associated with a danger to national security or to the safety of any person the possibility to be heard and to be sufficiently informed of what is alleged against him that he may respond to it. Sixth, the purpose of the arrest warrant and the continued detention is to monitor the danger to national security or the safety of any person and to ensure that the person concerned will not fail to appear at a proceeding or for removal. Continued detention is however subject to review every six months or at any other time authorized by the designated judge. Seventh, the designated judge can order the release of the person concerned and accompany such release with conditions such as the posting of a guarantee (section 85 and Division 6 of the IRPA).

[134] Je me suis déjà prononcé sur les quatre premiers points. En résumé, j’ai conclu que le juge désigné est un tribunal indépendant et impartial, que la procédure prévue aux articles 76 à 85 de la LIPR respecte les principes de justice fondamentale, que le fait que le mandat d’arrestation est lancé par les ministres est acceptable à la lumière des objectifs et des rôles respectifs de l’exécutif et du judiciaire établis par le législateur, que les normes du «caractère raisonnable» et des «motifs raisonnables de croire» prévues aux paragraphes 82(1) et 83(1) de la LIPR sont justifiées étant donné la nécessité de protéger la sécurité nationale et de respecter les objectifs de la LIPR, et que les principes contenus aux articles 7 et 12 de la Charte ont été respectés par le législateur. Il ne reste plus qu’à analyser les deux derniers points.

[135] Je débute l’analyse de ces deux points en soulignant de nouveau certaines constatations et certains principes reconnus par la LIPR. Premièrement, la Charte elle-même établit une distinction entre les citoyens canadiens et les résidents permanents. Deuxièmement, la LIPR reconnaît certains droits aux résidents permanents. Troisièmement, le séjour du résident permanent au Canada est conditionnel à ce qu’il ne commette pas d’actes ou d’omissions pouvant amener une interdiction de territoire pour des motifs notamment de sécurité, d’atteinte aux droits humains ou internationaux, ou de grande criminalité (article 34 et suivants de la LIPR). Quatrièmement, l’objectif du législateur est de garantir la sécurité des Canadiens et d’interdire de territoire les personnes concernées qui constituent un danger pour la sécurité (alinéas 3(1)h) et i) de la LIPR). Cinquièmement, il est clair que le législateur veut protéger la sécurité nationale tout en permettant au résident permanent associé à un danger pour la sécurité nationale ou pour celle d’autrui d’avoir la possibilité d’être entendu et d’être suffisamment informé de ce qu’on lui reproche de façon à ce qu’il puisse y répondre. Sixièmement, le but du mandat d’arrestation et du maintien en détention est de contrôler le danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d’autrui et pour veiller à ce que la personne concernée ne se soustrait pas à la procédure ou au renvoi. Le maintien de la détention fait toutefois l’objet d’un réexamen tous les six mois ou à tout autre moment autorisé par le juge désigné. Septièmement, le juge désigné a la possibilité d’accorder

[136] In the first place, with regard to detention, I would like to point out that this case does not pertain to the criminal law and that the standards applicable to that area of law are simply not relevant here. This matter involves immigration law, where we must take into account the objectives contemplated by Parliament and the undertakings made by the permanent resident when he decided to come and settle in Canada. This is not a case of punitive detention but rather, a preventive detention which may, upon application, be reviewed and set aside by the designated judge with or without conditions. Under subsections 40.1(7.1) and 40.1(8) of the former Act, the detention was automatic and not reviewable as long as no ruling had been made on the reasonableness of the certificate. It was subsequently provided that the detention could be reconsidered on the application of the person concerned, 120 days after the decision on the reasonableness of the certificate.

[137] In *Ahani*, *supra*, the Federal Court of Appeal comments, at page 184, on the context in which a refugee was detained under section 40.1 of the former Act:

As to the second proposition, we are of the view that the section 40.1 context is, in no way, akin to a criminal context. In a criminal law context, we have an individual charged with breaking the criminal law of the land who faces punishment if the state succeeds in overcoming his presumption of innocence. In a section 40.1 context, we have an alien who may lose the qualified right to stay in Canada that he gained by being given refugee status, but whose liberty will not then be otherwise impeded. The principles and policies underlining both contexts are obviously totally different, and the standards of procedural safeguards required to satisfy the *Charter* must necessarily differ. It is true that the filing of the certificate has the immediate unfortunate effect of leading to the arrest and detention of the person concerned, a fate normally reserved to criminals, and this is, no doubt, the most sensitive aspect of the scheme. It must not be forgotten, however, that this detention is not imposed as a punishment, nor is its sole function to assure the presence of the person. Rather, it is principally a means of providing preventive protection to the Canadian public. And, in view of the test for the issuance of the certificate, that is to say the reasoned opinion of two ministers

la mise en liberté de la personne concernée et d'y assortir des conditions comme la remise d'une garantie (articles 85 et la Section 6 de la LIPR).

[136] En premier lieu, pour ce qui est de la détention, j'aimerais souligner que la présente affaire ne relève pas du droit criminel et que les normes découlant de ce domaine de droit ne sont tout simplement pas applicables en l'espèce. Nous nous trouvons en droit de l'immigration, où il faut tenir compte des objectifs visés par le législateur et des engagements pris par le résident permanent lorsqu'il a décidé de venir s'établir au Canada. Il ne s'agit pas d'une détention punitive mais d'une détention préventive qui peut, sur demande, faire l'objet d'une révision et qui peut être annulée par le juge désigné avec ou sans conditions. En vertu des paragraphes 40.1(7.1) et 40.1(8) de l'ancienne Loi, la détention était automatique et non révisable tant qu'il n'avait pas été statué sur le caractère raisonnable du certificat. Par la suite, la détention pouvait être réexaminée, à la demande de la personne concernée, 120 jours après la décision sur le caractère raisonnable du certificat.

[137] Dans l'arrêt *Ahani*, précité, à la page 184, la Cour d'appel fédérale commente sur le contexte dans lequel s'inscrit la détention d'un réfugié prévue à l'article 40.1 de l'ancienne Loi:

Quant à la seconde proposition, nous estimons que le contexte de l'article 40.1 n'est nullement apparenté à un contexte criminel. Dans un contexte de droit criminel, nous avons un individu accusé d'avoir violé le droit criminel du pays et qui s'expose à des sanctions si l'État réussit à réfuter sa présomption d'innocence. Dans le contexte de l'article 40.1, nous nous trouvons devant un étranger qui peut perdre le droit restreint de demeurer au Canada qu'il a acquis en obtenant le statut de réfugié, mais dont la liberté ne sera pas par ailleurs entravée. Les principes et les politiques qui sous-tendent les deux contextes sont, à l'évidence, totalement différents, et les normes des sauvegardes procédurales requises pour satisfaire à la *Charte* doivent nécessairement différer. Certes, le dépôt de l'attestation a pour conséquence immédiate et fâcheuse de conduire à l'arrestation et à la détention de la personne concernée, sort normalement réservé aux criminels, et c'est indubitablement l'aspect le plus délicat de la disposition. Toutefois, il ne faut pas oublier que cette détention n'est pas imposée comme sanction, que sa seule fonction était d'assurer la présence de la personne. Il s'agit principalement là d'un moyen d'assurer une protection préventive au public canadien.

based on security information; in view of the fact that the scheme provides for the obligatory judicial scrutiny of the reasonableness of those opinions within an acceptably short period of time; in view, also, of the possibility given to the detained to put an end to the detention at any time by agreeing to leave the country; and in view, finally, of the type of prohibited class of individuals there are reasons to believe we are dealing with, that is to say individuals somehow associated with terrorism, it appears to us, as it appeared to the learned trial judge, that such preventive detention is not arbitrary, nor excessive.

[138] Although that judgment concerned refugees, the comments on detention are just as applicable to permanent residents.

[139] Furthermore, the IRPA provides that review of the reasons leading to the detention will begin within 48 hours following the detention and be held at least once every six months or at any time upon authorization of the designated judge, and that release is possible subject to certain guarantees.

[140] For all of these reasons, the system of preventive detention established by Parliament in the IRPA in regard to persons concerned who, in the opinion of the Ministers, represent a danger to national security or to the safety of any person, appear to me to be consistent with the spirit of the Charter, and I do not see how sections 82, 83 and 85 of the IRPA could be in breach of one or more Charter rights. The review of the detention within 48 hours, the further review, and the possibility of conditional release likewise support this conclusion. Finally, the fact that the judge must proceed expeditiously and that his decision may not be appealed is, in some cases, clearly to the advantage of the person concerned. Indeed, after a prompt hearing at the outcome of which the certificate is declared unreasonable and therefore invalid, the person concerned will be released automatically and definitively.

(iii) Equal treatment: section 15 of the Charter, paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* and sections 33, 77, 80, 81, 82, 83 and 85 of the IRPA

[141] In addition to the arguments pertaining to the principles of fundamental justice, the independence and

Et étant donné le critère de la délivrance de l'attestation, c'est-à-dire l'avis raisonné de deux ministres fondé sur les renseignements de sécurité, le fait que la disposition prévoit l'examen judiciaire obligatoire du caractère raisonnable de ces avis dans un délai assez bref, la possibilité donnée au détenu de mettre fin à la détention en tout temps en acceptant de quitter le pays, et étant donné, en dernier lieu, le type de la catégorie interdite d'individus auquel il y a lieu de croire que nous avons affaire, c'est-à-dire les individus associés au terrorisme d'une façon ou d'une autre, il nous semble que, comme dans le cas du juge de première instance, une telle détention préventive n'est ni arbitraire ni excessive.

[138] Bien que cet arrêt concerne les réfugiés, les propos relatifs à la détention s'appliquent tout autant aux résidents permanents.

[139] De plus, la LIPR prévoit le début du contrôle des motifs ayant mené à la détention dans les 48 heures suivant celle-ci et au moins une fois tous les six mois ou à tout autre moment, sur autorisation du juge désigné et la possibilité d'une libération moyennant certaines garanties.

[140] Pour toutes ces raisons, le système de détention préventive établi par le législateur dans la LIPR à l'égard de personnes concernées qui, aux yeux des ministres, représentent un danger pour la sécurité nationale ou pour celle d'autrui me semble conforme à l'esprit de la Charte et je ne vois pas en quoi les articles 82, 83 et 85 de la LIPR pourraient brimer un ou des droits protégés par la Charte. Le contrôle de la détention dans les 48 heures suivant celle-ci, le réexamen et la possibilité d'une mise en liberté sous conditions appuient également cette conclusion. Finalement, le fait que le juge doit procéder de façon expéditive et que sa décision est sans appel est, dans certains cas, nettement à l'avantage de la personne concernée. En effet, après une prompte audience à l'issue de laquelle le certificat est déclaré déraisonnable et donc invalide, une personne concernée est automatiquement libérée et cela, de façon définitive.

(iii) Traitement égal: article 15 de la Charte, article 1b) de la *Déclaration canadienne* et articles 33, 77, 80, 81, 82, 83 et 85 de la LIPR

[141] En plus des arguments relatifs aux principes de justice fondamentale, à l'indépendance et à l'impartialité

impartiality of the tribunal, and detention, Mr. Charkaoui's counsel state that sections 77, 80, 81, 82, 83 and 85 of the IRPA contravene the rights guaranteed by section 15 of the Charter "insofar as [the IRPA] denies the individual the right to have his rights defined by a fair trial before an independent and impartial tribunal, as opposed to the treatment of citizens and other immigrants who have the right, for example, to appear before the Immigration Division, which independently disposes of the Minister's section 44 IRPA report" (paragraph 9 of Mr. Charkaoui's memorandum dated October 17, 2002).

[142] Section 15 of the Charter, to which I will refer, provides:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* provides:

1. . . .

(b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

[143] I have already partially answered this argument when I found that the procedure under section 77 *et seq.* of the IRPA is fair because it balances opposing interests and that the very role of the designated judge makes that judge an independent and impartial tribunal. In the following paragraphs, I will analyse the argument of equal treatment before the law by comparing the procedure leading to a finding of inadmissibility by reason of a danger to national security or to the safety of any person with the procedure leading to a finding of inadmissibility for other reasons.

[144] Parliament has established two different procedures by which permanent residents can refute the reasons for inadmissibility. The procedure described in section 77 *et seq.* of the IRPA, which we have abundantly discussed, applies to situations in which the rationale for inadmissibility is based on security or

du tribunal, ainsi qu'à la détention, les avocats de M. Charkaoui affirment que les articles 77, 80, 81, 82, 83 et 85 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par l'article 15 de la Charte «dans la mesure où [la LIPR] nie à la personne le droit à un procès équitable pour la définition de ses droits par un tribunal indépendant et impartial, par opposition au traitement des citoyens et autres immigrants qui ont le droit par exemple de comparaître devant la section d'immigration qui dispose, en toute indépendance, des allégations du rapport article 44 de la LIPR du Ministre» (paragraphe 9 du mémoire de M. Charkaoui daté du 17 octobre 2002).

[142] L'article 15 de la Charte, auquel il sera fait référence, prévoit ce qui suit:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

L'alinéa 1b) de la Déclaration canadienne prévoit ce qui suit:

1. [. . .]

b) les droits de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

[143] J'ai déjà partiellement répondu à cet argument en concluant que la procédure prévue à l'article 77 et suivants de la LIPR est équitable puisqu'elle met en balance des intérêts opposés et que le rôle même du juge désigné fait de ce dernier un tribunal indépendant et impartial. Dans les prochains paragraphes, j'analyserai l'argument du traitement égal devant la loi en comparant la procédure menant à une interdiction de territoire en raison d'un danger pour la sécurité nationale et pour celle d'autrui et la procédure menant à une interdiction de territoire pour d'autres raisons.

[144] Le législateur a prévu deux procédures différentes pour permettre aux résidents permanents de réfuter les motifs de l'interdiction de territoire. La procédure décrite à l'article 77 et suivants de la LIPR, dont nous avons amplement discutée, s'applique aux situations où des renseignements en matière de sécurité

criminal intelligence. The procedure described in section 44 *et seq.* of the IRPA applies to situations in which a permanent resident is threatened with inadmissibility for reasons other than constituting a danger to national security or the safety of any person, and in which the evidence is not ascertained to be security or criminal intelligence. In such cases, the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board conducts an inquiry after the filing of a detailed report that has been disclosed to the permanent resident.

[145] Thus, Parliament has stated that the appropriate procedure may not be the same in all cases and that the choice of procedure must turn on the reasons for inadmissibility and the nature of the information on which it is based.

[146] Does this distinction contravene the equality of treatment guaranteed by section 15 of the Charter? To answer this question, one must ask oneself (1) what is the comparison group, and (2) which of the enumerated grounds in section 15 is at issue (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497).

[147] In relation to the comparison group, Mr. Charkaoui's counsel use the words "citizens and other immigrants" in their memorandum without any further explanation as to what comparison group they are referring to. No affidavit was filed to support the premise of this submission.

[148] Between which groups is there a purported inequality in violation of section 15 of the Charter? Is it between permanent residents threatened with inadmissibility for reasons based on protected information and permanent residents threatened with inadmissibility for reasons not based on protected information? Mr. Charkaoui's counsel remained silent on the matter. I am personally unable to conceive of other comparison groups and therefore assume, without deciding, that those are the groups being compared. The fact is that I understand very well why the inquiry and review procedure preceding the final determination on

ou de criminalité constituent le fondement des motifs de l'interdiction de territoire. La procédure décrite à l'article 44 et suivants de la LIPR s'applique quant à elle aux situations où un résident permanent se voit menacer d'interdiction de territoire pour des motifs autres que le fait de constituer un danger pour la sécurité nationale ou pour celle d'autrui et où les éléments de preuve ne sont pas reconnus comme étant des renseignements en matière de sécurité ou de criminalité. Dans un tel cas, la section de l'immigration de la Commission de l'immigration et de statut du réfugié effectue une enquête après le dépôt d'un rapport circonstancié qui a été communiqué au résident permanent.

[145] Le législateur a donc exprimé que la procédure à suivre ne peut être la même dans tous les cas et qu'elle doit être fonction des motifs de l'interdiction de territoire et de la nature des renseignements qui en sont le fondement.

[146] Une telle distinction porte-t-elle atteinte au traitement égal garanti par l'article 15 de la Charte? Pour répondre à cette question, il faut notamment se demander 1) quel est le groupe de comparaison et 2) quel est le motif énuméré à l'article 15 qui est cause (*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497).

[147] En ce qui a trait au groupe de comparaison, les avocats de M. Charkaoui utilisent dans leur mémoire les termes «citoyens et autres immigrants» sans toutefois préciser davantage à quel groupe de comparaison ils font référence. Aucun affidavit n'a été déposé pour appuyer la thèse de cet argument.

[148] Entre quels groupes se situe la prétendue inégalité qui porterait atteinte à l'article 15 de la Charte? Serait-ce entre les résidents permanents menacés d'interdiction de territoire pour des motifs fondés sur des renseignements protégés et les résidents permanents menacés d'interdiction de territoire pour des motifs non fondés sur des renseignements protégés? Les avocats de M. Charkaoui sont restés silencieux sur le sujet. Je ne puis moi-même concevoir d'autres groupes de comparaison et je tiens donc pour acquis, sans en décider, qu'il s'agit là des groupes qui sont comparés. Le fait est que je comprends fort bien pourquoi la procédure

the inadmissibility of permanent residents differs according to whether the reasons for inadmissibility are based on protected or unprotected information, and I do not see how the two procedures could give rise to unequal treatment.

[149] Furthermore Mr. Charkaoui's counsel have not indicated which of the enumerated grounds in section 15 of the Charter is at the origin of the alleged unequal treatment. I myself am hard pressed to find even one (*Gosselin v. Québec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429). A party making such an allegation must necessarily indicate the ground or grounds on which the unequal treatment is based (*Law, supra*, at paragraph 58).

[150] In addition to the absence of any comparison group or specific ground, I note that Canadian legislation provides for a distinct scheme which applies to all Canadians when protected information is at stake. The following statutes illustrate this: *Canadian Security Intelligence Service Act*, sections 2 and 21 *et seq.*; *Canada Evidence Act*, sections 38 and 38.15; *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, section 52 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 112]; *Charities Registration (Security Information) Act*, S.C. 2001, c. 41, section 3 (definition of "judge"); *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, subsections 83.05(11) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 5] and 462.48(9) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 42, s. 2]; *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17 [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 48], subsections 60.1(8) [as enacted *idem*, s. 72] and (9) [as enacted *idem*]; and *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, subsection 51(1).

[151] If, where protected information is at issue, Parliament has provided a distinct procedure that applies to all Canadians, why could it not do as much with regard to permanent residents?

d'enquête et de révision précédant la détermination finale quant à l'interdiction de territoire de résidents permanents diffère selon que des renseignements protégés ou des renseignements non protégés constituent le fondement des motifs de l'interdiction, et je ne vois pas en quoi ces deux procédures pourraient donner lieu à un traitement inégal.

[149] De plus, les avocats de M. Charkaoui ne m'ont pas indiqué lequel des motifs énumérés à l'article 15 de la Charte serait à l'origine du prétendu traitement inégal. J'ai moi-même de la difficulté à en cerner ne serait-ce qu'un seul (*Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429). Pour plaider un tel argument, il est essentiel que la partie qui l'allègue indique le ou les motifs constituant le fondement du traitement inégal (*Law*, précité, au paragraphe 58).

[150] En plus de l'absence de groupe de comparaison ainsi que d'un motif précis, je note que les lois canadiennes prévoient un régime distinct lorsque des renseignements protégés sont en jeu et ce, à l'égard de l'ensemble des Canadiens. Les lois suivantes en sont des exemples: *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, aux articles 2, 21 et suivants; *Loi sur la preuve au Canada*, aux articles 38 et 38.15; *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 à l'article 52 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 112]; *Loi sur l'enregistrement des organismes de bienfaisance (renseignements de sécurité)*, L.C. 2001, ch. 41, à l'article 3 (définition de «juge»); *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, aux paragraphes 83.05(11) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 5] et 462.48(9) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 42, art. 2]; *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch.17 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 48], aux paragraphes 60.1(8) [édicte, *idem*, art. 72] et (9) [édicte, *idem*]; et *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21 au paragraphe 51(1).

[151] Si le législateur canadien prévoit, lorsque des renseignements protégés sont en cause, une procédure distincte qui s'applique à tous les Canadiens, pourquoi ne pourrait-il pas en faire autant à l'égard des résidents permanents?

[152] After considering the argument as it was presented to me, I can only conclude that sections 77, 80, 81, 82, 83 and 85 of the IRPA do not contravene the rights guaranteed by section 15 of the Charter or the rights guaranteed by paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

(iv) Vague, overbroad and discriminatory nature of certain provisions: paragraph 34(1)(f) and subsection 83(3) of the IRPA

[153] Mr. Charkaoui's counsel made a brief submission to me that paragraph 34(1)(f) and subsection 83(3) of the IRPA are vague, overly broad and discriminatory in scope.

[154] In order accurately to reflect Mr. Charkaoui's position on this point (see questions 6 and 28 in the appendix), I quote an excerpt from the submissions of counsel at paragraph 79 of their memorandum of June 26, 2003 and at paragraph 25 *et seq.* of their memorandum of October 7, 2003:

[TRANSLATION]

79. It is also alleged that the detention and inadmissibility alleged in the certificate on the basis of a danger to national security is an overly broad and imprecise standard (infrapaginal note no. 31 in the memorandum signed by Ms. Doyon and received by fax June 26, 2003):

(31) *R. v. Morales* (1992), 77 C.C.C. (3d) 91 (SCC); *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Nova Scotia Pharmaceutical, supra*; In this regard, *Suresh* is not applicable since it interpreted the expression "danger to national security" solely in the context of deportation and not the detention or inadmissibility of a permanent resident;

25. In fact, as *Suresh* indicates, the Supreme Court was of the opinion that Parliament could not have intended that innocent persons who contribute to or become members of terrorist groups would be subject to inadmissibility (para. 100). We add that Parliament could not have intended that they be jailed, either.

26. However, the IRPA allows this by reason of the lack of jurisdiction that the Federal Court has over the certificate under the IRPA, the excessive reach of the provisions of sections 33 and 82-83.

[152] Après avoir considéré l'argument tel qu'il m'a été présenté, je ne peux que conclure que les articles 77, 80, 81, 82, 83 et 85 de la LIPR ne portent pas atteinte aux droits garantis par l'article 15 de la Charte ni à ceux que garantit l'alinéa 1b) de la Déclaration canadienne.

(iv) Caractère imprécis, excessif et discriminatoire de certaines dispositions: alinéa 34(1)f) et paragraphe 83(3) de la LIPR

[153] Les avocats de M. Charkaoui m'ont brièvement plaidé que l'alinéa 34(1)f) et le paragraphe 83(3) de la LIPR sont imprécis et que leur portée est excessive et discriminatoire.

[154] Afin de bien refléter la position de M. Charkaoui sur ce point (voir les questions 6 et 28 en annexe), je cite un extrait des arguments que ses avocats ont énoncé au paragraphe 79 de leur mémoire du 26 juin 2003 et au paragraphe 25 et suivants de leur mémoire du 7 octobre 2003:

79. Il est aussi allégué que la détention et l'interdiction de territoire alléguée au certificat sur la base d'un danger à la sécurité nationale est une norme de portée excessive et imprécise (note infrapaginale no. 31 du mémoire signé par Me Doyon et reçu par télécopie le 26 juin 2003):

(31) *R. c. Morales* (1992) 77 C.C.C. (3rd) 91 (CSC); *R. Heywood* (1994) 3 R.C.S. 761; *Nova Scotia Pharmaceutical, supra*; A cet égard, l'arrêt *Suresh* est non applicable car il a interprété le terme «danger à la sécurité nationale» uniquement dans le contexte de l'expulsion et non de la détention et de l'interdiction de territoire visant un résident permanent;

25. En effet, tel qu'il appert de l'affaire *Suresh*, la Cour suprême s'est dit d'opinion que le législateur (*sic*) n'a pas pu vouloir que des personnes innocentes qui contribuent ou deviennent membres de groupes terroristes soient visés par les interdictions de territoire (par. 100). Nous ajoutons que le législateur n'a pas pu vouloir non plus qu'on les emprisonne.

26. Pourtant, la LIPR permet cela en raison du peu de juridiction dont dispose la Cour fédérale par la LIPR sur le certificat, de la portée excessive des dispositions de l'article 33 et 82-83.

27. As the designated judges in these cases have repeatedly emphasized, the Federal Court, which has to determine whether the certificate is reasonable, does not determine the merits of the allegation. It does not decide whether or not the Minister was mistaken in his evaluation.

80(1) The judge shall, on the basis of the information and evidence available, determine whether the certificate is reasonable and whether the decision on the application for protection, if any, is lawfully made.

(2) The judge shall quash a certificate if the judge is of the opinion that it is not reasonable. If the judge does not quash the certificate but determines that the decision on the application for protection is not lawfully made, the judge shall quash the decision and suspend the proceeding to allow the Minister to make a decision on the application for protection.

(3) The determination of the judge is final and may not be appealed or judicially reviewed.

28. This being the case, depriving a person of all of his rights on the basis of a reasonable certificate rather than on the merits is overly broad, as is the standard of proof under section 33 of the IRPA and detention on the basis of reasonable standards.

[155] I have already replied to a number of these arguments. Consequently, I need only analyze the issue of the vagueness of the terms “danger to security” and “member.”

[156] In *Suresh, supra*, at paragraph 81, the Supreme Court of Canada states the reasons why a provision may be declared unconstitutional for vagueness:

A vague law may be unconstitutional for either of two reasons: (1) because it fails to give those who might come within the ambit of the provision fair notice of the consequences of their conduct; or (2) because it fails to adequately limit law enforcement discretion: see *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606. In the same case, this Court held that “a law will be found unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate” (p. 643).

[157] At paragraph 90 of that judgment, the Court defines what is meant by a “danger to the security of Canada”:

27. Comme l’ont rappelé sans cesse les juges désignés dans ces affaires, la Cour fédérale qui est appelée à trancher si le certificat est raisonnable ne décide pas du bien fondé (*sic*) de l’allégation. Elle ne décide pas si le ministre s’est trompée (*sic*) ou non dans son évaluation.

80(1) Le juge décide du caractère raisonnable du certificat et, le cas échéant, de la légalité de la décision du ministre, compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose.

(2) Il annule le certificat dont il ne peut conclure qu’il est raisonnable; si l’annulation ne vise que la décision du ministre il suspend l’affaire pour permettre au ministre de statuer sur celle-ci.

(3) La décision du juge est définitive et n’est pas susceptible d’appel ou de contrôle judiciaire.

28. Ce faisant le fait de faire perdre tous les droits d’une personne sur la base d’un certificat raisonnable plutôt que sur le bien fondé (*sic*) est de portée excessive tout comme l’est la norme de preuve prévue à l’article 33 de la LIPR et la détention sur la base de normes raisonnables.

[155] J’ai déjà répondu à plusieurs de ces arguments. Je n’aurai donc qu’à analyser la question de l’imprécision des termes «danger pour la sécurité» et «membre».

[156] Dans l’arrêt *Suresh*, précité au paragraphe 81, la Cour suprême du Canada énonce les motifs pour lesquels une disposition peut être déclarée inconstitutionnelle pour cause d’imprécision:

Une loi imprécise peut être jugée inconstitutionnelle pour l’un ou l’autre des deux motifs suivants: (1) elle ne prévient pas raisonnablement les personnes auxquelles elle pourrait s’appliquer des conséquences de leur conduite; (2) elle ne limite pas convenablement le pouvoir discrétionnaire en matière d’application de la loi; voir *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606. Dans le même arrêt, à la page 643, notre Cour a indiqué qu’«une loi sera jugée d’une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire.»

[157] Au paragraphe 90 du même arrêt, la Cour définit ce que constitue un «danger pour la sécurité du Canada»:

These considerations lead us to conclude that a person constitutes a “danger to the security of Canada” if he or she poses a serious threat to the security of Canada, whether direct or indirect, and bearing in mind the fact that the security of one country is often dependent on the security of other nations. The threat must be “serious”, in the sense that it must be grounded on objectively reasonable suspicion based on evidence and in the sense that the threatened harm must be substantial rather than negligible.

[158] Mr. Charkaoui’s counsel argue that although the Supreme Court of Canada defined “danger to national security” in *Suresh, supra*, at paragraph 90, the concept is still vague in the case at bar since *Suresh* dealt with deportation, not detention and inadmissibility, and the definition in *Suresh* is therefore inapplicable in this case.

[159] I note, first, that the Supreme Court of Canada did not find that the concept of “danger to the security of Canada”, a concept reproduced in subsection 83(3) of the IRPA, is vague. Second, I simply do not understand why this definition could not be used in a detention and inadmissibility context. Although the definition set out in the *Suresh* decision pertained to subsection 53(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43] of the former Act, the provision covered a ministerial certificate stating that the person concerned was a “danger to the security of Canada”. Thus, this was the same situation as the one covered in subsection 83(3) and paragraph 34(1)(d) of the IRPA.

[160] The other aspect of this argument is the reference to *Suresh* with regard to the conclusion concerning the notion of “member”, referred to in section 19 [as am. *idem*, s. 11] of the former Act and in paragraph 34(1)(f) of the IRPA (*Suresh, supra*, at paragraph 110). Counsel did not develop this argument in any further detail. I note that the Supreme Court of Canada did not find that the notion of “member” was vague or overbroad. The Court simply interpreted the concept so as to ensure that a person who, in complete innocence, made some contribution to a terrorist organization, would not be declared inadmissible. I think this clarification can be used in interpreting paragraph 34(1)(f) of the IRPA.

Ces considérations nous amènent à conclure qu’une personne constitue un «danger pour la sécurité du Canada» si elle représente, directement ou indirectement, une grave menace pour la sécurité du Canada, et il ne faut pas oublier que la sécurité d’un pays est souvent tributaire de la sécurité d’autres pays. La menace doit être «grave», en ce sens qu’elle doit reposer sur des soupçons objectivement raisonnables et étayés par la preuve, et en ce sens que le danger appréhendé doit être sérieux, et non pas négligeable.

[158] Selon les avocats de M. Charkaoui, même si la Cour suprême du Canada a défini «danger pour la sécurité nationale» dans l’arrêt *Suresh*, précité au paragraphe 90, ce concept demeure imprécis en l’espèce car l’arrêt *Suresh* portait non pas sur une question de détention et d’interdiction de territoire mais sur une question d’expulsion, et la définition dans l’arrêt *Suresh* ne peut donc pas être appliquée dans la présente affaire.

[159] Premièrement, je constate que la Cour suprême du Canada n’a pas conclu à l’imprécision du concept de «danger pour la sécurité du Canada», concept repris au paragraphe 83(3) de la LIPR. Deuxièmement, je ne comprends tout simplement pas pourquoi cette définition ne pourrait pas être utilisée dans un contexte de détention et d’interdiction de territoire. Bien que la définition élaborée dans l’arrêt *Suresh*, précité, portait sur le paragraphe 53(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43] de l’ancienne Loi, la disposition traitait du certificat ministériel attestant que la personne concernée était un «danger pour la sécurité du Canada». Il s’agit donc de la même situation que celle prévue au paragraphe 83(3) et à l’alinéa 34(1)d) de la LIPR.

[160] L’autre aspect de cet argument est la référence à l’arrêt *Suresh*, précité, quant à la conclusion sur la notion de «membre» à laquelle il est fait référence à l’article 19 [mod., *idem*, art. 11] de l’ancienne Loi et à l’alinéa 34(1)f) de la LIPR (*Suresh*, précité, au paragraphe 110). Les avocats n’ont pas élaboré plus à fond sur cet argument. Je constate que la Cour suprême du Canada n’a pas conclu que la notion de «membre» était imprécise et avait une portée excessive. La Cour a tout simplement interprété ce concept de façon à s’assurer qu’une personne qui, en toute innocence, apporte une contribution à une organisation terroriste, ne soit pas frappée d’une interdiction de territoire. Je crois que cette clarification peut être utilisée pour interpréter l’alinéa 34(1)f) de la LIPR.

[161] In conclusion, in light of the arguments as they were presented to me, and for the foregoing reasons, I do not think the expressions “danger to the national security of Canada” and “members”, referred to in subsection 83(3) and paragraph 34(1)(d) of the IRPA, are vague or overbroad.

(v) Creation of risks to the person concerned: sections 7, 12 and 15 of the Charter and section 77 of the IRPA

[162] Another argument, discussed only very briefly by Mr. Charkaoui’s counsel, was formulated as follows (Notice of Constitutional Question, September 17, 2003, paragraph 25(g)):

[TRANSLATION] They put the person subject to such certificates at risk of persecution, mistreatment or threats to his life and prevent a safe return of that person to his country of origin.

[163] At my request, Mr. Charkaoui’s counsel explained their question as follows:

[TRANSLATION] Does section 77 of the IRPA contravene the rights guaranteed by sections 7, 12 and 15 insofar as it allows the statement of the two ministers alleging that the person is a terrorist to be published forthwith, simply by the filing of the certificate in the Federal Court, thereby harming the person’s reputation and preventing that person from returning to his country of origin if that country is known for violating human rights, because of risks of torture or of mistreatment or reprisals, contrary to the treatment received by other immigrants?

[164] As presented, the argument is hypothetical. I was not given any affidavit in support of this argument or any evidence that the country of origin violates human rights or that there is a risk of torture, mistreatment or reprisals in regard to the person concerned (Mr. Charkaoui). Moreover, the person concerned may at any time file an application for protection, that is, request a pre-removal risk assessment (section 79 of the IRPA). The fact that such an application may be brought does not dispose of the argument, but I think this option must be mentioned in order to facilitate the understanding of the immigration process.

[161] En conclusion, à la lumière des arguments tels qu’ils m’ont été présentés et pour les raisons qui précèdent, je ne crois pas que les termes «danger pour la sécurité nationale du Canada» et «membres» référés au paragraphe 83(3) et à l’alinéa 34(1)d) de la LIPR sont imprécis ni que leurs portées soient excessives.

(v) Création de risques pour la personne concernée: article 7, 12 et 15 de la Charte et article 77 de la LIPR

[162] Un autre argument qui n’a été abordé que très brièvement par les avocats de M. Charkaoui a été ainsi formulé (Avis de question constitutionnelle (*sic*), 17 septembre 2003, alinéa 25g)):

Elles mettent à risque de persécution, de mauvais traitements ou de menaces à la vie la personne visée par de tels certificats et empêchent un retour sans risque de la personne visée dans son pays d’origine.

[163] À la demande du tribunal, les avocats de M. Charkaoui ont précisé leur question comme suit:

Est-ce que l’article 77 de la L.I.P.R. porte atteinte aux droits garantis par l’article 7, 12 et 15 dans la mesure où (*sic*) il permet que soit rendu (*sic*) immédiatement public—par le seul dépôt du certificat à la Cour fédérale—l’attestation des deux ministres alléguant que la personne est un terroriste, portant ainsi atteinte à la réputation de la personne et créant un empêchement de retour de la personne dans son pays d’origine, si ce pays est connu pour violer les droits de l’homme, pour cause de risques de torture ou de mauvais traitements ou représailles, et ce, le tout contrairement au traitement reçu par les autres immigrants.

[164] Tel que présenté, l’argument est hypothétique. On ne m’a remis aucun affidavit à l’appui de cet argument ni d’élément prouvant que le pays d’origine viole les droits de la personne ou qu’il existe un risque de torture, de mauvais traitements ou de représailles à l’égard de la personne concernée, M. Charkaoui. Par ailleurs, la personne concernée peut à tout moment présenter une demande de protection, c’est-à-dire demander l’examen de risques avant renvoi (article 79 de la LIPR). La possibilité de faire une telle demande ne dispose pas de l’argument, mais j’estime nécessaire de mentionner cette avenue pour faciliter la compréhension du processus d’immigration.

[165] Furthermore, this argument that the return of the person concerned to his country of origin would subject this person to risks of torture, mistreatment or reprisals raises some issues of great importance, including public access to our courts as well as freedom of the press and other means of communication. These are fundamental issues, and the Supreme Court of Canada has already addressed them in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

[166] In any event, no motion was filed under rules 151 and 152 of the Rules to request that some materials be treated as confidential. Moreover, although the Court sat for more than five days, no motion was filed to request that hearings be held *in camera*.

[167] For the reasons listed above, I will make no further comment about this submission.

(vi) Impossibility of appealing: section 96 of the BNA Act and subsection 80(3) and section 81 of the IRPA

[168] Subsection 80(3) and section 81 of the IRPA provide that the decision of the designated judge in regard to the certificate and its consequences may not be appealed or judicially reviewed.

[169] Mr. Charkaoui's counsel argue that these provisions conflict with section 96 of the BNA Act, which provides:

96. The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts of each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick.

[170] They argue that in view of the limited role of the designated judge, which is quite different from the role of a court of appeal or of a judge on judicial review, subsection 80(3) and section 81 of the IRPA violate section 96 of the BNA Act. They cite in support of their statements *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220; and *Attorney General (Que.) et al. v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638.

[171] On October 31, 2003, the Federal Court of Appeal handed down its decision in *Charkaoui v.*

[165] De plus, cet argument selon lequel le retour de la personne concernée vers son pays d'origine créerait pour cette personne des risques de torture, de mauvais traitements ou de représailles soulève des questions de grande importance, dont l'accès du public à nos tribunaux ainsi que la liberté de la presse et des autres moyens de communication. Il s'agit là de questions fondamentales que la Cour suprême du Canada a déjà abordées dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

[166] Par ailleurs, aucune requête n'a été présentée en vertu des règles 151 et 152 des Règles pour demander que des documents ou des éléments matériels soient considérés confidentiels. De plus, malgré le fait que le tribunal a siégé plus de cinq jours, aucune requête n'a été présentée pour demander la tenue des audiences à huis clos.

[167] Pour les raisons énumérées ci-dessus, je ne ferai pas d'autres commentaires sur cet argument.

(vi) Impossibilité d'interjeter appel: article 96 de l'ANNB et paragraphe 80(3) et article 81 de la LIPR

[168] Le paragraphe 80(3) et l'article 81 de la LIPR prévoient que la décision du juge désigné à l'égard du certificat et de ses conséquences est sans appel et qu'elle ne peut faire l'objet de contrôle judiciaire.

[169] Les avocats de M. Charkaoui plaident que ces dispositions vont à l'encontre de l'article 96 de l'AANB, qui prévoit ce qui suit:

96. Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.

[170] Ils argumentent qu'étant donné le rôle limité du juge désigné, qui ne s'apparente pas au rôle d'une Cour d'appel ni à un contrôle judiciaire, le paragraphe 80(3) et l'article 81 de la LIPR violent l'article 96 de l'AANB. Ils citent à l'appui de leurs dires les arrêts *Crevier c. Procureur général Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; et *Procureur général (Qué.) et autre c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638.

[171] Le 31 octobre 2003, la Cour d'appel fédérale a rendu sa décision dans l'affaire *Charkaoui c. Canada*

Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2004] 1 F.C.R. 528. On behalf of the majority (Décary J.A. dissenting), Létourneau J.A. held that there is no appeal either from decisions concerning the certificate, or from decisions concerning continued detention. One of the reasons cited in support of this conclusion is that there is a close relationship between the certificate of inadmissibility and the detention, i.e. the protected information.

[172] Interestingly, the prohibition of appeals in section 81 of the IRPA existed previously in subsection 40.1(6) of the former Act, albeit with a more limited scope.

[173] The prohibition of appeals from the removal order was included in the IRPA in order to ensure rapidity after the determination as to the reasonableness of the certificate. During the hearings of the House of Commons committee examining Bill C-11 (which became the IRPA), the Honourable Elinor Caplan, then Minister of Citizenship of Immigration, told the committee:

It will exclude serious criminals and security risks from the appeal process at the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board, so that criminals, people smugglers, traffickers, serious criminals who pose security risks to Canada, can be removed more quickly.

[174] Before proceeding with the analysis, it is important to note that the Federal Court is a superior court (section 3 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 16] of the *Federal Courts Act*) created by Parliament under section 101 of the BNA Act. The Federal Court has the jurisdiction that Parliament grants to it (*Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, at page 331).

[175] In *Ahani*, (T.D.) *supra*, at pages 698-699, McGillis J. answers the argument that the impossibility of appealing the decision of a designated judge violates section 7 and paragraph 10(c) of the Charter:

The question of rights of appeal was the subject of comment by the Supreme Court of Canada in *Kourteassis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53. In discussing rights of appeal, La Forest J. stated as follows, at pages 69-70:

(*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*), [2004] 1 R.C.F. 528. Au nom de la majorité (le juge Décary dissident), le juge Létourneau élargit l'impossibilité d'interjeter appel de sorte que ce concept ne s'applique plus seulement aux décisions concernant le certificat mais également aux décisions concernant le maintien de la détention. L'un des motifs invoqués à l'appui de cette conclusion est qu'il existe un lien étroit entre le certificat visant l'interdiction de territoire et la détention, soit les renseignements protégés.

[172] Il est intéressant de noter que l'impossibilité d'interjeter appel prévue à l'article 81 de la LIPR existait déjà au paragraphe 40.1(6) de l'ancienne Loi, quoique sa portée ait été plus limitée à l'époque.

[173] L'impossibilité de faire appel de la mesure de renvoi a été incluse dans la LIPR pour assurer la rapidité après la détermination quant au caractère raisonnable du certificat. Devant le comité de la Chambre des communes chargé d'étudier le projet de loi C-11 (qui est devenu la LIPR), l'ex-ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, l'honorable Elinor Kaplan, a tenu les propos suivants:

Il exclura les criminels dangereux et les personnes posant un risque pour la sécurité du processus d'appel devant la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, ce qui nous permettra de les renvoyer du Canada plus rapidement.

[174] Avant de procéder à l'analyse, il est important de rappeler que la Cour fédérale est une Cour supérieure (article 3 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 16] de la *Loi sur les Cours fédérales*) créée par le Parlement en vertu de l'article 101 de l'AANB. La Cour fédérale possède la compétence que le Parlement lui accorde (*Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, à la page 331).

[175] Dans l'arrêt *Ahani* (1^{re} inst.), précité, aux pages 698 et 699, la juge McGillis répond à l'argument selon lequel l'impossibilité d'interjeter appel de la décision d'un juge désigné viole l'article 7 et l'alinéa 10c) de la Charte:

La question des droits d'appel a fait l'objet d'observations de la part de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Kourteassis c. M.N.R.*, [1993] 2 R.C.S. 53. En discutant des droits d'appel, le juge La Forest a déclaré ce qui suit, aux pages 69 et 70:

Appeals to appellate courts and to the Supreme Court of Canada have become so established and routine that there is a widespread expectation that there must be some way to appeal the decision of a court of first instance. But it remains true that there is no right of appeal on any matter unless provided by the relevant legislature.

...

The procedure created by Parliament in section 40.1 of the *Immigration Act* constitutes the mechanism for reviewing the decision made by the two ministers. I am satisfied, on the basis of the principles enunciated in *Kourtesis v. M.N.R.*, *supra*, that the principles of fundamental justice do not require the provision of a further right of appeal or review. Furthermore, in expressly prohibiting a further appeal or review, Parliament reinforced the notion that proceedings under section 40.1 of the *Immigration Act* are expeditious in nature.

[176] This statement by McGillis J., that Parliament intended the procedure to be expeditious, applies to the IRPA and was confirmed by the above-cited comments of the former Minister, Ms. Caplan during the review of the Bill that led to the enactment of the IRPA.

[177] Mr. Charkaoui's counsel use the judgments in *Crevier* and *Farrah*, *supra*, to support their argument. In doing so, they liken the Federal Court to an administrative tribunal (like the Professions Tribunal in *Crevier* and the Transport Tribunal in *Farrah*). But these decisions are not relevant to the case at bar. The Federal Court is a superior court (sections 96 and 101 of the BNA Act). As such, it cannot be characterized as an administrative tribunal subject to the supervision and review of a superior court.

[178] I am therefore of the opinion that subsection 80(3) and section 84 of the IRPA do not contravene section 96 of the BNA Act.

(vii) Compliance with international obligations: Article 14(1) of the Covenant and sections 33, 77, 80, 81, 82, 83 and 85 of the IRPA

[179] Mr. Charkaoui's counsel state that sections 33, 77, 80, 81, 82, 83 and 85 of the IRPA contravene Article 14(1) of the Covenant:

Les appels devant les cours d'appel et la Cour suprême du Canada sont devenus si courants que l'on s'attend généralement à ce qu'il existe un moyen quelconque d'appeler de la décision d'un tribunal de première instance. Toutefois, il demeure qu'il n'existe pas de droit d'appel sur une question sauf si le législateur compétent l'a prévu.

[. . .]

La procédure créée par le législateur fédéral à l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration* constitue le mécanisme qui est prévu en ce qui concerne la révision de la décision prise par les deux ministres. Je suis convaincue, sur le fondement des principes énoncés dans l'arrêt *Kourtesis c. M.R.N.*, précité, que les principes de justice fondamentale n'exigent pas que l'on accorde à l'intéressé un autre droit d'appel ou de révision. En outre, en interdisant expressément tout autre appel ou tout autre révision, le législateur fédéral a renforcé l'idée que l'instance prévue à l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration* est rapide de par sa nature même.

[176] Cette déclaration de la juge McGillis selon laquelle le législateur voulait que la procédure soit rapide s'applique à la LIPR et a été confirmée par les propos de l'ex-ministre Kaplan, cités précédemment, lors de l'étude du projet de loi qui a mené à la LIPR.

[177] Les avocats de M. Charkaoui utilisent les arrêts *Crevier* et *Farrah*, précités, pour appuyer leur argument. Ce faisant, ils associent la Cour fédérale à un tribunal administratif (comme le Tribunal des professions dans l'arrêt *Crevier* et le Tribunal des transports dans l'arrêt *Farrah*). Or, ces décisions ne sont pas pertinentes en l'espèce. En effet, la Cour fédérale est une cour supérieure (articles 96 et 101 de l'AANB). À ce titre, elle ne peut être qualifiée de tribunal administratif assujéti au pouvoir de surveillance et de contrôle d'une cour supérieure.

[178] Je suis donc d'avis que le paragraphe 80(3) et l'article 84 de la LIPR ne portent pas atteinte à l'article 96 de l'AANB.

(vii) Respect des obligations internationales: paragraphe 14(1) du Pacte et articles 33, 77, 80, 81, 82, 83 et 85 de la LIPR

[179] Les avocats de M. Charkaoui affirment que les articles 33, 77, 80, 81, 82, 83 et 85 de la LIPR portent atteinte au paragraphe 14(1) du Pacte:

Article 14

1. All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The Press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order (*ordre public*) or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; but any judgment rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children.

[180] Paragraph 3(3)(f) of the IRPA states that “[t]his Act is to be construed and applied in a manner that . . . complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.” The Covenant is one such international instrument to which Canada is a signatory.

[181] A straightforward reading of Article 14(1) of the Covenant shows that some sections of the IRPA are not consistent with this provision. However, as we noted previously, the procedure established in the IRPA reflects the search for and articulation of a balance between two opposing interests, individual rights (human rights) and collective rights (national security). However, Articles 12(3) and 13 of the Covenant endorse the paramountcy of national security:

Article 12

...

3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (*ordre public*), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant.

...

Article 14

1. Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Le huis clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès soit dans l'intérêt des bonnes mœurs, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, soit lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimera absolument nécessaire lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la justice; cependant, tout jugement rendu en matière pénale ou civile sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants.

[180] L'alinéa 3(3)(f) de la LIPR précise que «[l']interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet [. . .] de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire». Le Pacte constitue un tel instrument international dont le Canada est signataire.

[181] Une simple lecture du paragraphe 14(1) du Pacte montre que certains articles de la LIPR ne sont pas conformes à cette disposition. Toutefois, on a déjà vu que la procédure établie dans la LIPR résulte de la recherche et de l'articulation d'un équilibre entre deux intérêts opposés, soit les droits individuels (droits de la personne) et les droits collectifs (sécurité nationale). Or, le paragraphe 12(3) et l'article 13 du Pacte consacrent la primauté de la sécurité nationale:

Article 12

[. . .]

3. Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte.

[. . .]

Article 13

An alien lawfully in the territory of a State Party to the present Covenant may be expelled therefrom only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, be allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority. [Emphasis added.]

[182] Article 14(1) of the Covenant alludes to the use of *in camera* proceedings during all or part of a trial. Where the national security interest is at stake, *in camera* proceedings exclude the public but not the parties. How can we attend to the preservation of national security if protected information is disclosed in the presence of the parties? How can the national security interest explicitly recognized in Articles 12 and 13 of the Covenant be reconciled with the notion of *in camera* proceedings in Article 14 of the same Covenant? Article 13 even appears to acknowledge the possibility that an alien may be excluded from the hearing if there are compelling reasons of national security. Hence, we must determine the intent of the drafter and it is clear that they sought to protect national security.

[183] My conclusion, after interpreting Articles 12, 13 and 14 of the Covenant, is that the allusion to *in camera* proceedings in Article 14 in no way reflects the concern for the protection of national security included in Articles 12 and 13 and that the concern must therefore, in practical terms, be implied by the wording of Article 14.

[184] For the above reasons, I find that sections 33, 77, 80, 81, 82, 83 and 85 of the IRPA do not contravene the principles recognized in Articles 12 to 14 of the Covenant.

IV SUMMARY AND CONCLUSION

[185] Before concluding, I think it is useful to summarize the main points of this decision. First, the designated judge is the appropriate entity to hear and determine constitutional questions. Second, Parliament has established a procedure that strikes a fair balance

Article 13

Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie au présent Pacte ne peut être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin. [Je souligne.]

[182] Le paragraphe 14(1) du Pacte fait référence à l'utilisation du huis clos pendant la totalité ou une partie du procès. Lorsque l'intérêt de la sécurité nationale est en jeu, le huis clos exclut le public mais non les parties. Comment peut-on veiller à la préservation de la sécurité nationale si des renseignements protégés sont communiqués en présence des parties? Comment réconcilier l'intérêt de la sécurité nationale reconnu expressément aux articles 12 et 13 du Pacte avec la notion de huis clos prévue à l'article 14 du même Pacte? L'article 13 semble même reconnaître la possibilité que l'étranger ne puisse se faire entendre s'il existe des raisons impérieuses en matière de sécurité nationale. Il faut donc rechercher l'intention du rédacteur. Il est clair que celui-ci voulait protéger la sécurité nationale.

[183] Après avoir interprété les articles 12, 13 et 14 du Pacte, j'en viens à la conclusion que la mention du huis clos à l'article 14 ne reflète aucunement la préoccupation de la protection de la sécurité nationale incluse aux articles 12 et 13 et qu'en conséquence, la préoccupation doit concrètement être sous-entendue dans le libellé de l'article 14.

[184] Pour les raisons ci-dessus, je conclus que les articles 33, 77, 80, 81, 82, 83 et 85 de la LIPR ne portent pas atteinte aux principes reconnus aux articles 12 à 14 du Pacte.

IV RÉSUMÉ ET CONCLUSION

[185] Avant de conclure, j'estime utile de résumer les points principaux de la présente décision. Premièrement, le juge désigné est l'entité appropriée pour entendre et statuer sur des questions constitutionnelles. Deuxièmement, le législateur a créé une procédure qui

between two opposing interests, that is, the right of the State to protect national security and the right of the permanent resident to be sufficiently informed of the allegations against him to be able to defend himself. Third, in light of the interests at stake, the procedure is consistent with the principles of fundamental justice protected by section 7 of the Charter. Designated judges assume their role independently and impartially and constitute the cornerstone of the procedure since they are the ones who must secure a balance between the two opposing interests. Fourth, in view of the need to protect national security, the “reasonableness” and “reasonable grounds to believe” evidentiary standards are justified; in their application, however, these standards come closer to the standard of the preponderance of evidence. Fifth, the detention is preventive, not punitive, and is for the purpose of protecting the security of Canadians; it is not an exception to the rights protected by the Charter. Sixth, the impossibility of appealing the decisions of the designated judge concerning the certificate and the continued detention does not contravene section 96 of the BNA Act. Finally, the procedure prescribed in the IRPA complies with Articles 12, 13 and 14(1) of the Covenant.

[186] Mr. Charkaoui’s counsel pleaded the Charter more than the *Canadian Bill of Rights*, the Universal Declaration and the other documents. I have therefore analysed the Charter arguments. However, I did take into consideration what I considered to be the other arguments and I find that the conclusion is the same as the one I reach concerning the Charter.

[187] All things considered, I reply in the negative to each of the questions presented by Mr. Charkaoui (see Appendix I) for the reasons contained herein, and I find that sections 33 and 76 to 85 of the IRPA do not contravene the Charter, sections 1 and 2 of the *Canadian Bill of Rights*, the common law rules, the BNA Act, the Bill of Rights, Article 14(1) of the Covenant or Article 10 of the Universal Declaration.

ORDER

THE COURT ORDERS THAT:

Mr. Charkaoui’s motion be dismissed.

créé un juste équilibre entre deux intérêts opposés, c’est-à-dire le droit de l’État de protéger la sécurité nationale et le droit du résident permanent d’être suffisamment informé de ce qu’on lui reproche pour pouvoir se défendre. Troisièmement, à la lumière des intérêts en jeu, la procédure est conforme aux principes de justice fondamentale protégés par l’article 7 de la Charte. Ensuite, le juge désigné assume son rôle de façon indépendante et impartiale et il constitue la pierre angulaire de la procédure puisque c’est lui qui doit assurer un équilibre entre les deux intérêts opposés. Quatrièmement, compte tenu de la nécessité de protéger la sécurité nationale, les normes de preuve du «caractère raisonnable» et des «motifs raisonnables de croire» sont justifiées; dans leur application toutefois, ces normes se rapprochent de la norme de la prépondérance de la preuve. Cinquièmement, la détention n’est pas punitive mais préventive et a pour but de protéger la sécurité des Canadiens; elle ne constitue pas une exception aux droits protégés par la Charte. Sixièmement, l’impossibilité d’interjeter appel des décisions du juge désigné concernant le certificat et le maintien de la détention ne porte pas atteinte à l’article 96 de l’AANB. Finalement, la procédure prévue dans la LIPR respecte les articles 12 et 13 et le paragraphe 14(1) du Pacte.

[186] Les avocats de M. Charkaoui ont davantage plaidé la Charte que la Déclaration canadienne, la Déclaration universelle et les autres textes. J’ai donc analysé les arguments relatifs à la Charte. Toutefois, j’ai pris en considération ce que je considérais être les autres arguments et je constate que la conclusion est la même que celle concernant la Charte.

[187] Somme toute, je réponds par la négative à chacune des questions présentées par M. Charkaoui (voir l’Annexe I) pour les motifs contenus dans la présente et je conclus que les articles 33 et 76 à 85 de la LIPR ne portent pas atteinte à la Charte, à l’article premier et à l’article 2 de la Déclaration canadienne, aux règles de common law, à l’AANB, au Bill of Rights, au paragraphe 14(1) du Pacte ni à l’article 10 de la Déclaration universelle.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE QUE:

La requête de M. Charkaoui soit rejetée.

APPENDIX I

Section 33 of the IRPA¹Lack of jurisdiction on the merits

1. Does section 33 of the IRPA contravene the rights guaranteed by **section 7** of the *Charter* insofar as it does not allow the decision-maker to determine the justification for inadmissibility, thereby breaching the fundamental right to a fair trial before an independent tribunal with full jurisdiction?
2. Does section 33 of the IRPA contravene the rights guaranteed by **section 12** of the *Charter* insofar as it does not allow the decision-maker to determine the justification for inadmissibility although it allows a permanent resident of Canada to be removed on this basis?
3. Does section 33 of the IRPA contravene the rights guaranteed by **section 15** of the *Charter* insofar as it does not allow the decision-maker to determine the justification for inadmissibility in the same way as it would be determined in any civil matter?
4. Does section 33 of the IRPA contravene the rights guaranteed by article 14 of the **International Covenant** in view of section 3(d) and (f) of the IRPA insofar as it does not allow the decision-maker to determine the justification for inadmissibility, thereby violating the right to a fair trial before a body with full jurisdiction?
5. Does section 33 of the IRPA contravene sections 1 and 2 of the *Canadian Bill of Rights*?

Overbreadth of section 33 of the IRPA

6. Is section 33 of the IRPA overbroad in that it allows a finding of inadmissibility and the loss of rights of a permanent resident of Canada absent any actual inadmissibility?

Section 77 of the IRPARight to a fair trial in order to have one's rights defined by an independent and impartial tribunal

7. Does **section 77** of the IRPA contravene the rights guaranteed by **section 7** of the *Charter* insofar as it denies the individual the right to have his rights defined by a fair trial before an independent and impartial tribunal, by allowing these rights to be defined by the

ANNEXE I

L'article 33 de la LIPR¹Absence de juridiction sur le bien fondé (mérite)

1. Est-ce que l'article 33 de la LIPR porte atteinte aux droits garantis par **l'article 7** de la *Charte* dans la mesure où il ne permet pas au décideur de trancher le bien fondé de l'interdiction de territoire violant ainsi le droit fondamental à un procès équitable devant un tribunal indépendant de pleine juridiction?
2. Est-ce que l'article 33 de la LIPR porte atteinte aux droits garantis par **l'article 12** de la *Charte* dans la mesure où il ne permet pas au décideur de trancher le bien fondé de l'interdiction de territoire alors qu'il permet de renvoyer un résident permanent du Canada sur cette base?
3. Est-ce que l'article 33 de la LIPR porte atteinte aux droits garantis par **l'article 15** de la *Charte* dans la mesure où il ne permet pas au décideur de trancher le bien fondé de l'interdiction de territoire de la même manière que dans toutes les matières civile?
4. Est-ce que l'article 33 de la LIPR porte atteinte aux droits garantis par l'article 14 du **Pacte civil** considérant l'article 3 d) et f) de la LIPR dans la mesure où il ne permet pas au décideur de trancher le bien-fondé de l'interdiction de territoire violant ainsi le droit à un procès équitable devant un organe de pleine juridiction?
5. Est-ce que l'article 33 de la LIPR est en contravention avec l'article un et deux de la *Déclaration canadienne des droits*?

Portée excessive de l'article 33 de la LIPR

6. Est-ce que l'article 33 de la LIPR est de portée excessive en ce qu'il permet de tirer une conclusion d'interdiction de territoire et de faire perdre des droits à un résident permanent du Canada sans qu'il y ait interdiction de territoire réelle?

L'article 77 de la LIPRDroit à un procès équitable pour la définition de ses droits devant un tribunal indépendant et impartial

7. Est-ce que **l'article 77** de la LIPR porte atteinte aux droits garantis par **l'article 7** de la *Charte* dans la mesure où il nie à la personne le droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial pour la définition de ses droits en permettant que ces droits

executive and in violation of the independence of the judiciary?

8. Does section 77 of the IRPA contravene the rights guaranteed by **section 12** of the *Charter* by denying the aforesaid fundamental right to the individual in question while depriving him of the rights of a permanent resident of Canada?
9. Does section 77 of the IRPA contravene the rights guaranteed by **section 15** of the *Charter* insofar as it denies the individual the right to have his rights defined by a fair trial before an independent and impartial tribunal, as opposed to the treatment of citizens and other immigrants who have the right, for example, to appear before the Immigration Division, which independently disposes of the allegations made in the Minister's section 44 IRPA report?
10. Does section 77 of the IRPA contravene the rights guaranteed by article 14 of the **International Covenant** in view of section 3(d) and (f) of the IRPA insofar as it does not provide that the rights will be defined by an independent tribunal to determine the justification for the inadmissibility?
11. Does section 77 of the IRPA contravene sections 1 and 2 of the *Canadian Bill of Rights*,

Lack of jurisdiction on the merits

12. (A) to (e) The same questions 1 to 6 but section 77, adding to the questions "and depriving him of the right to commence any other proceedings, unlike other immigrants";

Creation of risks

13. Does section 77 of the IRPA contravene the rights guaranteed by sections 7, 12 and 15 insofar as it allows the statement of the two ministers alleging that the person is a terrorist to be published forthwith, simply by the filing of the certificate in the Federal Court, thereby harming the person's reputation and preventing that person from returning to his country of origin if that country is known for violating human rights, or because of a risk of torture or mistreatment or reprisals, contrary to the treatment received by other immigrants?

Section 78 of the IRPA

14. Do some or all of the following sections of the **Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)**

soient définis par le pouvoir exécutif et en portant atteinte à l'indépendance judiciaire?;

8. Est-ce que l'article 77 de la LIPR porte atteinte aux droits garantis par **l'article 12** de la *Charte* en niant le droit fondamental précité à la personne visée tout en emportant les droits du résident permanent du Canada?
9. Est-ce que l'article 77 de la LIPR porte atteinte aux droits garantis par **l'article 15** de la *Charte* dans la mesure où il nie à la personne le droit à un procès équitable pour la définition de ses droits par un tribunal indépendant et impartial, par opposition au traitement des citoyens et autres immigrants qui ont le droit par exemple de comparaître devant la section d'immigration qui dispose, en toute indépendance, des allégations du rapport 44 LIPR du Ministre?
10. Est-ce que l'article 77 de la LIPR porte atteinte aux droits garantis par l'article 14 du **Pacte civil** considérant l'article 3 d) et f) de la LIPR dans la mesure où il ne prévoit que les droits seront définis par un tribunal indépendant pour trancher le bien fondé de l'interdiction de territoire;
11. Est-ce que l'article 77 de la LIPR est en contravention avec les articles un et deux de la *Déclaration canadienne des droits*?

Absence de juridiction sur le bien fondé (le mérite)

12. A) à e) Les mêmes [sic] questions 1 à 6 mais l'article 77 en ajoutant aux questions «et en le privant de procéder à toute autre instance, contrairement aux autres immigrants»;

Création de risques

13. Est-ce que l'article 77 de la LIPR porte atteinte aux droits garantis par l'article 7, 12 et 15 dans la mesure où il permet que soit rendu immédiatement public- par le seul dépôt du certificat à la Cour fédérale- l'attestation des deux ministres alléguant que la personne est un terroriste, portant ainsi atteinte à la réputation de la personne et créant un empêchement de retour de la personne dans son pays d'origine, si ce pays est connu pour violer les droits de l'homme, pour cause de risques de torture ou de mauvais traitements ou représailles, et ce, le tout contrairement au traitement reçu par les autres immigrants?

L'article 78 de la LIPR

14. Est-ce que les articles suivants de la **Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)** ou

violate sections 7 and/or 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms or the Canadian Bill of Rights:

78(b), 78(d), 78(e), 78(f), 78(g), 78(h), 78 (j)

15. Do sections 78, 80 and 81 of the **IRPA** violate sections 7 and 15 of the **Canadian Charter of Rights and Freedoms** by:

(a) allowing the loss of a right as important as permanent residence, which was previously protected under s. 15 of the *Charter* in the Andrews decision;

(b) allowing this loss on the basis of evidence that is not disclosed to the person in question or his counsel;

(c) allowing the introduction of such evidence in sessions to which the person in question and his counsel do not have access;

(d) allowing this evidence, which might be undisclosed and introduced in sessions that are *ex parte*, to be unlawful or inadmissible (s. 78(j));

(e) allowing the status to be removed solely on the basis of the “reasonableness” of the certificate without requiring evidence of the danger to Canada, at least on a balance of probabilities; and

(f) denying any right of appeal or judicial review?

16. Does section 78 of the **IRPA** violate the fundamental principle of the independence of the judiciary by authorizing hearings without the presence of the person affected and decisions based on evidence that is not disclosed to the person affected, and by placing the judge in the irreconcilable position of having to determine both the final result and what information is to be provided to the accused to help him defend himself?
17. Can legislation that authorizes precisely what the Tobias [*sic*] decision prohibited be consistent with the independence and dignity of the courts?

Sections 80-81 of the IRPA

Lack of jurisdiction on the merits and lack of a fair trial

18. Do sections 80 and 81 of the IRPA contravene the rights guaranteed by **section 7** of the *Charter* insofar as they allow the judge to determine only the reasonableness of the certificate, but not the justification for the certificate or the inadmissibility?

certain d’entre eux violent l’art. 7 et/ou 15 de la Charte canadienne des droits et libertés ou la déclaration canadienne des droits:

78 (b), 78 (d), 78 (e), 78 (f), 78 (g), 78 (h), 78 (j)

15. Est-ce que l’ensemble des articles 78, 80 et 81 de la **LIPR** violent l’art. 7 et 15 de la **Charte canadienne des droits et libertés** en ce qu’ils autorisent:

a) la perte d’un droit aussi important que la résidence permanente qui a déjà été protégé sous l’art. 15 de la Charte dans l’arrêt Andrews;

b) autorisent cette perte sur la base des preuves non révélées à la personne visée ou à ses avocats;

c) autorise l’introduction de cette preuve dans des sessions auxquelles la personne visée et ses avocats n’ont pas accès;

d) autorise que cette preuve, possiblement non révélée et introduite dans des sessions tenues *ex parte* soit illégale ou inadmissible; (art. 78(j));

e) autorise que le statut soit enlevé sur la seule base de la nature “raisonnable” du certificat sans exiger une preuve du danger pour le Canada au moins sur la balance des probabilités;

f) nie tout droit d’appel ou de révision judiciaire?

16. Est-ce que l’art. 78 de la **LIPR** viole le principe fondamental de l’indépendance de la magistrature en autorisant des sessions hors la présence de la personne visée et des décisions basées sur une preuve non révélée à la personne visée et en plaçant le juge dans la position irrécyclable de devoir à la fois déterminer le résultat final et déterminer quelle information fournir au prévenu pour l’aider à se défendre?
17. Est-ce qu’un texte de loi qui autorise précisément ce que l’arrêt Tobias [*sic*] a prohibé peut être compatible avec l’indépendance et la dignité des tribunaux?

Les article 80-81 de la LIPR

Absence de juridiction sur le bien fondé (mérite) et absence de procès équitable

18. Est-ce que les articles 80 et 81 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par l’**article 7** de la *Charte* dans la mesure où ils ne permettent pas au juge de trancher le bien fondé du certificat, ni de l’interdiction de territoire, mais seulement du caractère raisonnable du certificat;

19. Do sections 80 and 81 of the IRPA contravene the rights guaranteed by **section 12** of the *Charter* insofar as they do not allow the judge to determine the justification for the certificate and the inadmissibility, thereby possibly depriving the permanent resident of his rights without a fair trial before an independent tribunal?
20. Do sections 80 and 81 of the IRPA contravene the rights guaranteed by **section 15** of the *Charter* insofar as they deny the person in question, contrary to other immigrants and citizens, of the right to have their rights defined in a fair trial by an independent and impartial tribunal before being declared inadmissible and a removal order being issued?
21. Do sections 80 and 81 of the IRPA contravene the rights guaranteed by the **International Covenant** insofar as they deny the person the right to have his rights defined in a fair trial by an independent and impartial tribunal, having full jurisdiction on the justification or merits, before being declared inadmissible and a removal order being issued?
22. Do sections 80 and 81 of the IRPA contravene sections 1 and 2 of the *Canadian Bill of Rights*?
23. Do sections 80(3) and 81(b) of the **IRPA** violate s. 96 of the **BNA Act** by eliminating any appeal or judicial review notwithstanding the decision in **Crevier v. A.G. Que.**?
19. Est-ce que les articles 80 et 81 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par l'**article 12**, de la *Charte* dans la mesure où il ne permette pas au juge de trancher le bien fondé du certificat et de l'interdiction de territoire pouvant priver ainsi le résident permanent de ses droits sans procès équitable devant un tribunal indépendant?;
20. Est-ce que les articles 80 et 81 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par l'**article 15** de la *Charte* dans la mesure où ils nient à la personne visée, contrairement aux autres immigrants et citoyens, le droit à un procès équitable pour la définition de leurs droits par un tribunal indépendant et impartial avant qu'une interdiction de territoire soit prononcée et une mesure de renvoi prise?
21. Est-ce que les articles 80 et 81 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par le **Pacte civil** dans la mesure où ils nient à la personne le droit à un procès équitable pour la définition de ses droits par un tribunal indépendant et impartial, avec pleine juridiction sur le bien fondé ou le mérite, et avant qu'une interdiction de territoire soit prononcée et une mesure de renvoi prise?
22. Est-ce que les articles 80 et 81 de la LIPR sont en contravention avec les articles un et deux de la *Déclaration canadienne des droits*?
23. Est-ce que les articles 80(3) et 81(b) de la **LIPR** violent l'art. 96 de la **LAANB**, en éliminant tout appel ou révision judiciaire malgré de l'arrêt **Crevier v. P.G. Que.**?

Sections 82, 83 and 85 of the IRPA

Detention without access to a fair trial

24. Do sections 82, 83 and 85 of the IRPA contravene the rights guaranteed by sections 7, 9, 10, 11, 12 and 15 of the *Charter*, article 14 of the *International Covenant*, sections 1 and 2 of the *Bill of Rights*, and the *English Bill of Rights* by allowing the arrest and continued detention of a person in order to subject him to a process that denies his fundamental rights, such as the right to have his rights defined in a fair trial by an independent and impartial tribunal having jurisdiction to decide on the merits?

Warrant of detention by the Ministers and not by the judiciary

25. Do sections 82 and 85 of the IRPA contravene the rights guaranteed by **sections 7, 12 and 15** of the *Charter* insofar as they allow ministers—as opposed to the

Les articles 82, 83 et 85 de la LIPR

Détention sans accès à un procès équitable

24. Est-ce que les articles 82, 83 et 85 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par l'article 7, 9, 10, 11, 12, 15 de la *Charte*, art. 14 du *Pacte civil*, les art. 1 et 2 de la *Déclaration des droits*, *English bill of Rights* en permettant l'arrestation et le maintien en détention d'une personne pour la soumettre à un processus qui nie ses droits fondamentaux, tel que le droit à un procès équitable pour la définition de ses droit [*sic*] par un tribunal indépendant et impartial ayant juridiction pour décider au mérite?

Mandat de détention par les ministres et non par le pouvoir judiciaire

25. Est-ce que les articles 82 et 85 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par l'**article 7, 12 et 15** de la *Charte* dans la mesure où ils permettent à des

judiciary—to issue a warrant of arrest and detention of a person and contravene the independence of the judiciary?

ministres—par opposition au pouvoir judiciaire—de délivrer un mandat d'arrestation et de mise en détention d'une personne et portent atteinte à l'indépendance judiciaire?;

Detention on the basis of reasonable grounds to believe

26. Do sections 82, 83 and 85 of the IRPA contravene the rights guaranteed by **sections 7 and 12** of the *Charter* insofar as they allow the detention, by ministers, of a person subject to a certificate on the basis of reasonable grounds to believe and with review of the grounds on the same basis, and not on the basis of the balance of probabilities?
27. Do sections 82, 83 and 85 of the IRPA contravene the rights guaranteed by **section 15** of the *Charter* insofar as they allow for detention (by ministers, and not by the judiciary, of a person subject to a certificate) on the basis of reasonable grounds to believe and with review of the grounds on the same basis, and not on the basis of the balance of probabilities as in the other cases covered in the IRPA or in criminal matters?
28. Do sections 82 and 85 of the IRPA contravene the rights guaranteed by the **International Covenant** insofar as they allow the detention, by ministers and not by the judiciary, of a person subject to a certificate on the basis of reasonable grounds to believe and with review of the grounds on the same basis?

Overbreadth / vagueness of sections 82 and 83 to 85 of the IRPA

29. Are sections **82, 83 to 85** of the IRPA vague and overbroad and do they contravene the rights guaranteed by sections 7, 12 and 15 by virtue of the fact that they allow the ministers to arrest and detain persons (and the court in regard to detention) who are neither a danger nor inadmissible, owing to the formulation of unnecessarily broad and vague provisions (on the basis of reasonable grounds to believe that they are a danger to national security), unlike citizens and other immigrants who are not subject to a certificate and who do not undergo the same treatment?

Sections 83 and 85 of the IRPA

Lack of jurisdiction on the merits

30. Do **sections 83 and 85** of the IRPA contravene the rights guaranteed by **section 7** of the *Charter* insofar as

Détention sur la base de motifs raisonnables de croire

26. Est-ce que les articles 82, 83 et 85 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par **l'article 7 et 12** de la Charte dans la mesure où ils permettent la mise en détention, par des ministres, d'une personne visée à un certificat sur la base de motifs raisonnables de croire et avec un contrôle des motifs sur la même base, et non sur la base de la balance des probabilités?;
27. Est-ce que les articles 82, 83 et 85 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par **l'article 15** de la Charte dans la mesure où ils permettent la mise en détention, (par des ministres, et non par le pouvoir judiciaire, d'une personne visée à un certificat) sur la base de motifs raisonnables de croire et avec un contrôle des motifs sur la même base, et non sur la base de la balance des probabilité [sic] comme dans les autres cas visés à la LIPR ou en matière criminelle?;
28. Est-ce que les articles 82 et 85 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par le **Pacte civil** dans la mesure où il permet la mise en détention, par des ministres, et non par le pouvoir judiciaire, d'une personne visée à un certificat sur la base des motifs raisonnables de croire et avec un contrôle des motifs sur la même base?

Portée excessive / imprécision des articles 82, 83 à 85 de la LIPR

29. Est-ce que les articles **82, 83 à 85** de la LIPR sont imprécis et de portée excessive et portent atteinte aux droits garantis par les articles 7, 12, 15 par le fait qu'ils permettent aux ministres d'arrêter et de détenir des personnes (puis à la cour pour la détention) qui ne sont ni un danger, ni interdites de territoire, en raison de la formulation de dispositions inutilement large et imprécise (soit sur la base de motifs raisonnables de croire qu'il sont un danger à la sécurité nationale) et ce, au contraire des citoyens et autres immigrants non visés par un certificat qui ne subissent pas le même traitement?

Article 83 et 85 de la LIPR

Absence de juridiction sur le bien-fondé (mérite)

30. Est-ce que les **articles 83 et 85** de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par **l'article 7** de la Charte

they do not allow the judge to determine the merits of the allegation of danger and limit him to reviewing the reasons for detention according to the standard of reasonable grounds to believe that the person is a danger?

31. Do sections 83 and 85 of the IRPA contravene the rights guaranteed by **section 12** of the *Charter* insofar as they do not allow the judge to determine the merits of the allegation of danger, and permit a deprivation of liberty on this basis?
32. Do sections 83 and 85 of the IRPA contravene the rights guaranteed by **section 15** of the *Charter* insofar as they do not allow the decision-maker to determine the merits of the question of danger as they would be determined in a civil or criminal matter?
33. Do sections 83 and 85 of the IRPA contravene the rights guaranteed by article 14 of the **International Covenant** in view of sections 3(d) and (f) of the IRPA insofar as they do not allow the decision-maker to determine the merits of the allegation of danger and other detention issues?
34. Are sections 83 and 85 of the IRPA in breach of sections 1 and 2 of the Canadian Bill of Rights?

Ex parte procedure, secret evidence and appearance of bias

35. Does section 83 of the IRPA contravene the rights guaranteed by sections 7 and 12 of the *Charter* by allowing detention on the basis of an *ex parte* procedure, without a representative of the interests of the person in question but with the representatives of the adverse party alone, without disclosure of all the evidence and before a court that cannot safeguard thereby its independence and impartiality or the requisite appearance of independence and impartiality?

Inequality of treatment

36. Do sections 83 and 85 of the IRPA contravene the rights guaranteed by sections 7, 12 and 15 of the *Charter* insofar as the review of the reasons for detention is conducted on the basis of reasonable grounds to believe and not on the basis of whether or not the person constitutes a danger on the balance of probabilities, unlike the treatment received by other immigrants under the Act?
37. Do sections 82, 83 and 85 of the IRPA contravene the rights guaranteed by sections 7, 12 and 15 of the *Charter* insofar as these sections do not provide the same

dans la mesure où ils ne permettent pas au juge de trancher le bien fondé de l'allégation de danger et le limite à contrôler les motifs de détention selon la norme de motifs raisonnables de croire que la personne est un danger?

31. Est-ce que les articles 83 et 85 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par l'**article 12** de la Charte dans la mesure où ils ne permet [sic] pas au juge de trancher le bien-fondé de l'allégation de danger et permettent une privation de liberté sur cette base?
32. Est-ce que les articles 83 et 85 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par l'**article 15** de la *Charte* dans la mesure où ils ne permet [sic] pas au décideur de trancher le bien fondé de la question du danger de la même manière qu'en matière civile ou criminelle?
33. Est-ce que les articles 83 et 85 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par l'article 14 du **Pacte civil** considérant l'article 3d) et f) de la LIPR dans la mesure où ils ne permettent pas au décideur de trancher le bien fondé de l'allégation de danger et des autres questions de la détention?
34. Est-ce que les articles 83 et 85 de la LIPR sont en contravention avec les articles un et deux de la Déclaration canadienne des droits?

Procédure ex parte, preuve secrète et apparence de partialité

35. Est-ce que l'article 83 de la LIPR porte atteinte aux droits garantis par l'article 7, 12 de la Charte en permettant la détention sur la base d'une procédure *ex parte*, sans représentant des intérêts de la personne visée mais avec les représentants de la seule partie adverse, sans dévoilement de toute la preuve et devant un tribunal qui ne peut pas sauvegarder, de ce fait son indépendance et son impartialité de même que l'apparence requise d'indépendance et d'impartialité?

Absence d'égalité de traitement

36. Est-ce que les articles 83 et 85 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par l'article 7, 12, 15 de la Charte dans la mesure où le contrôle des motifs de détention est fait sur la base des motifs raisonnables de croire et non sur la base que la personne constitue ou non un danger selon la balance des probabilités, et ce, au contraire du traitement reçu par les autres immigrants selon la loi?
37. Est-ce que les articles 82, 83 et 85 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par l'article 7, 12, 15 de la Charte dans la mesure où ces articles n'offrent pas la

frequency of review of detention, unlike the treatment received by other immigrants under the Act?

même fréquence de révision de détention au contraire du traitement reçu par les autres immigrants selon la loi?

Denial of the right to release on reasonable bail

38. Do sections 82, 83 and 85 of the IRPA contravene the rights guaranteed by sections 7, 12 and 15 of the *Charter (Canadian Bill of Rights and English Bill of Rights)* for the aforesaid reasons of lack of full jurisdiction, overbreadth and discrimination, thereby denying the fundamental right to a release on reasonable bail?
39. Do sections 82, 83 and 85 of the IRPA contravene the rights guaranteed by sections 7, 12 and 15 (*Canadian Bill of Rights and English Bill of Rights*) for the aforesaid reasons, thereby failing to constitute just cause to deny the right not to be deprived of release without just cause?
40. Do sections 82, 83 and 85 of the IRPA contravene the rights guaranteed by sections 7, 12 and 15 (*Canadian Bill of Rights and English Bill of Rights*) by not allowing for the consideration of alternative solutions and alternatives to detention “based on reasonable grounds to believe that”?

¹ I include Ms. Doyon’s questions as submitted and Mr. Grey’s questions, except where there is duplication.

Négation du droit à une libération sous caution raisonnable

38. Est-ce que les articles 82, 83 et 85 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par l’article 7, 12, 15 de la Charte (*Déclaration canadienne des droits et English bill of rights*) pour les motifs précités d’absence de pleine juridiction, de portée excessive et de discrimination, niant ainsi le droit fondamental à une remise en liberté sous caution raisonnable?;
39. Est-ce que les articles 82, 83 et 85 de la LIPR portent atteinte aux droits garantis par l’article 7, 12, 15 (*Déclaration canadienne des droits et English bill of rights*) pour les motifs précités, et ne constituant pas ainsi une juste cause pour nier le droit de ne pas être privé d’une remise en liberté sans juste cause?
40. Est-ce que les articles 82, 83 et 85 de la LIPR portant atteinte aux droits garantis par l’article 7, 12, 15 (*Déclaration canadienne des droits et English bill of rights*) en ne permettant pas l’examen de solutions de rechange et à la détention «en présence de motifs raisonnables de croire que»?

¹ Je reproduis les questions de M^e Doyon tel que soumis et celles de M^e Grey sauf s’il y a dédoublement.

T-656-02
2004 FC 135

T-656-02
2004 CF 135

Best Canadian Motor Inns Ltd. (Applicant)

v.

Best Western International, Inc. (Respondent)

INDEXED AS: BEST CANADIAN MOTOR INNS LTD. v. BEST WESTERN INTERNATIONAL, INC. (F.C.)

Federal Court, Gibson J.—Toronto, January 14; Ottawa, January 29, 2004.

Trade-Marks — Registration — Appeal from decision of Registrar of Trade-marks (through T.M.O.B. member) denying registration of mark “Best Canadian Motor Inns & Design” opposed by Best Western International, Inc. — Whether mark not registrable as clearly descriptive or deceptively misdescriptive of applicant’s services — Basis for denial: Act, s. 12(1)(b) — Mark would be sounded by reference to dominant words forming mark — New evidence adduced by both sides — Design consultant’s opinion: applicant’s logo clever, creative, having powerful visual impact — Design features not to be ignored in understanding impression created by logo — Appeal dismissed — T.M.O.B. did not ignore mark’s design features — Considered mark as whole, as matter of immediate impression — Approach not inconsistent with Act — Reasonableness simpliciter appropriate review standard — New evidence insufficient to discharge legal burden on applicant, respondent having met descriptiveness evidentiary burden — Case law, Law Society of Upper Canada (LSUC) paper on Design Marks and Word Marks, considered — Paper ignored statutory construction principles — Variation from ordinary meaning of words in s. 12(1)(b) not necessary to achieve intention of Parliament — LSUC paper raises policy matter for determination by Parliament, not Court.

Construction of Statutes — Trade-Marks Act, s. 12(1)(b) — Trade-mark registrable if not, whether depicted, written or sounded, either clearly descriptive or deceptively misdescriptive in English or French of character, quality of wares, services — Difficulty posed by concept “or sounded” as to design marks — “Grill Gear” decision, Law Society of

Best Canadian Motor Inns Ltd. (demanderesse)

c.

Best Western International, Inc. (défenderesse)

RÉPERTORIÉ: BEST CANADIAN MOTOR INNS LTD. c. BEST WESTERN INTERNATIONAL, INC. (C.F.)

Cour fédérale, juge Gibson—Toronto, 14 janvier; Ottawa, 29 janvier 2004.

Marques de commerce — Enregistrement — Appel d’une décision par laquelle le registraire des marques de commerce a, par l’entremise d’une commissaire de la C.O.M.C., refusé l’enregistrement de la marque «Best Canadian Motor Inns & Design», auquel s’est opposé Best Western International, Inc. — Il s’agit de savoir si la marque est non enregistrable parce qu’elle donne une description claire ou une description fautive et trompeuse des services de la demanderesse — La demande a été repoussée sur le fondement de l’art. 12(1)(b) — La marque serait prononcée sur la base des mots prédominants qui la forment — Les deux parties ont présenté une nouvelle preuve — Selon un consultant en design, le logo de la demanderesse est habile et créatif et a un puissant effet visuel — Il ne faut pas faire abstraction des caractéristiques graphiques pour comprendre l’effet créé par le logo — Appel rejeté — La C.O.M.C. n’a pas fait abstraction des caractéristiques graphiques de la marque — Elle a examiné la marque comme un tout et sur le plan de la première impression — Cette façon de faire n’est pas incompatible avec la Loi — La norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable simpliciter — La nouvelle preuve ne permet pas à la demanderesse de s’acquitter de sa charge de persuasion, la défenderesse s’étant acquittée de la charge de présentation qui lui incombait — Examen de la jurisprudence et d’un document du Barreau du Haut-Canada sur les dessins-marques et les marques nominales — Le document n’a pas tenu compte des principes d’interprétation législative — Il n’est pas nécessaire de s’écarter du sens ordinaire des mots utilisés à l’art. 12(1)(b) pour s’harmoniser avec l’intention du législateur — Le document du Barreau du Haut-Canada soulève une question de principe qui doit être tranchée par le législateur et non par la Cour.

Interprétation des lois — Loi sur les marques de commerce, art. 12(1)(b) — Une marque de commerce est enregistrable sauf si, qu’elle soit sous forme graphique, écrite ou sonore, elle donne une description claire ou une description fautive et trompeuse, en français ou en anglais, de la nature ou de la qualité des marchandises ou des services — L’expression «ou

Upper Canada (LSUC) paper referred to by counsel ignore generally applicable statutory interpretation principles — Statutory interpretation not dependent on wording of legislation alone — Words must be read in entire context, in line with scheme of Act, intention of Parliament — Nothing to suggest variation from grammatical, ordinary sense of words of s. 12(1)(b) needed to achieve intention of Parliament — Open to Parliament to have provided exception to s. 12(1)(b) re: design marks including words as dominant feature — LSUC paper raises policy issue, matter for consideration by Parliament, not Court.

This was an application in appeal from a decision of the Registrar of Trade-marks through a Trade-marks Opposition Board member denying an application to register the mark “Best Canadian Motor Inns & Design” in relation to hotel and restaurant services. This appeal was brought under *Trade-Marks Act*, subsection 56(1). Applicant had disclaimed the right to exclusive use of the words “Best, Canadian, Motor and Inns” as well as the eleven-point maple leaf design.

Best Western had opposed registration on the basis that applicant knew or should have known that its mark would probably be confusing with respondent’s well-known Best Western name and logo trade-marks. It also submitted that the proposed mark was not registrable as either clearly descriptive or deceptively misdescriptive of the quality of applicant’s services. Another ground was that the mark was not distinctive of applicant’s services as not adapted to distinguish them from like services provided by Best Western.

The Board member rejected the application solely on the basis of Act, paragraph 12(1)(b), concluding that the mark’s design features were inadequate to render the mark registrable and that it “would be sounded by reference to the dominant words forming the mark”.

Both sides adduced new evidence upon the appeal. Applicant filed a design consultant’s affidavit, which concluded that applicant’s logo delivered a powerful visual impact due to its composition and careful placement of the visual elements. In particular, the strategic placement of the maple leaf element served as the visual keynote of the logo. It was placed where one would expect to see the dot over the “i”

sonore» pose une difficulté lorsqu’on l’applique aux marques de commerce — La décision «Grill Gear» et le document du Barreau du Haut-Canada auxquels renvoie l’avocat n’ont pas, de façon générale, tenu compte des principes d’interprétation législative applicables — L’interprétation législative ne peut être fondée sur le seul libellé du texte de loi — Il faut interpréter les termes dans leur contexte global conformément à l’économie de la loi et à l’intention du législateur — Rien n’indique qu’il faille s’écarter du sens ordinaire et grammatical des mots utilisés à l’art. 12(1)(b) pour s’harmoniser avec l’intention du législateur — Il était loisible au législateur de prévoir une exception à l’art. 12(1)(b) à l’égard des dessins-marques comprenant des mots qui constituent une caractéristique dominante — Le document du Barreau du Haut-Canada soulève une question de principe qui doit être examinée par le législateur et non par la Cour.

Il s’agit d’une demande déposée en appel d’une décision par laquelle le registraire des marques de commerce a, par l’entremise d’une commissaire de la Commission des oppositions des marques de commerces, repoussé la demande d’enregistrement visant la marque «Best Canadian Motor Inns & Design» en liaison avec des services d’hôtellerie et de restauration. L’appel a été interjeté en vertu du paragraphe 56(1) de la *Loi sur les marques de commerce*. La demanderesse s’est désistée du droit à l’usage exclusif des mots «Best, Canadian, Motor et Inns» ainsi que du dessin de la feuille d’érable à onze pointes.

Best Western s’est opposée à l’enregistrement au motif que la demanderesse était au courant, ou aurait dû l’être, de la possibilité d’une confusion avec le nom et les marques de commerce logo Best Western notoirement connues de la défenderesse. Elle a aussi fait valoir que la marque proposée n’était pas enregistrable parce qu’elle donne une description claire ou une description fausse et trompeuse de la qualité des services de la demanderesse. Un autre motif était que la marque n’était pas distinctive des services de la demanderesse du fait qu’elle n’était pas adaptée à les distinguer des services fournis par Best Western.

La commissaire de la Commission a repoussé la demande uniquement sur le fondement de l’alinéa 12(1)(b) en concluant que les caractéristiques graphiques de la marque étaient inadéquates pour rendre la marque enregistrable et que celle-ci «serait prononcée sur la base des mots prédominants qui la forment».

Les deux parties ont présenté une nouvelle preuve en appel. La demanderesse a produit l’affidavit d’un consultant en design, qui a conclu que le logo de la demanderesse avait de puissants effets visuels grâce à sa composition et à l’agencement soigné des éléments visuels. En particulier, l’élément de la feuille d’érable stratégiquement placée constituait l’élément essentiel du logo. Il remplace le point sur

in the word “Canadian”. It was a clever, creative use of design. Again, the word elements “Best” and “Canadian” were nested together in a unique way. His conclusion was that it was wrong to ignore the design features of the Best Canadian logo in understanding the impression created by the logo and necessary to consider whether, as a whole, it was merely descriptive of accommodation services.

Best Western’s new evidence was pages from various Yellow Pages Directories, said to confirm the Board member’s finding that the maple leaf cannot be distinctive of any one particular trader.

Held, the appeal should be dismissed.

In *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, Rothstein J.A. wrote that the Registrar’s decisions, within his area of expertise, were to be reviewed on a reasonableness *simpliciter* standard but that if “additional evidence is adduced in the Trial Division that would have materially affected the Registrar’s findings of fact or the exercise of his discretion, the Trial Division Judge must come to his or her own conclusion as to the correctness of the Registrar’s decision”. However respondent argued that the new evidence did not materially affect the findings of fact or the exercise of the member’s discretion so that the impugned decision ought to be reviewed against the reasonableness *simpliciter* standard.

If applicant’s expert was implying that the member ignored the design features of the mark, he was mistaken. The Board member did not dissect the mark but rather considered it as a whole and as a matter of immediate impression, in a manner not inconsistent with the Act. The consultant’s evidence, while new, was not material. The same could be said for respondent’s new evidence. Reasonableness *simpliciter* was the appropriate review standard.

In *Insurance Co. of Prince Edward Island v. Prince Edward Island Mutual Insurance Co.*, Board Chairman Partington wrote that Act, paragraph 12(1)(b) clearly precluded the registration of a mark which, when sounded, is clearly descriptive in English of the character or quality of the services in association with which it is used. Disclaimer of the right to exclusive use of a word is arguably an admission that it is either clearly descriptive or is otherwise common to the trade. In the case at bar, the new opinion evidence was insufficient to

le «i» dans le mot «Canadian». Cela constitue une utilisation intelligente et créative d’éléments graphiques. Là encore, les mots «Best» et «Canadian» s’emboîtent de façon originale. Le consultant a conclu qu’il était erroné de ne pas tenir compte des caractéristiques graphiques du logo Best Canadian pour comprendre l’effet créé par le logo et qu’il était nécessaire de se demander si le logo, considéré dans son ensemble, n’était qu’une description de services d’hébergement.

La nouvelle preuve de Best Western consistait en des pages tirées de différents annuaires de pages jaunes et confirmerait la décision de la commissaire selon laquelle «la représentation de la feuille d’érable ne peut être un signe distinctif d’un commerçant en particulier».

Arrêt: l’appel doit être rejeté.

Dans l’arrêt *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, le juge Rothstein, J.C.A., a écrit que les décisions du registraire qui relèvent de son champ d’expertise devraient être révisées suivant la norme de la décision raisonnable *simpliciter* mais, si «une preuve additionnelle est déposée devant la Section de première instance et que cette preuve pourrait avoir un effet sur les conclusions de fait du registraire ou sur l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge doit en venir à ses propres conclusions en ce qui concerne l’exactitude de la décision du registraire». La défenderesse a toutefois soutenu que les nouveaux éléments de preuve n’avaient pas d’incidence sur les conclusions de fait ou l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la commissaire, de sorte que la décision contestée devrait être révisée selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

L’expert de la demanderesse a tort s’il insinue que la commissaire n’a pas tenu compte des caractéristiques graphiques de la marque. La commissaire de la Commission n’a pas disséqué la marque, mais l’a plutôt examinée comme un tout et sur le plan de la première impression, d’une façon qui n’est pas incompatible avec la Loi. Si la preuve présentée par le consultant est nouvelle, elle n’est cependant pas importante. On pourrait dire la même chose au sujet de la nouvelle preuve de la défenderesse. La norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

Dans la décision *Insurance Co. of Prince Edward Island c. Prince Edward Island Mutual Insurance Co.*, le président Partington de la Commission a écrit que l’alinéa 12(1)(b) de la Loi interdit clairement l’enregistrement d’une marque qui, sous sa forme sonore, donne une description claire en anglais de la nature ou de la qualité des services en liaison avec lesquels elle est employée. On pourrait soutenir que le désistement du droit à l’usage exclusif d’un mot constitue une admission que le mot est soit clairement descriptif soit d’usage courant dans ce genre

discharge the legal burden of demonstrating that the trade-mark was registrable which fell upon applicant once Best Western met the evidentiary burden in relation to descriptiveness.

Subsequent to the impugned decision, this Court had occasion, in *Fiesta Barbeques Ltd. v. General Housewares Corp.* to consider the interrelationship of paragraph 12(1)(b) with design marks. Russell J. wrote that it is only the verbal component of a design mark that can be sounded in determining whether it is clearly descriptive or deceptively misdescriptive. The Judge went on to say that the word “clearly” was introduced into paragraph 12(1)(b) to preserve the registrability of suggestive marks and concluded that the design mark there at issue—“Grill Gear”, with what appears to be a flame superimposed over the letter A in the word “Gear”—was not “clearly descriptive”. Reference was made to a paper entitled “Design Marks and Word Marks” presented recently at a Law Society of Upper Canada (LSUC) intellectual property program. The author’s opinion was that a word mark incorporating design features is to be sounded by reference to its dominant words and he criticized certain decisions in which marks were broken into component parts, with portions of the marks being ignored. He disagreed with the proposition that the test for sounding a design mark is how the average consumer would refer to it. His conclusion was that if “a design cannot be sounded by itself, then it similarly cannot be sounded when word(s) are added”.

But the decision in the “Grill Gear” case and the conclusion arrived at in the LSUC paper ignored generally applicable statutory construction principles. As pointed out by Iacobucci J. in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, statutory interpretation cannot be founded upon the wording of legislation alone. The words have to be read in their entire context, harmoniously with the purpose of the statute and Parliamentary intent. There was nothing to suggest that a variation from the grammatical and ordinary sense of the words of paragraph 12(1)(b)—and, in particular, the word “sounded”—was required to achieve harmony with the scheme of the Act and the intention of Parliament. Parliament could have provided an exception in the case of design marks which include words as a dominant feature so that they would not have to meet the “sounded” test on the basis of the word elements. The issue that the LSUC paper and applicant urge the Court to address is a policy matter for Parliament to consider.

de commerce. Dans la présente affaire, la nouvelle preuve d’opinion ne permet pas à la demanderesse de s’acquitter de la charge de persuasion qui lui incombait en démontrant que la marque de commerce était enregistrable une fois que Best Western s’est acquittée de la charge de présentation qui lui incombait à l’égard du caractère descriptif.

Depuis qu’a été rendue la décision contestée, la Cour a eu l’occasion d’examiner, dans la décision *Fiesta Barbeques Ltd. c. General Housewares Corp.*, l’alinéa 12(1)(b) au regard des dessins-marques. Le juge Russell a écrit que seule la composante verbale d’un dessin-marque qui peut être sonore sert à déterminer s’il donne une description claire ou une description fausse et trompeuse. Il a ensuite dit qu’on a ajouté le mot «claire» à l’alinéa 12(1)(b) pour permettre l’enregistrement des marques suggestives et a conclu que le dessin-marque en litige dans cette affaire—«Grill Gear», conjugué à ce qui paraît être une flamme superposée à la lettre A dans le mot «Gear»,—ne donnait pas une «description claire». On a mentionné un document intitulé «Design Marks and Word Marks» présenté récemment lors d’une conférence du Barreau du Haut-Canada sur la propriété intellectuelle. Selon l’auteur de ce document, dans le cas d’une marque nominale comportant des éléments graphiques, ce serait les mots prédominants de la marque qui seraient prononcés, et il a critiqué certaines décisions où l’on a divisé les marques en composantes et on n’a pas tenu compte de certains éléments. Il n’a pas été d’accord avec l’affirmation selon laquelle le critère de la sonorité d’un dessin-marque est la façon dont le consommateur moyen la désignerait. Il a conclu que «[s]i un dessin ne peut en soi être sonore, il ne peut, de la même façon, devenir sonore par l’ajout de mots».

La décision «Grill Gear» et la conclusion formulée dans le document du Barreau du Haut-Canada n’ont, de façon générale, toutefois pas tenu compte des principes d’interprétation applicables. Comme le juge Iacobucci l’a fait remarquer dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, l’interprétation législative ne peut être fondée sur le seul libellé du texte de loi. Il faut lire les termes dans leur contexte global en suivant l’objet de la loi et l’intention du législateur. Rien n’indiquait qu’il fallait s’écarter du sens ordinaire et grammatical des mots utilisé à l’alinéa 12(1)(b)—et particulièrement du mot «sonore»—pour s’harmoniser avec l’économie de la loi et l’intention du législateur. Celui-ci aurait pu prévoir une exception à l’égard des dessins-marques comprenant des mots qui constituent une caractéristique dominante de façon à ce qu’elles n’aient pas à satisfaire au critère «sonore» sur le fondement des mots. La question posée dans le document du Barreau du Haut-Canada et que la demanderesse exhorte la Cour à examiner en est une de principe qui doit être examinée par le législateur.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 12(1)(b), (2), 38(8) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 66(2)), 39(1) (as am. *idem*, s. 67), 56.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Fiesta Barbeques Ltd. v. General Housewares Corp. (2003), 28 C.P.R. (4th) 60 (F.C.T.D.).

APPLIED:

Molson Breweries v. John Labatt Ltd., [2000] 3 F.C. 145; (2000), 5 C.P.R. (4th) 180; 252 N.R. 91 (C.A.); *Insurance Co. of Prince Edward Island v. Prince Edward Island Mutual Insurance Co.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 103 (T.M.O.B.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1.

CONSIDERED:

President and Fellows of Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents), [2000] 4 F.C. 528; (2000), 189 D.L.R. (4th) 385; 7 C.P.R. (4th) 1; 223 F.T.R. 320; 290 N.R. 320 (C.A.); *revd by sub nom. Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45; (2002), 219 D.L.R. (4th) 577; 21 C.P.R. (4th) 417; 296 N.R. 1.

REFERRED TO:

Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34 (S.C.C.).

APPLICATION IN APPEAL from a decision of the Registrar of Trade-marks through a Trade-Marks Opposition Board member ((2002, 23 C.P.R. (4th) 110), rejecting an application for registration of a trade-mark. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Christopher J. Pibus for applicant.
Scott R. Miller for respondent.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 12(1)(b) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 59), (2), 38(8) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 66(2)), 39(1) (mod., *idem*, art. 67), 56.

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

Fiesta Barbeques Ltd. c. General Housewares Corp. (2003), 28 C.P.R. (4th) 60 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Brasseries Molson c. John Labatt Ltée, [2000] 3 C.F. 145; (2000), 5 C.P.R. (4th) 180; 252 N.R. 91 (C.A.); *Insurance Co. of Prince Edward Island c. Prince Edward Island Mutual Insurance Co.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 103 (C.O.M.C.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

President and Fellows of Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets), [2000] 4 C.F. 528; (2000), 189 D.L.R. (4th) 385; 7 C.P.R. (4th) 1; 223 F.T.R. 320; 290 N.R. 320 (C.A.); *inf. par sub nom. Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45; (2002), 219 D.L.R. (4th) 577; 21 C.P.R. (4th) 417; 296 N.R. 1.

DÉCISION CITÉE:

Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34 (C.S.C.).

DEMANDE EN APPEL d'une décision par laquelle le registraire des marques de commerce a, par l'entremise d'une commissaire de la Commission des oppositions des marques de commerce ((2002, 23 C.P.R. (4th) 110), repoussé la demande d'enregistrement d'une marque de commerce. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Christopher J. Pibus pour la demanderesse.
Scott R. Miller pour la défenderesse.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto, for applicant.
Marusyk Miller & Swain LLP/MBM & Co. for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

GIBSON J.:

INTRODUCTION

[1] These reasons follow the hearing of an application in appeal from a decision of the Registrar of Trade-marks [(2002), 23 C.P.R. (4th) 110 (T.M.O.B.)] wherein the Registrar, through a member of the Trade-marks Opposition Board, (the member) refused the applicant's application to register the trade-mark "Best Canadian Motor Inns & Design", shown below, based on use in Canada by itself and/or through a licensee since February 1990. The applicant sought registration of the trade-mark in issue in relation to the following services: "Hotel, restaurant and accommodation services; promotional services relating to hotel, restaurant and accommodation services."

[2] The following is a representation of the trade-mark for which registration was sought:



[3] The decision appealed from is dated 20 February, 2002. The appeal is brought pursuant to section 56 of the *Trade-marks Act*¹ (the Act). Subsection 1 of that section reads as follows:

56. (1) An appeal lies to the Federal Court from any decision of the Registrar under this Act within two months from the date on which notice of the decision was dispatched by the Registrar or within such further time as the Court may allow, either before or after the expiration of the two months.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto, pour la demanderesse.
Marusyk Miller & Swain LLP/MBM & Co. pour la défenderesse.

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

LE JUGE GIBSON:

INTRODUCTION

[1] Les présents motifs font suite à l'audition d'une demande déposée en appel d'une décision [(2002), 23 C.P.R. (4th) 110 (C.O.M.C.)] par laquelle le registraire des marques de commerce a, par l'entremise d'une commissaire de la Commission d'opposition des marques de commerce, repoussé la demande d'enregistrement de la demanderesse visant la marque «Best Canadian Motor Inns & Design», reproduite plus loin, sur le fondement de son emploi au Canada depuis février 1990 par elle-même ou par l'entremise d'un licencié. La demanderesse sollicitait l'enregistrement de la marque en litige en liaison avec les services suivants: «Services d'hôtellerie, de restauration et d'hébergement; services de promotion ayant trait aux services d'hôtellerie, de restauration et d'hébergement.»

[2] Ce qui suit est une reproduction de la marque de commerce pour laquelle est demandée l'enregistrement:



[3] La décision frappée d'appel est datée du 20 février 2002. L'appel a été interjeté en vertu de l'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce*¹ (la Loi). Le paragraphe 1 de cet article est rédigé comme suit:

56. (1) Appel de toute décision rendue par le registraire, sous le régime de la présente loi, peut être interjeté à la Cour fédérale dans les deux mois qui suivent la date où le registraire a expédié l'avis de la décision ou dans tel délai supplémentaire accordé par le tribunal, soit avant, soit après l'expiration des deux mois.

[4] On the appeal, the applicant seeks the following relief:

1. an order that the appeal be allowed;
2. an order that application No. 825679, the application on behalf of the applicant that was refused, be allowed;
3. costs of the appeal; and
4. such other and further relief as this Court deems just.

BACKGROUND

[5] The applicant filed its application to register the trade-mark in issue on October 10, 1996. As earlier indicated, it sought registration of the trade-mark in issue in relation to the following services: "Hotel, restaurant and accommodation services; promotional services relating to hotel, restaurant and accommodation services" and based its application on use in Canada by itself and/or through a licensee since February 1990. The application was amended on May 27, 1997 to disclaim the right to the exclusive use of the words "Best, Canadian, Motor and Inns" and to the eleven-point maple leaf design. The application was advertised for opposition purposes on September 17, 1997.

[6] The respondent filed a statement of opposition on January 19, 1998 pleading the following grounds of opposition:

- a) The opponent bases its opposition on the grounds set out in Section 38(2)(a), namely that the application does not comply with the provisions of Section 30(i) in that on the October 10, 1996, date of filing the application, and at the alleged February 1990 date of adoption, the applicant well knew or should have known of the probability of confusion between the mark of its application for the services claimed therein and the well known BEST WESTERN and BEST WESTERN logo trade-marks of the opponent, registered in Canada under regn. 407,630, and regn. 235,558, current copies attached, for the same or similar services. The trade-mark of regn. 407,630 has been used in Canada by the opponent, by itself and/or through its licensees, in association with the services set out in its registration for over 32 years, and the mark of regn. 235,558 has been so

[4] Dans l'appel, la demanderesse sollicite les redressements suivants:

1. une ordonnance accueillant l'appel;
2. une ordonnance accueillant la demande n° 825679, demande de la demanderesse qui a été repoussée;
3. les dépens de l'appel;
4. tout autre redressement que la Cour estime juste.

CONTEXTE

[5] La demanderesse a déposé sa demande d'enregistrement de la marque de commerce en litige le 10 octobre 1996. Comme je l'ai indiqué, elle sollicitait l'enregistrement de la marque de commerce à l'égard de «[s]ervices d'hôtellerie, de restauration et d'hébergement; services de promotion ayant trait aux services d'hôtellerie, de restauration et d'hébergement», et elle a invoqué à l'appui de sa demande l'emploi au Canada de cette marque depuis février 1990 par elle-même ou par l'entremise d'un licencié. Dans une modification apportée à la demande le 27 mai 1997, la demanderesse s'est désistée du droit à l'usage exclusif des mots «Best, Canadian, Motor et Inns» et au dessin de la feuille d'érable à onze pointes. La demande a fait l'objet d'une annonce aux fins d'opposition le 17 septembre 1997.

[6] La défenderesse a déposé une déclaration d'opposition le 19 janvier 1998 dans laquelle elle a fait valoir les motifs d'opposition suivants:

- [TRADUCTION] a) L'opposante fonde son opposition sur le motif exposé à l'alinéa 38(2)a), à savoir que la demande ne satisfait pas aux exigences de l'alinéa 30i) en ce que le 10 octobre 1996, date de production de la demande, et en février 1990, date d'adoption alléguée, la requérante était parfaitement au courant ou aurait dû l'être de la possibilité d'une confusion entre la marque faisant l'objet de la demande pour les services visés et la marque de commerce BEST WESTERN et la marque de commerce logo BEST WESTERN notoirement connues de l'opposante, déposées au Canada sous les numéros d'enregistrement 407,630 et 235,558, copies à jour ci-jointes, pour les mêmes services ou des services semblables. La marque de commerce sous le numéro d'enregistrement 407,630 est employée au Canada par l'opposante, directement et/ou par ses licenciés,

used in Canada for over 22 years. At the October 10, 1996 date of filing the application. Opponent, by itself and/or through licensees, was also using another BEST WESTERN Logo trade-mark extensively in Canada in association with the same or similar services, namely the trade-mark of regn. 460,083, current copy attached. Opponent has been using the trade-mark of regn. 460,083 in Canada since at least as early as April 1994. As a result of continuous and extensive use, opponent's trademarks have become famous throughout Canada. Applicant could not, at the October 10, 1996 and February, 1990 dates aforesaid have been unaware of the reputation residing in the opponent's trade-marks and could not have been satisfied that it was entitled to use the trade-mark of its application in Canada in association with the services claimed in the application.

b) The Opponent bases its opposition on the grounds set out in Section 38(2)(b), namely, that pursuant to the provisions of Section 12(1)(d) the trade-mark is not registrable for the services set out in the application because it is confusing, within the meaning of Section 6, with the following registered trade-marks of the opponent:

- a) Regn. No. 407,630–BEST WESTERN
Registered February 5, 1993
- b) Regn. No. 235,558–BEST WESTERN & Crown/Rectangle
Design
Registered August 31, 1979
- c) Regn. No. 150,720–MEMBER/THE BEST WESTERN
MOTELS & Crown/Rectangle Design
Registered May 12, 1967
- d) Regn. No. 460,083–BEST WESTERN Logo
Registered July 12, 1996

c) The Opponent bases its opposition on the grounds set out in Section 38(2)(b), namely that pursuant to the provisions of Section 12(1)(b), the trade-mark is not registrable for the services set out in the application because it is clearly descriptive or deceptively misdescriptive in the English language of the character or quality of those services.

d) The Opponent bases its opposition on the grounds set out in Section 38(2)(c), namely that pursuant to the provisions of Section 16(1)(a) the applicant is not the

en liaison avec les services indiqués dans l'enregistrement depuis plus de 32 ans, et la marque sous le numéro 235,558 est employée au Canada de la même manière depuis plus de 22 ans. Le 10 octobre 1996, date de production de la demande, l'opposante, directement et/ou par ses licenciés, une autre marque de commerce logo BEST WESTERN en liaison avec les mêmes services ou des services semblables, nommément la marque de commerce portant le numéro d'enregistrement 460,083, copie à jour ci-jointe. L'opposante emploie la marque de commerce portant le numéro d'enregistrement 460,083 au Canada depuis avril 1994 au moins. Cet emploi continu et à large échelle a fait la notoriété des marques de commerce au Canada. La requérante ne pouvait pas, aux dates mentionnées du 10 octobre 1996 et de février 1990, ne pas être au courant de la notoriété des marques de commerce de l'opposante et ne pouvait être convaincue qu'elle avait le droit d'employer la marque de commerce faisant l'objet de sa demande au Canada en liaison avec les services indiqués dans la demande.

b) L'opposante fonde son opposition sur le motif prévu à l'alinéa 38(2)b), à savoir que, selon les dispositions de l'alinéa 12(1)d), la marque de commerce n'est pas enregistrable pour les services indiqués dans la demande parce qu'elle crée de la confusion, au sens de l'article 6, avec les marques de commerce déposées suivantes de l'opposante:

- a) N° d'enreg. 407,630–BEST WESTERN
Enregistrée le 5 février 1993
- b) N° d'enreg. 235,558–BEST WESTERN & le dessin d'une
couronne et d'un rectangle
Enregistrée le 31 août 1979
- c) N° d'enreg. 150,720–MEMBER/THE BEST WESTERN
MOTELS & le dessin d'une couronne et
d'un rectangle
Enregistrée le 12 mai 1967
- d) N° d'enreg. 460,083–logo BEST WESTERN
Enregistrée le 12 juillet 1996

c) L'opposante fonde son opposition sur le motif prévu à l'alinéa 38(2)b), à savoir que, selon les dispositions de l'alinéa 12(1)b), la marque de commerce n'est pas enregistrable pour les services indiqués dans la demande parce qu'elle donne une description fautive et trompeuse, en langue anglaise, de la nature ou de la qualité de ces services.

d) L'opposante fonde son opposition sur le motif prévu à l'alinéa 38(2)c), à savoir que, selon les dispositions de l'alinéa 16(1)a), la requérante n'est pas la personne qui a

person entitled to registration of the trade-mark because at the alleged February 1990 date of adoption, it was confusing with the following trade-marks [BEST WESTERN and BEST WESTERN & Crown/Rectangle Design] previously used and made known in Canada by the Opponent, well prior to said alleged date of adoption and which had not been abandoned as of the September 17, 1997 date of advertisement of the applicant's application.

e) The Opponent bases its opposition on the grounds set out in Section 38(2)(c), namely that pursuant to the provisions of Section 16(1)(c) the Applicant is not the person entitled to registration of the trade-mark because at the alleged February 1990 date of adoption it was confusing with the trade-names BEST WESTERN, BEST WESTERN INTERNATIONAL, and BEST WESTERN INTERNATIONAL INC., previously used and made known in Canada by the opponent and which had not been abandoned as of the September 17, 1997, date of advertisement of the applicant's application.

f) The Opponent bases its opposition on the grounds set out in Section 38(2)(d), namely that having regard to Section 2 of the Trade-marks Act, the trade-mark is not distinctive of the services of the applicant set forth in the application, because it does not distinguish, nor is it adapted to distinguish, said services from identical or like services previously and currently performed in Canada by Opponent, by itself and/or through its licensees, under the BEST WESTERN and BEST WESTERN Logo trade-marks which are registered under registrations 407,630, 235,558 and 460,083, and under its trade-names BEST WESTERN, BEST WESTERN INTERNATIONAL and BEST WESTERN INTERNATIONAL, INC.

[7] The applicant filed and served a counter-statement in which it generally denied the allegations asserted by the respondent in its statement of opposition.

[8] As its evidence, the respondent submitted certified copies of each of its trade-mark registrations, along with a supporting affidavit. The applicant's evidence consisted of three affidavits. Both the respondent and the applicant filed written arguments before the Trade-marks Opposition Board and an oral hearing was conducted by the member at which both parties were represented.

droit à l'enregistrement de la marque de commerce du fait qu'à la date d'adoption alléguée, soit en février 1990, la marque créait de la confusion avec les marques de commerce suivantes [BEST WESTERN et BEST WESTERN & le dessin d'une couronne et d'un rectangle] antérieurement employées ou révélées au Canada par l'opposante bien avant la date d'adoption et non abandonnées au 17 septembre 1997, date de publication de la demande d'enregistrement de la requérante.

e) L'opposante fonde son opposition sur le motif prévu à l'alinéa 38(2)c), à savoir que, selon les dispositions de l'alinéa 16(1)c), la requérante n'est pas la personne qui a droit à l'enregistrement de la marque de commerce du fait qu'à la date d'adoption alléguée, soit février 1990, la marque créait de la confusion avec les noms commerciaux BEST WESTERN, BEST WESTERN INTERNATIONAL et BEST WESTERN INTERNATIONAL INC., antérieurement employés ou révélés au Canada par l'opposante bien avant la date d'adoption et non abandonnés au 17 septembre 1997, date de publication de la demande d'enregistrement de la requérante.

f) L'opposante fonde son opposition sur le motif prévu à l'alinéa 38(2)d), à savoir que, selon les dispositions de l'article 2 de la Loi sur les marques de commerce, la marque de commerce n'est pas distinctive des services de la requérante, du fait qu'elle ne distingue pas, ou n'est pas adaptée à distinguer les services de la requérante indiqués dans la demande de services identiques ou semblables antérieurement ou actuellement exécutés au Canada par l'opposante, soit par elle-même ou par l'entremise d'un licencié, ou par elle-même et par l'entremise d'un licencié, sous la marque de commerce BEST WESTERN et les marques de commerce logo BEST WESTERN déposées sous les numéros d'enregistrement 407,630, 235,558 et 460,083, et sous les noms commerciaux BEST WESTERN, BEST WESTERN INTERNATIONAL et BEST WESTERN INTERNATIONAL, INC.

[7] La demanderesse a produit et signifié une contre-déclaration dans laquelle elle a réfuté de façon générale les allégations formulées par l'opposante dans la déclaration d'opposition.

[8] La défenderesse a présenté en preuve des copies de chacun des enregistrements de ses marques de commerce ainsi qu'un affidavit. La preuve de la demanderesse consistait en trois affidavits. Les deux parties ont produit des observations écrites devant la Commission d'opposition des marques de commerce, et une audience, dirigée par la commissaire, a eu lieu. Les deux parties y ont été représentées.

THE DECISION UNDER REVIEW

[9] The member rejected the applicant's application pursuant to subsection 38(8) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 66(2)] of the Act rather than allowing the application pursuant to subsection 39(1) [as am. *idem*, s. 67] of the Act. Those two subsections read as follows:

38. . . .

(8) After considering the evidence and representations of the opponent and the applicant, the Registrar shall refuse the application or reject the opposition and notify the parties of the decision and the reasons for the decision.

39. (1) When an application for the registration of a trade-mark either has not been opposed and the time for the filing of a statement of opposition has expired or it has been opposed and the opposition has been decided in favour of the applicant, the Registrar shall allow the application or, if an appeal is taken, shall act in accordance with the final judgment given in the appeal.

[10] The applicant's application for registration of the trade-mark in issue was rejected solely on the basis of paragraph 12(1)(b) of the Act, which reads as follows:

12. (1) Subject to section 13, a trade-mark is registrable if it is not

. . .

(b) whether depicted, written or sounded, either clearly descriptive or deceptively misdescriptive in the English or French language of the character or quality of the wares or services in association with which it is used or proposed to be used or of the conditions of or the persons employed in their production or of their place of origin; [Emphasis added.]

[11] After reviewing the evidence before the Trade-marks Opposition Board and relevant precedents before it, the member wrote in his or her reasons for decision [at paragraph 35]:

I respectfully disagree with the applicant's [here also the applicant's] submission that even if the words BEST

LA DÉCISION FRAPPÉE D'APPEL

[9] La commissaire a repoussé la demande de la demanderesse en vertu du paragraphe 38(8) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 66(2)] de la Loi au lieu d'admettre l'opposition en vertu du paragraphe 39(1) [mod., *idem*, art. 67] de la Loi. Ces deux paragraphes sont rédigés comme suit:

38. [. . .]

(8) Après avoir examiné la preuve et les observations des parties, le registraire repousse la demande ou rejette l'opposition et notifie aux parties sa décision ainsi que ses motifs.

39. (1) Lorsqu'une demande n'a pas fait l'objet d'une opposition et que le délai prévu pour la production d'une déclaration d'opposition est expiré, ou lorsqu'il y a eu opposition et que celle-ci a été décidée en faveur du requérant, le registraire l'admet ou, en cas d'appel, il se conforme au jugement définitif rendu en l'espèce.

[10] La demande d'enregistrement de la marque en litige de la demanderesse a été repoussée uniquement sur le fondement de l'alinéa 12(1)b) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 59] de la Loi, rédigé comme suit:

12. (1) Sous réserve de l'article 13, une marque de commerce est enregistrable sauf dans l'un ou l'autre des cas suivants:

[. . .]

b) qu'elle soit sous forme graphique, écrite ou sonore, elle donne une description claire ou donne une description fausse et trompeuse, en langue française ou anglaise, de la nature ou de la qualité des marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée, ou à l'égard desquels on projette de l'employer, ou des conditions de leur production, ou des personnes qui les produisent, ou du lieu d'origine de ces marchandises ou services; [Non souligné dans l'original.]

[11] Après avoir examiné la preuve soumise à la Commission d'opposition des marques de commerce et la jurisprudence pertinente, la commissaire a écrit ce qui suit dans ses motifs [au paragraphe 35]:

Je ne suis pas d'accord avec la requérante quant elle soutient que même si les mots BEST, CANADIAN, MOTOR et INNS

CANADIAN MOTOR and INNS are clearly descriptive, the applied for mark is still registrable in view of the other design components. In this regard, the representation of the maple leaf has been disclaimed and, as asserted by the opponent, cannot be distinctive of any one particular trader. As for the lines appearing above and below the words BEST CANADIAN, and the fact that these words use a different font and style of lettering than what is used for the words MOTOR INNS, I do not consider these design features are sufficient to render the mark registrable. In my view, the applied for mark would be sounded by reference to the dominant words forming the mark. I would therefore expect the average person to sound the applicant's mark as "BEST CANADIAN MOTOR INNS". I therefore find that the mark is clearly descriptive, or deceptively misdescriptive, when sounded, of the applicant's services in Canada and therefore offends s.12(1)(b) of the Act. This ground of opposition is therefore successful.

NEW EVIDENCE BEFORE THE COURT

[12] Pursuant to subsection 56(5) of the Act, both the applicant and the respondent herein were entitled to adduce new evidence before this Court, that is to say, evidence that was not before the member when she or he arrived at the decision under appeal. Both the applicant and the respondent availed themselves of this entitlement.

[13] The applicant filed the expert affidavit of Mr. Chris Yaneff, R.G.D., F.GDC, R.C.A., a consultant in design, marketing and communications. Mr. Yaneff, after reciting his impressive qualifications, attested that he had been asked:

... to review the logo used by the Applicant in connection with its hotel/motel services. In particular, I have been asked to consider whether the Best Canadian logo possesses any design features, and if so, whether those design/features, create any impact (visual or otherwise) when the logo is viewed.

Mr. Yaneff concluded in the following term:

Based on my experience as a designer of logos and a branding consultant, I have made the following observations and reached the following conclusions about the Best Canadian logo:

sont une description claire, la marque faisant l'objet de la demande demeure enregistrable en raison des autres éléments graphiques. À cet égard, la représentation de la feuille d'érable a fait l'objet d'un désistement et, comme l'affirme l'opposante, elle ne peut donc avoir un caractère distinctif à l'égard d'aucun commerçant particulier. En ce qui concerne les lignes qui figurent au-dessus et au-dessous des mots BEST CANADIAN, et le fait que ces mots sont dans un caractère et un style typographiques différents de ceux qui sont utilisés pour les mots MOTOR INNS, je n'estime pas ces caractéristiques graphiques suffisantes pour que la marque devienne enregistrable. Selon moi, la marque faisant l'objet de la demande serait prononcée sur la base des mots prédominants qui la forment. Je m'attendrais donc à ce que la personne ordinaire prononce la marque de la requérante en utilisant les mots «BEST CANADIAN MOTOR INNS». Je conclus donc que la marque donne une description claire ou donne une description fausse et trompeuse, quand elle est prononcée, des services de la requérante au Canada et qu'elle est, de ce fait, non conforme à l'alinéa 12(1)b) de la Loi. Par conséquent, ce motif d'opposition est accueilli.

NOUVELLE PREUVE DEVANT LA COUR

[12] Selon le paragraphe 56(5) de la Loi, tant la demanderesse que la défenderesse avaient le droit d'apporter une nouvelle preuve devant la Cour, c'est-à-dire une preuve dont ne disposait pas la commissaire quand elle est parvenue à la décision frappée d'appel. Les deux parties se sont prévaluées de ce droit.

[13] La demanderesse a produit l'affidavit d'un expert, M. Chris Yaneff, R.G.D., F.GDC, R.C.A., consultant en design, marketing et communications. Après avoir énuméré ses impressionnantes qualifications, M. Yaneff a affirmé qu'on lui avait demandé:

[TRADUCTION] [...] d'examiner le logo utilisé par la demanderesse en liaison avec ses services d'hôtellerie (hôtel/motel). Particulièrement, on [lui] a demandé d'examiner la question de savoir si le logo de Best Canadian possède des particularités graphiques, et, dans l'affirmative, si elles créent un effet, visuel ou autre, lorsqu'on regarde le logo.

La conclusion de M. Yaneff est rédigée comme suit:

[TRADUCTION] Me fondant sur mon expérience en tant que concepteur de logos et consultant en marques de commerce, je tire les observations et conclusions suivantes au sujet du logo Best Canadian:

- | | |
|---|--|
| <p>(a) The logo was effectively designed, and delivers a visually attractive impression, based on the graphic features and the composition and condensed placement of elements and text within the overall design of the logo;</p> <p>(b) Like many of the best commercial logos, the Best Canadian logo maximizes its visual effect by relying on the economical but strategic use of design elements. Simple designs can have a powerful visual impact, and that is exactly what the Best Canadian logo delivers.</p> <p>(c) Composition and careful placement of the visual elements are the means to achieving the visual impact. In particular, the strategic placement of the maple leaf element serves as the visual keynote to the logo. Instead of a normal letter “i” in the word “Canadian”, the design places the maple leaf where you would expect to see the “dot” over the “i”. In effect, the “i” is dotted by the maple leaf. This is a creative and clever use of design elements, that catches the eye, and stimulates visual interest. Using simple elements, the designer has achieved an attractive visual effect. Attention is also drawn to this feature by having the top-most point of the leaf interrupt the horizontal framing line at the top of the logo. Visually, the eye’s progress along the line is arrested by the interposed point of the leaf. Again this serves to add visual interest, and is an economical and effective use of the graphic elements.</p> <p>(d) I also note that the word elements “Best” and “Canadian” are nested together in a unique way: the words are tightly positioned, so that “Best” is fitted between the letters “C” and “d” in “Canadian”. This condensed form of design, combined with the clever use of the leaf to dot the “i”, creates a strong unified design conveying and establishing an effective visual identity for the Applicant.</p> | <p>a) Visuellement attrayant, le logo comporte un dessin efficace grâce aux éléments graphiques et à une composition et un agencement compact d’éléments et de texte dans l’ensemble graphique;</p> <p>b) Comme beaucoup des meilleurs logos commerciaux, l’effet visuel du logo Best Canadian est maximisé par l’emploi économique mais stratégique d’éléments de communication graphique. Des dessins simples peuvent avoir de puissants effets visuels, et c’est exactement ce que propose le logo Best Canadian.</p> <p>c) Les moyens utilisés pour produire l’effet visuel sont la composition et l’agencement soigné des éléments visuels. En particulier, l’élément de la feuille d’érable stratégiquement placée constitue l’élément essentiel du logo. Au lieu d’avoir une lettre «i» normale dans le mot «Canadian», la feuille d’érable remplace le point sur le «i». En effet, le «i» a pour point une feuille d’érable. Cela constitue une utilisation créative et intelligente d’éléments graphiques qui attire le regard et stimule l’intérêt visuel. Le concepteur a réussi à créer un effet visuel attrayant en utilisant des éléments simples. Au haut du logo, l’interruption de la ligne supérieure au haut de la feuille attire également l’attention sur cette caractéristique. Visuellement, la feuille interrompt la ligne suivie par l’œil. Encore une fois, cela contribue à accroître l’intérêt visuel et constitue un emploi économique et efficace d’éléments graphiques.</p> <p>d) Je remarque aussi que les mots «Best» et «Canadian» s’emboîtent de façon originale: le mot «Best» est inséré entre les lettres «c» et «d» de «Canadian». Cette forme de dessin compacte, alliée à l’utilisation astucieuse de la feuille pour remplacer le point du «i», crée un dessin puissant et unifié ainsi qu’une identité visuelle efficace pour la demanderesse.</p> |
|---|--|

Based on this analysis, it is in my opinion wrong to ignore the design features of the Best Canadian logo in attempting to understand the impression created by the logo, and to consider whether the logo as a whole is merely descriptive of accommodation services. In my opinion, the visual effect of the design features of the logo (as enumerated above) should form part of any analysis of this trademark. [Emphasis in original.]

Mr. Yaneff’s qualifications as an expert to deliver the opinions expressed in the foregoing quotation were not in dispute before the Court.

Vu cette analyse, je suis d’avis qu’il est erroné de ne pas tenir compte des caractéristiques graphiques du logo Best Canadian pour essayer de comprendre l’effet créé par ce logo et de se demander si le logo, considéré dans son ensemble, n’est qu’une description de services d’hébergement. À mon avis, l’effet visuel des caractéristiques graphiques du logo (énumérées plus haut) devraient faire partie de toute analyse de la marque de commerce. [Caractères gras dans l’original.]

On n’a pas contesté devant la Cour que M. Yaneff est un expert compétent apte à formuler l’opinion exprimée dans l’extrait précédent.

[14] The respondent's new evidence consisted of seven affidavits all appending pages from various Yellow Pages Directories. In the memorandum of fact and law filed on behalf of the respondent, the respondent alleges that the new evidence filed on its behalf:

. . . confirms the decision of [the Member], that "the representation of the maple leaf cannot be distinctive of any one particular trader."

THE ISSUES

[15] In the memorandum of fact and law filed on behalf of the applicant, the points in issue are described in the following terms:

- [1]. What is the scope of review of a decision of the Registrar in an appeal under s. 56 of the *Trade-marks Act*?
- [2]. Did the Registrar err in concluding that the BEST CANADIAN Logo is clearly descriptive of the Applicant's services;
 - (a) in placing undue emphasis on the BEST CANADIAN Logo "as sounded", and failing to consider its constituent design elements;
 - (b) in ignoring the design features of the BEST CANADIAN Logo in evaluating whether the trademark was registrable;
 - (c) in failing to consider the significance of the design features, and in particular the placement of the said features, and the overall composition of the BEST CANADIAN Logo Trademark, in determining whether the trademark was clearly descriptive;
 - (d) in failing to consider the BEST CANADIAN Logo as a whole, and in particular, choosing to focus on the textual elements of the Logo, apart from the visual design elements; and
 - (e) in dissecting the BEST CANADIAN Logo, rather than evaluating the overall impression of the trademark?
- [3]. Is the BEST CANADIAN Logo properly regarded clearly descriptive of the Applicant's services in light of the new expert evidence filed by the Applicant?

[14] La nouvelle preuve de la défenderesse consistait en sept affidavits, auxquels étaient jointes des pages de différents annuaires de pages jaunes. Dans son mémoire des faits et du droit, elle a allégué que sa nouvelle preuve:

[TRADUCTION] [. . .] confirme la décision de [la commissaire] selon laquelle «la représentation de la feuille d'érable ne peut être un signe distinctif d'un commerçant en particulier».

QUESTIONS EN LITIGE

[15] Les points en litige dans le mémoire des faits et du droit de la demanderesse sont énoncés comme suit:

[TRADUCTION]

- [1]. Quelle est l'étendue du contrôle d'une décision du registraire dans le cadre d'un appel interjeté en vertu de l'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce*?
- [2]. Le registraire a-t-il commis une erreur en concluant que le logo BEST CANADIAN donne une description claire des services de la demanderesse
 - a) en mettant indûment l'accent sur la «sonorité» du logo BEST CANADIAN et en n'examinant pas les éléments graphiques constitutifs;
 - b) en ne tenant pas compte des caractéristiques graphiques du logo BEST CANADIAN pour évaluer si la marque de commerce est enregistrable;
 - c) en n'examinant pas la signification des caractéristiques graphiques, et particulièrement l'agencement de ces caractéristiques et l'ensemble de la composition de la marque de commerce logo BEST CANADIAN pour déterminer si la marque de commerce est clairement descriptive;
 - d) en n'examinant pas le logo BEST CANADIAN comme un tout et, en particulier, en choisissant de mettre l'accent sur les éléments écrits du logo indépendamment des éléments graphiques visuels;
 - e) en disséquant le logo BEST CANADIAN au lieu d'évaluer l'impression globale produite par la marque de commerce?
- [3]. Le logo BEST CANADIAN est-il à bon droit considéré comme donnant une description claire des services de la demanderesse eu égard à la nouvelle preuve d'expert déposée par la demanderesse?

[4]. Should the Applicant's trademark application be allowed in light of the new evidence before the Registrar and this Court?

ANALYSIS

(a) The scope or standard of review on an appeal such as this

[16] In *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*,² Justice Rothstein, for the majority, wrote at paragraph 51:

Even though there is an express appeal provision in the *Trade-marks Act* to the Federal Court, expertise on the part of the Registrar has been recognized as requiring some deference. Having regard to the Registrar's expertise, in the absence of additional evidence adduced in the Trial Division, I am of the opinion that decisions of the Registrar, whether of fact, law or discretion, within his area of expertise, are to be reviewed on a standard of reasonableness *simpliciter*. However, where additional evidence is adduced in the Trial Division that would have materially affected the Registrar's findings of fact or the exercise of his discretion, the Trial Division judge must come to his or her own conclusion as to the correctness of the Registrar's decision. [Emphasis added.]

[17] Counsel for the applicant urged that the expert opinion of Mr. Yaneff that was first adduced before this Court would have materially affected the member's, here acting on behalf of the Registrar, findings of fact or the exercise of the member's discretion and that therefore I should come to my own conclusion as to the "correctness" of the member's decision. By contrast, counsel for the respondent urged that none of the new materials before the Court materially affect the findings of fact or the exercise of the member's discretion and that therefore the decision under appeal should be reviewed against a standard of reasonableness *simpliciter*.

[18] The Court is, of course, conscious of recent decisions from the Supreme Court of Canada that require

[4]. Devrait-on faire droit à la demande de marque de commerce de la demanderesse vu la nouvelle preuve soumise au registraire et à la Cour?

ANALYSE

a) Étendue du contrôle ou norme de contrôle applicable dans le cadre d'un appel comme celui interjeté en l'espèce

[16] Dans l'arrêt *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*², le juge Rothstein a, au nom de la majorité, écrit ce qui suit au paragraphe 51:

Même s'il y a, dans la *Loi sur les marques de commerce*, une disposition portant spécifiquement sur la possibilité d'un appel à la Cour fédérale, les connaissances spécialisées du registraire sont reconnues comme devant faire l'objet d'une certaine déférence. Compte tenu de l'expertise du registraire, et en l'absence de preuve supplémentaire devant la Section de première instance, je considère que les décisions du registraire qui relèvent de son champ d'expertise, qu'elles soient fondées sur les faits, sur le droit ou qu'elles résultent de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, devraient être révisées suivant la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Toutefois, lorsqu'une preuve additionnelle est déposée devant la Section de première instance et que cette preuve aurait pu avoir un effet sur les conclusions du registraire ou sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge doit en venir à ses propres conclusions en ce qui concerne l'exactitude de la décision du registraire. [Non souligné dans l'original.]

[17] L'avocat de la demanderesse a soutenu que l'opinion d'expert de M. Yaneff qui a été présentée pour la première fois devant la Cour aurait pu avoir un effet sur les conclusions de fait ou sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la commissaire, qui a agi en l'espèce pour le compte du registraire, et que je devrais par conséquent tirer ma propre conclusion en ce qui concerne «l'exactitude» de sa décision. À l'opposé, l'avocat de la défenderesse a soutenu qu'aucun des nouveaux documents soumis à la Cour n'avait d'incidence importante sur les conclusions de fait ou l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la commissaire, et que la décision frappée d'appel devrait donc être révisée selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

[18] La Cour connaît bien sûr les derniers arrêts de la Cour suprême du Canada qui préconisent une analyse

application of a “pragmatic and functional” analysis to determine the appropriate standard of review.³ Against those decisions and the required pragmatic and functional analysis which I do not propose to detail here, I am satisfied that the foregoing passage from *Molson Breweries* remains good law.

[19] In his ultimate conclusion, quoted earlier in these reasons, Mr. Yaneff expresses his opinion that it would be wrong to ignore the design features of the “Best Canadian Logo” that was before the member, in attempting to understand the impression created by the logo, and in determining whether the logo as a whole is clearly descriptive or deceptively misdescriptive of accommodation services. He expresses the opinion that “the visual effect of the design features of the logo. . . should form part of any analysis of this trademark”.

[20] I am satisfied that, if Mr. Yaneff is implying that the member ignored the design feature of the mark in question in arriving at her or his decision, he is simply wrong. The member’s conclusion with regard to descriptiveness, quoted earlier in these reasons [at paragraph 11] but repeated here for ease of reference, is in the following terms:

I respectfully disagree with the applicant’s submission that even if the words BEST CANADIAN MOTOR and INNS are clearly descriptive, the applied for mark is still registrable in view of the other design components. In this regard, the representation of the maple leaf has been disclaimed and, as asserted by the opponent, cannot be distinctive of any one particular trader. As for the lines appearing above and below the words BEST CANADIAN, and the fact that these words use a different font and style of lettering than what is used for the words MOTOR INNS, I do not consider these design features are sufficient to render the mark registrable. In my view, the applied for mark would be sounded by reference to the dominant words forming the mark. I would therefore expect the average person to sound the applicant’s mark as “BEST CANADIAN MOTOR INNS”. I therefore find that the mark is clearly descriptive, or deceptively misdescriptive, when sounded, of the applicant’s services in Canada and therefore offends s. 12(1)(b) of the Act. This ground of opposition is therefore successful. [Emphasis added.]

«pragmatique et fonctionnelle» pour déterminer la norme de contrôle appropriée³. Compte tenu de ces arrêts et de l’analyse pragmatique et fonctionnelle requise—que je n’ai pas l’intention d’expliquer en détail en l’espèce —, j’estime que le passage précité de l’arrêt *Brasseries Molson* est toujours valable en droit.

[19] Dans sa conclusion finale, reproduite plus tôt, M. Yaneff émet l’opinion qu’il serait erroné de ne pas tenir compte des caractéristiques graphiques du logo «Best Canadian» présenté à la commissaire pour comprendre l’effet créé par le logo et déterminer si, considéré dans son ensemble, il donne une description claire ou donne une description fautive et trompeuse de services d’hébergement. Selon lui, «l’effet visuel des caractéristiques graphiques du logo [. . .] devrait faire partie de toute analyse de cette marque de commerce».

[20] Je suis convaincu que M. Yaneff a tout simplement tort s’il insinue que la commissaire n’a pas tenu compte des caractéristiques graphiques de la marque en litige pour parvenir à sa décision. La conclusion de la commissaire quant au caractère descriptif, reproduite plus haut, est reprise à nouveau ici par souci de commodité [au paragraphe 11]:

Je ne suis pas d’accord avec la requérante quant elle soutient que même si les mots BEST, CANADIAN, MOTOR et INNS sont une description claire, la marque faisant l’objet de la demande demeure enregistable en raison des autres éléments graphiques. À cet égard, la représentation de la feuille d’érable a fait l’objet d’un désistement et, comme l’affirme l’opposante, elle ne peut donc avoir un caractère distinctif à l’égard d’aucun commerçant particulier. En ce qui concerne les lignes qui figurent au-dessus et au-dessous des mots BEST CANADIAN, et le fait que ces mots sont dans un caractère et un style typographiques différents de ceux qui sont utilisés pour les mots MOTOR INNS, je n’estime pas ces caractéristiques graphiques suffisantes pour que la marque devienne enregistable. Selon moi, la marque faisant l’objet de la demande serait prononcée sur la base des mots prédominants qui la forment. Je m’attendrais donc à ce que la personne ordinaire prononce la marque de la requérante en utilisant les mots «BEST CANADIAN MOTOR INNS». Je conclus donc que la marque donne une description claire ou donne une description fautive et trompeuse, quand elle est prononcée, des services de la requérante au Canada et qu’elle est, de ce fait, non conforme à l’alinéa 12(1)(b) de la Loi. Par conséquent, ce motif d’opposition est accueilli. [Non souligné dans l’original.]

[21] The foregoing concluding paragraph simply does not ignore the design features of the mark in question although it does not specifically mention the intersection of the top line by the maple leaf and the “nesting” of the words “Best” and “Canadian”, design features that Mr. Yaneff prefers to emphasize. It does not dissect the mark but rather considers the mark as a whole and as a matter of immediate impression, in a manner that, I am satisfied, is not inconsistent with the Act. While the quoted paragraph reaches a conclusion different from that which would appear to be advocated by Mr. Yaneff, I am satisfied that that is not the test for determining whether Mr. Yaneff’s evidence, while undoubtedly new, is material. I conclude that his evidence is not new material evidence. I reach the same conclusion with regard to the new evidence filed with this Court on behalf of the respondent. In the result, I am satisfied that the appropriate standard of review on this appeal is reasonableness *simpliciter*.

- (b) Against a standard of reasonableness *simpliciter*, did the member err in concluding that the mark at issue is clearly descriptive of the applicant’s services and therefore not registrable?

[22] Given the foregoing brief analysis and conclusion with respect to standard of review, I am satisfied that the foregoing issue question fully comprehends the second, third and fourth issue questions posed on behalf of the applicant and set out earlier in these reasons.

[23] In arriving at the conclusion regarding descriptiveness of the mark at issue that is quoted earlier in these reasons, the member noted [at paragraph 32]:

Section 12(1)(b) of the Act prohibits the registration of trade-marks that are clearly descriptive when depicted, written or sounded.

Noting the difficulty posed by the concept “or sounded” in paragraph 12(1)(b) of the Act when applied to design marks, the member further noted that the issue had been dealt with by former Chairman of the Trade-marks

[21] Dans ce paragraphe de conclusion, la commissaire ne passe pas sous silence les caractéristiques graphiques de la marque en litige même si elle ne mentionne pas expressément l’intersection entre la ligne supérieure et la feuille d’érable et l’«encastrement» des mots «Best» et «Canadian», caractéristiques graphiques sur lesquelles M. Yaneff préfère mettre l’accent. Elle ne dissèque pas la marque, mais l’examine plutôt comme un tout et sur le plan de la première impression, d’une façon qui n’est pas, j’en suis convaincu, incompatible avec la Loi. Ce paragraphe propose une solution différente de celle que semble préconiser M. Yaneff, mais je suis convaincu qu’il ne s’agit pas du critère permettant de décider si la preuve présentée par M. Yaneff, quoique sans contredit nouvelle, est importante. Je conclus que la preuve présentée par M. Yaneff n’est pas une nouvelle preuve importante. Je parviens à la même conclusion en ce qui concerne la nouvelle preuve de la défenderesse déposée devant la Cour. En conséquence, j’estime que la norme de contrôle appropriée dans le présent appel est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

- b) Selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, la commissaire a-t-elle commis une erreur en concluant que la marque en cause donne une description claire des services de la demanderesse et n’est par conséquent pas enregistrable?

[22] Vu la brève analyse qui précède et la conclusion au sujet de la norme de contrôle, je suis convaincu que cette question englobe les questions 2, 3 et 4 susmentionnées de la demanderesse.

[23] Pour parvenir à la conclusion précitée quant au caractère descriptif de la marque en litige, la commissaire a noté [au paragraphe 32]:

L’alinéa 12(1)(b) de la Loi interdit l’enregistrement d’une marque de commerce qui donne une description claire sous forme graphique, écrite ou sonore.

Notant la difficulté posée par la notion véhiculée par l’expression «ou sonore» de l’alinéa 12(1)(b) de la Loi lorsqu’on l’applique aux marques de commerce, la commissaire a ensuite fait remarquer que l’ancien

Opposition Board Partington in *Insurance Co. of Prince Edward Island v. Prince Edward Island Mutual Insurance Co.*⁴ In that decision, Chairman Partington, after reviewing two earlier decisions of the Trade-marks Opposition Board dealing with design marks that, as here, incorporated dominant descriptive words, wrote [at paragraphs 9-10]:

In my view, paragraph 12(1)(b) of the *Trade-marks Act* may not have been intended to preclude the registration of a design trade-mark comprising design elements which could otherwise be registrable as a trade-mark apart from the descriptive wording. Certainly, it does not seem reasonable that a design trade-mark should suddenly become unregistrable by virtue of the addition of a descriptive word (or descriptive words), particularly where Section 35 of the *Trade-marks Act* contemplates the disclaimer of such portions of a trade-mark. On the other hand, the wording of Paragraph 12(1)(b) of the Act is clear in precluding the registration of a trade-mark which, when sounded, is *inter alia* clearly descriptive in the English language of the character or quality of the services in association with which it is used. In this regard, the Registrar must apply the *Trade-marks Act* as it currently exists and not as it ought to be drafted.

In the present case, the applicant has disclaimed the right to the exclusive use of the word MUTUAL apart from its trade-mark and such disclaimer is arguably an admission that the word is either clearly descriptive of the character or quality of the applicant's services, or is otherwise common to the trade or is the name of such services. Furthermore, the dictionary meaning of the word MUTUAL as an adjective confirms that it is descriptive as applied to insurance related services. As a result, and having regard to the above decisions of the Opposition Board, I find that the opponent has met its evidential burden in relation to this ground and that the applicant must therefore meet the legal burden upon it of demonstrating that its trade-mark MUTUAL & Design is registrable. However, no evidence or argument has been presented by the applicant to establish that its trade-mark does not offend the provisions of Paragraph 12(1)(b) of the *Trade-marks Act*. Likewise, no evidence has been furnished by the applicant to establish that, as of the filing date of the present application, the mark MUTUAL & Design had become distinctive in Canada, as contemplated by Subsection 12(2) of the *Trade-marks Act*. The applicant has therefore failed to meet

président Partington de la Commission d'opposition des marques de commerce s'était penché sur cette question dans la décision *Insurance Co. of Prince Edward Island c. Prince Edward Island Mutual Insurance Co.*⁴ Le président Partington a, après avoir examiné deux décisions antérieures de la Commission d'opposition des marques de commerce portant sur des dessins-marques qui, comme en l'espèce, comprenaient des mots descriptifs dominants, écrit ce qui suit [aux paragraphes 9 et 10]:

À mon avis, l'alinéa 12(1)(b) de la *Loi sur les marques de commerce* n'a vraisemblablement pas été conçu pour interdire l'enregistrement d'un dessin-marque comportant des éléments graphiques qui pourraient autrement être enregistrables comme des marques de commerce sans les termes descriptifs. Incontestablement, il ne semble pas raisonnable qu'un dessin-marque devienne subitement non enregistrable en raison de l'ajout d'un mot descriptif (ou de mots descriptifs), particulièrement parce que l'article 35 de la *Loi sur les marques de commerce* prévoit le désistement à l'égard de ces parties d'une marque de commerce. D'autre part, la formulation de l'alinéa 12(1)(b) de la Loi interdit de manière claire l'enregistrement d'une marque de commerce qui, sous sa forme sonore, donne notamment une description claire en langue anglaise de la nature ou de la qualité des services en liaison avec lesquels elle est employée. À cet égard, le registraire est tenu d'appliquer la *Loi sur les marques de commerce* comme elle existe et non comme elle aurait dû être conçue.

En l'espèce, la requérante s'est désistée du droit à l'usage exclusif du mot MUTUAL séparément de sa marque de commerce et par ce désistement, peut-on soutenir, elle admet que le mot, soit donne une description claire de la nature ou de la qualité des services de la requérante, soit est d'usage courant dans ce genre de commerce, soit est le nom de ces services. En outre, le sens que donne le dictionnaire du mot MUTUAL employé comme adjectif confirme qu'il est descriptif quand il est appliqué aux services reliés à l'assurance. Par conséquent, compte tenu des décisions mentionnées ci-dessus de la Commission des oppositions des marques de commerce, je conclus que l'opposante s'est acquittée de la charge de présentation qui lui incombait à l'égard de ce motif d'opposition et que la requérante doit donc s'acquitter de la charge de persuasion qui lui revient, d'établir que sa marque de commerce MUTUAL & Design est enregistrable. Cependant, la requérante n'a présenté aucune preuve ni aucun argument pour établir que sa marque de commerce ne contrevient pas aux dispositions de l'alinéa 12(1)(b) de la *Loi sur les marques de commerce*. De même, elle n'a produit aucune preuve établissant qu'à la date de

its legal burden in relation to the final ground. Thus, the Paragraph 12(1)(b) ground of opposition is successful.

[24] On the facts of this matter, the member clearly concluded that, as in the case before Chairman Partington, the opponent, Best Western, had met the evidentiary burden on it in relation to descriptiveness. Thus it fell to the applicant to meet the legal burden of demonstrating that its trade-mark here at issue was registrable. As noted earlier in these reasons, the applicant presented new evidence before this Court in the form of an expert affidavit of Chris Yaneff. I have earlier concluded in these reasons that that new evidence is not of such weight as to be likely to have materially affected the decision under appeal. Put another way, I am satisfied that the new evidence is insufficient to discharge the legal burden on the applicant.

[25] Since the date of the decision of the member that is under review, the issue of the interrelationship of paragraph 12(1)(b) of the Act with design marks came before this Court in *Fiesta Barbeques Ltd. v. General Housewares Corp.*⁵ As here, the matter before the Court was an appeal from a decision of the Trade-marks Opposition Board refusing to register as a trade-mark the following design mark:



as a proposed use trade-mark in association with barbecue accessories. The Trade-marks Opposition Board found the proposed design mark to be clearly descriptive of the applicant's wares, when sounded. On the issue of descriptiveness, my colleague Justice Russell, wrote at paragraphs 33-35 of his reasons:

production de la présente demande, la marque MUTUAL & Design était devenue distinctive au Canada, comme le prévoit le paragraphe 12(2) de la *Loi sur les marques de commerce*. La requérante ne s'est donc pas acquittée de son fardeau de persuasion en ce qui concerne le dernier motif d'opposition. Par conséquent, le motif d'opposition fondé sur l'alinéa 12(1)(b) est accueilli.

[24] Concernant les faits de la présente affaire, la commissaire a clairement conclu que, comme dans l'affaire dont était saisi le président Partington, l'opposante, Best Western, s'était acquittée de la charge de présentation qui lui incombait à l'égard du caractère descriptif. Par conséquent, il incombait à la demanderesse de s'acquitter de la charge de persuasion en démontrant que la marque en litige dans la présente affaire était enregistrable. Comme je l'ai fait remarquer plus tôt dans les présents motifs, la demanderesse a présenté une nouvelle preuve à la Cour: l'affidavit d'expert de Chris Yaneff. J'ai conclu plus tôt que le poids de cette nouvelle preuve est insuffisant pour qu'on puisse conclure qu'elle aurait vraisemblablement influé sur la décision frappée d'appel. En d'autres mots, je suis convaincu que cette nouvelle preuve ne permet pas à la demanderesse de s'acquitter de sa charge de persuasion.

[25] Depuis la date de la décision frappée d'appel, la Cour a examiné l'alinéa 12(1)(b) de la Loi au regard des dessins-marques dans la décision *Fiesta Barbeques Ltd. c. General Housewares Corp.*⁵ Comme en l'espèce, il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Commission d'opposition des marques de commerce avait refusé d'enregistrer en tant que marque de commerce le dessin-marque



pour son emploi proposé en liaison avec des accessoires de barbecue. La Commission d'opposition des marques de commerce a conclu que le dessin-marque proposé donnait, dans sa forme sonore, une description claire des marchandises de la requérante. Aux paragraphes 33 à 35 de ses motifs, mon collègue le juge Russell a écrit ce qui suit au sujet du caractère descriptif:

Also, as a design mark, it is not accurate to say that, when sounded, it is either clearly descriptive or deceptively misdescriptive of the character or quality of the wares or services in association with which it is used or proposed to be used. At most, it is only the verbal component of the Subject Trade-Mark that could be sounded in this way.

In this case the verbal components of the Subject Trade-Mark and the flame motif have to be looked at as a whole and clearly give it sufficient distinctive elements to distance it from any terminology a trader might wish to use to describe wares of a similar kind.

In my opinion, the Subject Trade Mark is fairly analogous to the “KIDFITTER” kind of mark discussed in *GWG Ltd. v. Registrar of Trade-Marks* . . . , where two words are combined to make a coined word. In addition, in the present case, a design element is added. As discussed in *GWG*, . . . , the word “clearly” has been introduced in 12(1)(b) of the Act to preserve the registrability of suggestive marks. The issue is not whether the Subject Trade Mark is descriptive or suggestive but whether it is “clearly descriptive.” In my opinion, it is not. [Citations omitted.]

On that appeal before Justice Russell, the respondent did not file a notice of appearance, made no written submissions and did not appear at the hearing.

[26] Counsel for the applicant put before the Court, as an authority, a paper entitled “Design Marks and Word Marks”. It purports to have been prepared by a Mr. Frank Farfan and to have been presented for “The Six-Minute Intellectual Property Lawyer Program” of the Law Society of Upper Canada, held on November 7, 2003. An enquiry to the Law Society of Upper Canada indicates that the paper had not been published and was not generally available for distribution on the date this appeal was heard. In the circumstances, the value of the paper as an authority is questionable but, since its introduction and reference to it was not objected to on behalf of the respondent, I will nonetheless comment on it.

[27] Mr. Farfan refers to the “Grill Gear” decision before the Trade-marks Opposition Board and notes the

De plus, il n’est pas exact de dire que le dessin-marque, lorsqu’il est sous forme sonore, donne une description claire ou donne une description fautive et trompeuse de la nature ou de la qualité des marchandises ou services en liaison avec lesquels il est employé, ou à l’égard desquels on projette de l’employer. Tout au plus peut-on considérer la composante verbale de la marque de commerce comme un élément sonore de ce type.

Dans la présente affaire, la composante verbale de la marque de commerce visée et le dessin de la flamme doivent être considérés comme un tout, ce qui rend manifestement la marque de commerce suffisamment distinctive pour la différencier de la terminologie que pourrait désirer employer tout commerçant pour décrire des marchandises de même nature.

À mon avis, la marque de commerce visée se rapproche passablement du type de marques «KIDFITTER» examiné dans la décision *GWG Ltd. c. Registraire des marques de commerce* [. . .], dans laquelle deux mots sont combinés pour former un mot inventé. En outre, en l’espèce, un dessin est ajouté. Comme l’a dit la Cour dans la décision *GWG*, [. . .] on a ajouté l’adjectif «claire» à l’alinéa 12(1)b) de la Loi pour permettre l’enregistrement des marques suggestives. La question n’est pas de savoir si la marque de commerce est descriptive ou suggestive, mais bien si elle donne une «description claire». À mon sens, tel n’est pas le cas. [Renvois omis.]

Dans cet appel devant le juge Russell, la défenderesse n’avait ni envoyé d’avis de comparution ni fait d’observations écrites et ne s’était pas présentée à l’audience.

[26] L’avocat de la demanderesse a soumis à la Cour en tant qu’autorité un document intitulé «Design Marks and Word Marks». Il prétend que M. Frank Farfan aurait préparé ce document et l’aurait présenté au «Six-Minute Intellectual Property Lawyer Program» du Barreau du Haut-Canada, qui a eu lieu le 7 novembre 2003. Une enquête auprès du Barreau du Haut-Canada a révélé que ce document n’avait pas été publié et qu’on ne le trouvait pas encore sur le marché à la date de l’audition du présent appel. Dans les circonstances, on peut s’interroger sur la valeur du document en tant qu’autorité mais, comme la défenderesse n’a contesté ni son introduction ni les renvois à ce document, je l’examinerai malgré tout.

[27] M. Farfan traite de la décision «Grill Gear» devant la Commission d’opposition des marques de

following finding of that Board at pages 6-27 and 6-28 of the paper:

I agree that a design mark which does not include any wording cannot be sounded. On the other hand, a word mark which includes design features such as the applied for trade-mark would, in my view, be sounded by reference to the dominant words forming that mark. Thus, I would expect the average person would sound the applicant's trade-mark when considered in its entirety as 'GRILL GEAR'.

[28] Mr. Farfan then goes on to review a range of earlier decisions in the same subject-matter area and concludes at page 6-29 in the following terms:

It is submitted that the fundamental error in each of the cases above was to have broken the mark into component parts and indeed to have selected and considered only certain portions of the marks while having ignored others. There is no support in law for such a proposition.

In addition, no support is offered in any of these cases (because, in the view of this writer, none exists) for the proposition that the test for sounding a design mark is how the average consumer would refer to the mark. In purporting to effect such a sounding, there is no support for the proposition that design elements may be ignored. As always, a mark must be dealt with as an integrated whole.

At page 6-35, Mr. Farfan after citing Justice Russell's conclusion in the "Grill Gear" decision, under the heading "The Better Solution" and contrasting it with Chairman Partington's decision cited earlier in these reasons, emphasizes his foregoing conclusions with the following succinct sentence:

If a design cannot be sounded by itself, then it similarly cannot be sounded when word(s) are added.

I note that words were not "added" by the member whose decision is under appeal. To the contrary, the words "sounded" by the member are an integral part of the design mark at issue, perhaps more properly described as a trade-mark with design features, where the member found the words forming part of the mark to be a predominant feature of the mark.

[29] With great respect, I find that the decision in the "Grill Gear" case and the conclusion expressed in Mr.

commerce et reproduit, aux pages 6-27 et 6-28, la conclusion suivante de la Commission:

Je conviens [. . .] qu'un dessin-marque ne comportant aucun mot n'a pas de forme sonore. Par contre, dans le cas d'une marque nominale comportant des éléments graphiques, comme en l'espèce, ce serait selon moi les mots dominants de la marque qui seraient prononcés. Je pense donc que le consommateur moyen dirait GRILL GEAR pour parler de la marque de la requérante considérée dans son intégralité.

[28] M. Farfan examine ensuite toute une série de décisions antérieures portant sur la même question et conclut, à la page 6-29:

[TRADUCTION] On prétend que l'erreur fondamentale dans chacune de ces affaires était d'avoir divisé la marque en composantes et, de fait, d'avoir choisi d'examiner uniquement certaines composantes des marques en faisant abstraction des autres, ce qui n'est aucunement appuyé en droit.

De plus, aucune de ces affaires n'était (parce que, selon moi, ce n'est pas possible) l'affirmation selon laquelle le critère de la sonorité d'un dessin-marque est la façon dont le consommateur moyen désignerait la marque. En cherchant une telle sonorité, on n'était aucunement l'affirmation selon laquelle on peut ne pas tenir compte des éléments graphiques. Comme toujours, on doit examiner une marque comme un tout intégré.

Après avoir cité la conclusion du juge Russell dans la décision «Grill Gear» et avoir mis celle-ci en contraste avec la décision susmentionnée du président Partington, M. Farfan privilégie, sous le titre [TRADUCTION] «La meilleure solution» (page 6-35), ses propres conclusions précitées en écrivant la phrase succincte suivante:

[TRADUCTION] Si un dessin ne peut en soi être sonore, il ne peut, de la même façon, devenir sonore par l'ajout de mots.

Je remarque que la commissaire dont la décision est frappée d'appel n'a pas «ajouté» de mots. Au contraire, les mots «prononcés» par la commissaire font partie intégrante du dessin-marque en litige, peut-être plus correctement décrit comme étant une marque de commerce comportant des éléments graphiques, la commissaire ayant conclu que les mots constituaient une caractéristique prédominante de la marque.

[29] En toute déférence, je suis d'avis que la décision «Grill Gear» et la conclusion formulée dans le document

Farfan's paper ignored generally applicable principles of statutory interpretation when considering the words of paragraph 12(1)(b) of the Act.

[30] In *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*,⁶ Justice Iacobucci, for the Court, wrote at paragraphs 20-23:

At the heart of this conflict is an issue of statutory interpretation. Consistent with the findings of the Court of Appeal, the plain meaning of the words of the provisions here in question appears to restrict the obligation to pay termination and severance pay to those employers who have actively terminated the employment of their employees. At first blush, bankruptcy does not fit comfortably into this interpretation. However, with respect, I believe this analysis is incomplete.

Although much has been written about the interpretation of legislation . . . Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best encapsulates the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. At p. 87 he states:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament

...

I also rely upon s. 10 of the *Interpretation Act*, . . . , which provides that every Act "shall be deemed to be remedial" and directs that every Act shall "receive such fair, large and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit".

Although the Court of Appeal looked to the plain meaning of the specific provisions in question in the present case, with respect, I believe that the court did not pay sufficient attention to the scheme of the *ESA*, its object or the intention of the legislature; nor was the context of the words in issue appropriately recognized. [Some citations and references to recent cases which have cited the quotation from Dr. Driedger with approval omitted. The reference to the *Interpretation Act* is to the *Interpretation Act* of Ontario. Emphasis added.]

[31] In *President and Fellows of Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*,⁷ Justice Rothstein,

de M. Farfan n'ont pas, de façon générale, tenu compte des principes d'interprétation législative applicables lorsqu'on lit l'alinéa 12(1)(b) de la Loi.

[30] Dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*,⁶ le juge Iacobucci a, au nom de la Cour, écrit ce qui suit aux paragraphes 20 à 23:

Une question d'interprétation législative est au centre du présent litige. Selon les conclusions de la Cour d'appel, le sens ordinaire des mots utilisés dans les dispositions en cause paraît limiter l'obligation de verser une indemnité de licenciement et une indemnité de cessation d'emploi aux employeurs qui ont effectivement licencié leurs employés. À première vue, la faillite ne semble pas cadrer très bien avec cette interprétation. Toutefois, en toute déférence, je crois que cette analyse est incomplète.

Bien que l'interprétation législative ait fait couler beaucoup d'encre [. . .], Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983) résume le mieux la méthode que je privilégie. Il reconnaît que l'interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi. À la p. 87, il dit:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

[. . .]

Je m'appuie également sur l'art. 10 de la *Loi d'interprétation*, [. . .], qui prévoit que les lois «sont réputées apporter une solution de droit» et doivent «s'interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit pour garantir la réalisation de leur objet selon leurs sens, intention et esprit véritables».

Bien que la Cour d'appel ait examiné le sens ordinaire des dispositions en question dans le présent pourvoi, en toute déférence, je crois que la cour n'a pas accordé suffisamment d'attention à l'économie de la *LNE*, à son objet ni à l'intention du législateur; le contexte des mots en cause n'a pas non plus été pris en compte adéquatement. [Certains renvois et certaines décisions récentes ayant repris en l'approuvant l'extrait du professeur Driedger sont omis. Le renvoi à la *Loi d'interprétation* vise la *Loi d'interprétation* de l'Ontario. Non souligné dans l'original.]

[31] Dans l'arrêt *President and Fellows of Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*,⁷ le juge

for the majority, wrote at paragraph 110 of his reasons:

There was considerable fanfare in this appeal that significant policy questions are at stake. The evidence is that the oncomouse has been patented in the United States and Europe. It is arguable on policy grounds that there is merit to uniformity and that Canada should follow suit. On the other side, there were arguments made against patenting the oncomouse based on human health, environmental and other concerns. However, all that is at issue in this appeal is the interpretation of the *Patent Act* and the determination of whether, on the basis of the evidence, the appellant's product is patentable in accordance with that interpretation. It is the duty of the Court to take the statute as it finds it, neither expanding its interpretation beyond Parliament's intention as expressed by the language in the statute, nor limiting that interpretation by reading words of limitation into the statute not placed there by Parliament. To the extent the appeal gives rise to policy questions, they are to be addressed by Parliament and not the Court.

[32] The decision of the Federal Court of Appeal in *Harvard College* was reversed on appeal to the Supreme Court of Canada.⁸ While the foregoing paragraph from the reasons of Justice Rothstein was not specifically cited in either the majority or the minority reasons of the Supreme Court, it might be said to have been qualified by the following extract from paragraph 11 of the dissenting reasons of Justice Binnie which were concurred in by the Chief Justice and two other Justices:

I accept, as does my colleague [writing for the majority], that the proper approach to interpretation of this statute [the *Patent Act*] is to read the words "in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87.

[33] It is to be noted that courts considering the *Harvard College* matter had before them extensive evidence as to the scheme and object of the *Patent Act* and as to the "significant policy questions" referred to by Justice Rothstein. By contrast, no such evidence was before this Court in this matter and certainly no judicial history was cited before me that would suggest that the "entire context" that was before Parliament when it was considering enactment of the current *Trade-marks Act*

Rothstein a, au nom de la majorité, écrit ce qui suit au paragraphe 110 de ses motifs:

On a fortement insisté dans le présent appel sur le fait que d'importantes questions de principe sont en jeu. Suivant la preuve, l'oncosouris a été brevetée aux États-Unis et en Europe. On peut soutenir, pour des raisons de principe, que l'uniformité est souhaitable et que le Canada devrait lui aussi breveter l'oncosouris. En revanche, des arguments reposant notamment sur la santé humaine et des préoccupations d'ordre écologique ont été avancés contre la délivrance d'un brevet pour l'oncosouris. Pourtant, dans le présent appel, le débat tourne uniquement autour de l'interprétation de la *Loi sur les brevets* et de la question de savoir si, vu l'ensemble de la preuve, le produit de l'appelant est brevetable selon cette interprétation. La Cour est tenue d'interpréter la loi telle qu'elle est, sans en élargir la portée au-delà de ce que le législateur fédéral souhaitait exprimer par le libellé de la loi et sans non plus en restreindre la portée en intercalant dans la loi des mots limitatifs que le législateur n'y a pas insérés. S'il est vrai que le présent appel soulève des questions de principe, c'est au législateur fédéral, et non aux tribunaux, qu'il appartient de les examiner.

[32] L'arrêt *Harvard College* de la Cour d'appel fédérale a été infirmé par la Cour suprême du Canada⁸. Bien que le paragraphe précité des motifs du juge Rothstein n'ait été expressément cité ni dans les motifs majoritaires ni dans les motifs minoritaires de la Cour suprême, on pourrait dire que l'extrait suivant, tiré du paragraphe 11 des motifs dissidents du juge Binnie, auxquels ont souscrit le juge en chef et deux autres juges, en atténue la portée:

À l'instar de mon collègue [qui a rédigé les motifs majoritaires], je reconnais que l'interprétation juste de cette loi [la *Loi sur les brevets*] consiste à lire les termes [TRADUCTION] «dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur»: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87.

[33] Il convient de noter que les tribunaux qui ont statué sur l'affaire *Harvard College* disposaient d'une preuve abondante quant à l'économie et à l'objet de la *Loi sur les brevets* et les «importantes questions de principe» dont faisait état le juge Rothstein. À l'opposé, il n'existait pas en l'espèce une telle preuve devant notre Cour, et on ne m'a pas présenté un historique susceptible d'indiquer que le «contexte global» dans lequel se trouvait le législateur lors de l'édiction de la *Loi sur les*

would warrant variation from the grammatical and ordinary sense of the words of paragraph 12(1)(b) of the Act, and more particularly of the word “sounded” to achieve harmony with “the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”.

[34] The foregoing quotation from the reasons of Justice Rothstein reiterates, albeit in a different context, words of former Chairman Partington in *Insurance Co. of Prince Edward Island v. Prince Edward Island Mutual Insurance Co.*, *supra*, quoted earlier in these reasons and adopted by the member in his reasons for the decision under appeal.

[35] It was open to Parliament to provide an exception to paragraph 12(1)(b) of the Act in respect of design marks that include words that are a dominant feature of the marks as I find to be the case in this matter. Indeed, Parliament did see fit to provide an exception to the general rule of paragraph 12(1)(b) for a different purpose. For ease of reference, I repeat here the opening words of subsection 12(1) and paragraph (b) of that subsection, along with subsection 12(2):

12. (1) Subject to section 13, a trade-mark is registrable if it is not

...

(b) whether depicted, written or sounded, either clearly descriptive or deceptively misdescriptive in the English or French language of the character or quality of the wares or services in association with which it is used or proposed to be used or of the conditions of or the persons employed in their production or of their place of origin;

...

(2) A trade-mark that is not registrable by reason of paragraph (1)(a) or (b) is registrable if it has been so used in Canada by the applicant or his predecessor in title as to have become distinctive at the date of filing an application for its registration. [Emphasis added.]

[36] The foregoing clearly demonstrates an option that was open to Parliament at the time the Act was enacted

marques de commerce actuelle justifiait qu'on s'écarte du sens ordinaire et grammatical des mots utilisés à l'alinéa 12(1)b) de la Loi, et, plus particulièrement, du mot «sonore» pour s'harmoniser avec «l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur».

[34] L'extrait précité des motifs du juge Rothstein réitère, bien que dans un contexte différent, les motifs de l'ancien président Partington dans la décision *Insurance Co. of Prince Edward Island c. Prince Edward Island Mutual Insurance Co.*, précitée, reproduits plus haut et adoptés par la commissaire dans les motifs de sa décision frappée d'appel.

[35] Il était loisible au législateur de prévoir une exception à l'alinéa 12(1)b) de la Loi à l'égard des dessins-marques comprenant des mots qui constituent une caractéristique dominante des marques comme c'est, selon moi, le cas en l'espèce. En fait, le législateur a estimé approprié de prévoir une exception à la règle générale de l'alinéa 12(1)b), mais à une autre fin. Par souci de commodité, je reproduirai à nouveau le paragraphe 12(1) et l'alinéa b), ainsi que le paragraphe 12(2):

12. (1) Sous réserve de l'article 13, une marque de commerce est enregistrable sauf dans l'un ou l'autre des cas suivants:

[...]

b) qu'elle soit sous forme graphique, écrite ou sonore, elle donne une description claire ou donne une description fautive et trompeuse, en langue française ou anglaise, de la nature ou de la qualité des marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée, ou à l'égard desquels on projette de l'employer, ou des conditions de leur production, ou des personnes qui les produisent, ou du lieu d'origine de ces marchandises ou services;

[...]

(2) Une marque de commerce qui n'est pas enregistrable en raison de l'alinéa (1)a) ou b) peut être enregistrée si elle a été employée au Canada par le requérant ou son prédécesseur en titre de façon à être devenue distinctive à la date de la production d'une demande d'enregistrement la concernant. [Non souligné dans l'original.]

[36] Ces extraits démontrent clairement l'existence d'une option dont aurait pu se prévaloir le législateur

and that has remained open to Parliament since that time. That option would have been, and remains, to add an additional exception to the application of paragraph 12(1)(b) for design marks that include words as a dominant feature so that, as with at least some design marks that have no dominant word element, they would not have to meet the “sounded” test on the basis of the word elements. In the result, such design marks that include words as a dominant feature would respond to Mr. Farfan’s criticism that:

If a design cannot be sounded by itself, then it similarly cannot [or by law cannot] be sounded when word(s) are added.

[37] I am satisfied that, against the admonition provided by Justice Rothstein and quoted earlier in these reasons, and in the absence of contextual evidence that might lead to a different conclusion, any response to a concern such as that enunciated by Mr. Farfan is for Parliament and not for this Court where the words of paragraph 12(1)(b) of the Act are, as I am satisfied they are, clear on their face. Put another way, the issue that Mr. Farfan and the applicant would urge the Court to address is one of policy and, on the evidence before the Court in this matter, not one amenable to solution by a contextual statutory interpretation.

CONCLUSION

[38] Based upon the foregoing analysis, this appeal will be dismissed.

COSTS

[39] Counsel were in agreement before me that costs, to be determined on the ordinary scale if not earlier agreed to, should follow the event. In the result, an order for costs, on the ordinary scale, will go in favour of the respondent.

¹ R.S.C., 1985, c. T-13.

² [2000] 3 F.C. 145 (C.A.).

³ See, for ex. *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at para. 40.

⁴ (1999), 2 C.P.R. (4th) 103 (T.M.O.B.).

lorsqu’il a édicté la Loi, et cette option existe toujours. Le législateur avait, et a toujours, la possibilité d’ajouter une exception additionnelle à l’alinéa 12(1)b) à l’égard des dessins-marques comprenant des mots qui constituent une caractéristique dominante de façon que, comme c’est le cas du moins à l’égard de certaines marques qui n’ont pas de mot dominant, elles n’aient pas à satisfaire au critère «sonore» sur le fondement des mots. Ainsi, de tels dessins-marques comprenant des mots qui constituent une caractéristique dominante tiendraient compte de la critique de M. Farfan selon laquelle:

[TRADUCTION] [s]i un dessin ne peut en soi être sonore, il ne peut, de la même façon, devenir sonore par l’ajout de mots.

[37] Eu égard aux mises en garde précitées du juge Rothstein et en l’absence d’une preuve contextuelle pouvant mener à une conclusion différente, j’estime qu’il incombe au législateur, et non la Cour, de répondre à une préoccupation comme celle exposée par M. Farfan puisque les mots employés à l’alinéa 12(1)b) de la Loi sont, à première vue, clairs, et je suis convaincu qu’ils le sont. Autrement dit, la question sur laquelle M. Farfan et la demanderesse voudraient que la Cour se penche en est une de principe qui, vu la preuve dont dispose la Cour dans la présente affaire, ne relève pas de l’interprétation législative contextuelle.

CONCLUSION

[38] Pour ces motifs, l’appel sera rejeté.

DÉPENS

[39] Les avocats ont convenu devant moi que les dépens, qui doivent, en l’absence d’entente préalable, être calculés de la façon ordinaire, devraient suivre l’issue de la cause. Par conséquent, la Cour rendra une ordonnance adjugeant à la défenderesse les dépens, calculés de la façon ordinaire.

¹ L.R.C. (1985), ch. T-13.

² [2000] 3 C.F. 145 (C.A.).

³ Voir, par ex. *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au par. 40.

⁴ (1999), 2 C.P.R. (4th) 103 (C.O.M.C.).

⁵ (2003), 28 C.P.R. (4th) 60 (F.C.).

⁶ [1998] 1 S.C.R. 27 (not cited before me).

⁷ [2000] 4 F.C. 528 (C.A.).

⁸ *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45 (not cited before me).

⁵ (2003), 28 C.P.R. (4th) 60 (C.F.).

⁶ [1998] 1 R.C.S. 27 (cet arrêt n'a pas été cité par les parties).

⁷ [2000] 4 C.F. 528 (C.A.).

⁸ *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45 (cet arrêt n'a pas été cité par les parties).

IMM-358-03
2003 FC 1524

IMM-358-03
2003 CF 1524

Steven Anthony Romans (*Applicant*)

Steven Anthony Romans (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: ROMANS v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

RÉPERTORIÉ: ROMANS c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.F.)

Federal Court, Russell J.—Toronto, August 6; Ottawa, December 29, 2003.

Cour fédérale, juge Russell—Toronto, 6 août; Ottawa, 29 décembre 2003.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Judicial review of IRB Appeal Division decision denying reopened appeal of deportation order, refusing stay — Applicant came to Canada from Jamaica in 1967 at 18 months — Parents became citizens but, due to ignorance, did not apply on applicant's behalf so still permanent resident — Schizophrenic since teenager — Has 36 criminal convictions — Deportation ordered after s. 27 inquiry under former Act — Appeal Division denied appeal, unable under existing case law to consider Jamaican country conditions — Tribunal concluded applicant incapable of noticing circumstances worse if sent back — Judicial review application denied as fundamental justice not breached — Question certified but F.C.A. affirmed decision, S.C.C. denied leave — Application to reopen on basis applicant treatable with new medication, new evidence Jamaican mental patients subjected to serious abuse — M.C.I.'s position: applicant still danger to public — Appeal Division concluded lacked jurisdiction to entertain Charter issues, denied appeal — Judicial review application granted — S.C.C. has held, as general rule, refugees not deported if torture risk — Minister's argument: Court bound by S.C.C. judgment in Chiarelli v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) — Appeal Division erred in view, at reopening, Charter to be entirely disregarded — Tribunal should have addressed extent to which exercise of discretion affected by Charter, implications of Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) — Applicability of Suresh discussed — Whether Charter, s. 7 engaged by permanent resident's deportation — Given mental condition, whether applicant *deliberately* violated condition of admission to Canada — Court not bound by Chiarelli as to new country conditions evidence — Immigration system not equipped to deal with exigencies of case at bar — Minister resorting to crude expedient of deportation to discharge public protection duty — Fundamental justice balance to be reconsidered but public safety remains significant issue — Issue whether applicant's deportation in accordance with fundamental justice principles not to be evaded by pretending*

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par la section d'appel de la CISR de rejeter un appel (suite à la réouverture) d'une mesure de renvoi et de refuser également d'accorder un sursis d'exécution de la mesure de renvoi — Le demandeur est arrivé au Canada en provenance de la Jamaïque en 1967 alors qu'il était âgé d'environ 18 mois — Les parents ont obtenu la citoyenneté, mais, par ignorance, ils n'ont pas fait de demande de citoyenneté pour le demandeur qui a donc toujours le statut de résident permanent — Il souffre de schizophrénie depuis l'adolescence — Il a été déclaré coupable de 36 infractions criminelles — L'enquête tenue en vertu de l'art. 27 de l'ancienne Loi sur l'immigration a donné lieu à la délivrance d'une mesure de renvoi — Lorsqu'elle a rejeté l'appel, la section d'appel ne pouvait tenir compte des conditions qui prévalaient en Jamaïque suite à la jurisprudence établie — Le tribunal a conclu que le demandeur ne serait pas soumis à un changement significatif s'il était expulsé, parce que cela ne changerait pas grand-chose à sa vie — La demande de contrôle judiciaire de cette décision a été rejetée car il n'y a pas eu violation des principes de justice fondamentale — Une question a été certifiée mais la C.A.F. a confirmé la décision et la C.S.C. a refusé la demande d'autorisation d'en appeler — La demande de réouverture du dossier sur la foi de l'existence d'un nouveau médicament qui, s'il était administré au demandeur, il offrirait une possibilité de traitement et d'une nouvelle preuve que, en Jamaïque, les malades mentaux peuvent faire l'objet d'abus très graves — Position du M.C.I.: le demandeur pose toujours un danger pour le public — La section d'appel a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour entendre des questions relatives à la Charte et a rejeté l'appel — Demande de contrôle judiciaire accordée — La C.S.C. a décidé que l'on doit généralement refuser d'expulser un réfugié lorsqu'il existe un risque sérieux de torture — L'argument du ministre: la Cour est liée par l'arrêt de la C.S.C. dans Chiarelli c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) — La section d'appel a commis une

no worse off if deported — Whether Appeal Board having jurisdiction to order applicant's detention pending treatment — Statutory amendments having abrogated tribunal's power to detain, supervise detention orders — Dangerous to confer on tribunal jurisdiction to detain mentally ill — Matter under provincial jurisdiction.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Judicial review of tribunal decision denying reopened appeal of deportation order — Issues: did IRB Appeal Division err in view unable to consider Charter at reopened appeal? — Did it err in not considering whether discretion to be exercised in accordance with Charter as required by Suresh case? — Whether Charter, s. 7 engaged herein — If yes, whether deportation order in accordance with fundamental justice principles — Application granted — S.C.C. held in Chiarelli v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) where criminal's deportation at issue, no need to consider Charter, s. 7 as condition of remaining in Canada violated — But, as applicant suffers from serious mental disorder, can it be said condition deliberately violated? — Tribunal committed reviewable error in concluding Charter to be entirely disregarded at reopened appeal — Tribunal should have addressed extent to which discretion exercise affected by Charter principles — New documentary evidence that in Jamaica mentally ill incarcerated, abused, tortured — Court not bound by Chiarelli as to new evidence of country conditions — Fundamental justice balance requiring reconsideration.

erreur lorsqu'elle a conclu qu'elle ne peut tenir aucun compte de la Charte en exerçant son pouvoir discrétionnaire dans le cadre d'une réouverture — Le tribunal aurait dû examiner la question de savoir si elle devait exercer son pouvoir discrétionnaire conformément aux impératifs de la Charte, comme l'a précisé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) — Discussion sur l'applicabilité de l'arrêt Suresh — Les droits garantis par l'art. 7 de la Charte sont-ils mis en cause par le renvoi d'un résident permanent? — Compte tenu de son état mental, le demandeur a-t-il manqué volontairement à une condition essentielle devant être respectée pour qu'il lui soit permis de demeurer au Canada? — L'arrêt Chiarelli ne lie pas la Cour lorsqu'il s'agit de la nouvelle preuve sur les conditions en Jamaïque — Le régime d'immigration n'est pas équipé pour traiter d'une situation comme celle en l'espèce — Le ministre a eu recours à l'expédient rudimentaire qu'est l'expulsion afin de s'acquitter de son obligation de protéger le public — Bien que les principes de la justice fondamentale exigent un nouvel examen, la sécurité du public doit demeurer une question importante — On ne devrait pas négliger la question de savoir si la mesure de renvoi respecte les principes de justice fondamentale en prétendant que la situation du demandeur ne serait pas pire s'il était renvoyé — La section d'appel a-t-elle compétence pour ordonner que le demandeur soit incarcéré jusqu'à ce qu'il ait obtenu les traitements nécessaires? — Par diverses modifications à la loi, on a spécifiquement révoqué la compétence du tribunal d'ordonner la détention, ou même de surveiller l'application des ordonnances de détention — Il serait dangereux que l'on confère au tribunal la compétence de la détention des malades mentaux — La question de la détention des malades mentaux est de compétence provinciale.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire d'une décision de rejeter un appel (suite à la réouverture) d'une mesure de renvoi — Questions en litige: la section d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant qu'elle ne peut tenir compte de la Charte lors de la réouverture d'un appel? — La section d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en n'examinant pas la question de savoir si elle aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire conformément aux impératifs de la Charte, comme l'exige l'arrêt Suresh? — L'art. 7 de la Charte est-il en cause dans le processus d'appel en l'espèce? — Si l'art. 7 de la Charte est en cause, la mesure de renvoi en l'espèce respecte-t-elle les principes de justice fondamentale? — Demande accueillie — La C.S.C. a jugé dans l'arrêt Chiarelli c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) que, lorsqu'il est question de l'expulsion d'un criminel, il n'est pas nécessaire d'examiner si l'art. 7 de la Charte est respecté — Mais, comme le demandeur est atteint de graves troubles mentaux, peut-on affirmer qu'il a manqué volontairement à une condition essentielle? — Le tribunal a commis une erreur susceptible de révision lorsqu'il a conclu qu'il ne peut tenir aucun compte de la Charte en exerçant son pouvoir

This was an application for judicial review of an Immigration and Refugee Board Appeal Division decision denying applicant's reopened appeal against a deportation order and also refusing to stay the deportation order.

Applicant came to Canada from Jamaica in 1967 at age 18 months and is now a permanent resident. As a teenager, he began to display symptoms of schizophrenia and to get into trouble with the police. He has 36 criminal convictions, including assault causing bodily harm, sexual assault and crack trafficking. His deportation was ordered following a section 27 inquiry under the former *Immigration Act*.

At the time his appeal was denied, the Appeal Division was precluded by the Federal Court of Appeal's decision in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* from considering country conditions in Jamaica. The Appeal Division concluded that there was a high likelihood that applicant would commit further offences and that he was a danger to the public. The tribunal did not think that applicant would notice much change in his circumstances if deported.

An application for judicial review of that decision was denied by Dawson J. The Judge concluded that, while Charter, section 7 was engaged, fundamental justice had not been breached. In addition, she considered herself bound by the Supreme Court of Canada decision in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, in which it was held that Parliament has a right to prescribe the conditions whereunder non-citizens may enter or remain in Canada. Still, she certified a question as to whether fundamental justice is violated by the deportation of a permanent resident who has been here since early childhood and who suffers from such a severe mental illness as to be incapable of functioning within society. That question was answered in the negative by the Federal Court of Appeal. The Supreme Court denied leave to appeal.

discrétionnaire dans le cadre d'une réouverture — Le tribunal aurait dû examiner la question de savoir dans quelle mesure l'exercice de son pouvoir discrétionnaire est affecté par les principes de la Charte — Nouvelle preuve documentaire selon laquelle, en Jamaïque, les malades mentaux se retrouvent généralement en prison, où ils font l'objet de sévices et de torture — L'arrêt Chiarelli ne lie pas le tribunal lorsqu'il s'agit de la nouvelle preuve sur les conditions dans le pays — Les principes de la justice fondamentale exigent un nouvel examen.

La présente demande de contrôle judiciaire porte sur la décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de rejeter l'appel (suite à la réouverture) du demandeur d'une mesure de renvoi et de refuser également d'accorder un sursis d'exécution de la mesure de renvoi.

Le demandeur est arrivé au Canada en provenance de la Jamaïque en 1967 alors qu'il était âgé d'environ 18 mois et est maintenant résident permanent. Au cours de l'adolescence, il a commencé à manifester des signes de schizophrénie. Il a eu des ennuis avec la police. Il a été déclaré coupable de 36 infractions criminelles, notamment de voies de fait causant des lésions corporelles, d'agression sexuelle et de trafic de crack. L'enquête tenue en vertu de l'article 27 de l'ancienne *Loi sur l'immigration* a donné lieu à la délivrance d'une mesure de renvoi.

Lors du rejet de l'appel, la section d'appel ne pouvait tenir compte des conditions qui prévalaient en Jamaïque suite à la jurisprudence établie par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. La section d'appel a conclu que la preuve démontrait que le risque de récidive du demandeur était très élevé et qu'il causait un danger pour le public. La section d'appel a aussi conclu que le demandeur ne serait pas soumis à un changement significatif s'il était expulsé, parce que cela ne changerait pas grand-chose à sa vie.

Une demande de contrôle judiciaire de cette décision a été rejetée par la juge Dawson. La juge a conclu que même si l'expulsion mettait en cause l'article 7 de la Charte, il n'y avait pas eu violation des principes de justice fondamentale. De plus, elle se considérait liée par l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* où la Cour suprême a conclu qu'il était loisible au législateur d'adopter des lois prescrivant les conditions en vertu desquelles il sera permis aux non-citoyens d'entrer et de demeurer au Canada. Elle a tout de même certifié la question de savoir si l'expulsion d'un résident permanent constituait une violation des principes de justice fondamentale lorsque cette personne réside au Canada depuis sa plus tendre enfance et qu'elle souffre d'une maladie mentale grave au point de la rendre incapable de fonctionner dans la société suivante. La

Applicant then applied to reopen, based on his mother's affidavit to the effect that, if treated with a new medication, his condition could be treated. In addition, documentary evidence and the mother's personal knowledge were relied upon to establish that, in Jamaica, inmates are subjected to physical and sexual assaults and that applicant's life would be in danger. Although she and her husband became citizens five years after coming to Canada due to ignorance she failed to apply for citizenship on behalf of applicant. A psychiatrist gave expert evidence that applicant was capable of rehabilitation and that there was a good chance that he could become semi-independent. Counsel argued that there was now before the tribunal new evidence as to country conditions which had not been before the tribunal previously because the case law at that time did not allow for country conditions to be taken into account. In arguing for dismissal, the Minister submitted that applicant remained a danger to the public. The hearing adjourned on the understanding that, if the appeal were dismissed on equitable grounds, the Appeal Division would reconvene to deal with the Charter issues advanced in the notice of constitutional question. But, when it dismissed the appeal in equity, the Appeal Division asked for submissions as to its jurisdiction to consider Charter issues at a reopened appeal. Later, it ruled that its jurisdiction was limited to reopening an appeal from a removal order on discretionary grounds and dismissed the appeal.

The Appeal Division noted that the previous decision concluded that applicant posed a high risk of re-offending and referred to the expert evidence that his schizophrenia was complicated by crack cocaine addiction. The Appeal Division was not convinced that he was now motivated to remain in a hospital for treatment. Public safety could not be ensured were the deportation order to be stayed. It found that psychiatric care is available in Jamaica but that the quality thereof is less than that available in Canada. The Appeal Division wrote that conditions for the mentally ill in Jamaican hospitals, prisons and on the streets were worse than those in Canada, but it was not persuaded that conditions on Jamaican streets were such that applicant's hardships would be significantly worse than what he faces in Canada. As to jurisdiction, the Appeal Division wrote that, on a reopening, appellant cannot attack the constitutional validity of the removal order.

Cour d'appel fédérale a répondu à cette question certifiée par la négative. La Cour suprême du Canada a refusé la demande d'autorisation d'en appeler.

Le demandeur a ensuite demandé la réouverture du dossier sur la foi de l'affidavit de sa mère dans lequel elle mentionne l'existence d'un nouveau médicament qui, s'il était administré à son fils, offrirait une possibilité de traitement. De plus, le demandeur a présenté une preuve documentaire abondante, en plus de s'appuyer sur la connaissance personnelle de sa mère, pour démontrer qu'en Jamaïque les personnes emprisonnées sont humiliées et font souvent l'objet de voies de fait et d'agressions sexuelles, ce qui fait que sa vie serait en danger. Malgré qu'elle et son mari aient obtenu la citoyenneté cinq ans après être arrivés au Canada, par ignorance, elle n'a pas fait de demande de citoyenneté pour le demandeur. Un psychiatre a témoigné à titre d'expert que le demandeur était susceptible de réadaptation et qu'il y avait une bonne chance qu'on puisse l'aider à devenir semi-indépendant. L'avocat a soutenu qu'il existait une nouvelle preuve quant aux conditions prévalant en Jamaïque, preuve qu'on n'avait pas pu présenter antérieurement puisque la jurisprudence de l'époque ne permettait pas d'en tenir compte. Se fondant sur son point de vue que le demandeur posait toujours un danger pour le public, le ministre a soutenu que l'appel devait être rejeté. L'audience a alors été ajournée, étant entendu que si l'appel était rejeté en *equity*, la section d'appel siègerait à nouveau pour recevoir une preuve et examiner les questions relatives à la Charte soulevées dans l'avis de question constitutionnelle. Après que la section d'appel eut rejeté l'appel en *equity*, elle a demandé les prétentions des parties sur sa compétence de tenir compte de la Charte dans le cas de réouverture d'un appel. Après avoir reçu ces prétentions, la section d'appel a conclu qu'elle avait compétence pour procéder à la réouverture d'un appel interjeté contre une mesure de renvoi seulement pour des motifs d'ordre discrétionnaire et elle a rejeté l'appel.

La section d'appel a renvoyé à la conclusion antérieure voulant qu'il y ait une très forte probabilité que le demandeur récidive et a souligné le témoignage de l'expert selon lequel la schizophrénie du demandeur est exacerbée par sa cocaïnomanie. La section d'appel n'a pas été convaincue qu'il était motivé à demeurer à l'hôpital afin d'y subir des traitements. La protection du public ne pourrait être assurée s'il était sursis à l'exécution de la mesure de renvoi. Elle a conclu que des soins psychiatriques étaient disponibles en Jamaïque mais que la qualité de ces soins est inférieure à celle offerte au Canada. La section d'appel a écrit que les conditions réservées aux personnes atteintes de maladies mentales dans les prisons, les hôpitaux et les rues de la Jamaïque sont pires que celles qui existent au Canada, mais elle n'est pas persuadée que les conditions dans les rues de la Jamaïque sont telles que les difficultés auxquelles ferait face l'appelant seraient nettement pires que celles qu'il vit au Canada. Quant à la compétence, la

The following issues were raised by applicant: (1) whether the Appeal Division erred in concluding that it could not consider the Charter on a reopened appeal; (2) whether it erred in law in failing to consider whether it should have exercised its discretion in accordance with the Charter as required by *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; (3) whether Charter, section 7 was engaged; (4) if so, whether the deportation order was in accordance with fundamental justice principles; (5) whether the Appeal Division erred in concluding it lacked jurisdiction to order applicant's detention until he obtained treatment; and (6) whether it erred in law in its exercise of jurisdiction.

Held, the application should be allowed.

(1) It was argued for applicant that every tribunal must apply the law in accordance with the Charter. Although the deportation order's constitutionality had not been raised at the first appeal, it was raised upon the judicial review of that appeal and, based on the record, this Court found Charter, section 7 to be engaged. In *Suresh*, the Supreme Court indicated that, in discharging her statutory discretionary powers, the Minister must balance the relevant factors in a case in conformity with Charter, section 7 fundamental justice principles. As a general principle, the Minister ought to refrain from deporting refugees if to do so will place them at a substantial risk of torture. Applicant's argument was that, while it may be that the Appeal Division cannot consider other legal issues decided at the initial appeal, that reasoning did not apply to Charter issues. The Minister pointed to *Chiarelli*, in which the Supreme Court held that, in deciding whether the deportation of a criminal complied with the Charter, it was unnecessary to answer the threshold question whether deportation engaged the individual's right to life, liberty and security. Where a permanent resident has violated an essential condition under which he was permitted to remain in Canada, fundamental justice is not breached in terminating his right to remain. In the case of a permanent resident, this can be accomplished only by deportation. In the Minister's submission, *Chiarelli* is on all fours with the case at bar.

section d'appel a écrit que, à la réouverture de l'appel, l'appelant ne peut contester la validité constitutionnelle de la mesure de renvoi.

Le demandeur soulève les questions suivantes: 1) La section d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant qu'elle ne pouvait examiner la Charte lors de la réouverture d'un appel? 2) La section d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en n'examinant pas la question de savoir si elle aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire conformément aux impératifs de la Charte, comme l'a précisé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*? 3) L'article 7 de la Charte est-il en cause dans le processus d'appel en l'espèce? 4) Si l'article 7 de la Charte est en cause, la mesure de renvoi en l'espèce respecte-t-elle les principes de justice fondamentale? 5) La section d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant qu'elle n'avait pas compétence pour ordonner que le demandeur soit incarcéré jusqu'à ce qu'il ait obtenu les traitements nécessaires? 6) La section d'appel a-t-elle commis une erreur de droit par la façon dont elle a exercé sa compétence en l'espèce?

Jugement: la demande doit être accueillie.

1) Le demandeur soutient qu'il est très clair que tous les tribunaux doivent appliquer la loi conformément à la Charte. Malgré que la constitutionnalité de la mesure de renvoi n'ait pas été mise en question lors du premier appel, elle a toutefois été soulevée lors de la demande de contrôle judiciaire de la décision dans cet appel et, notre Cour, au vu du dossier, a conclu que l'article 7 de la Charte était en cause. Dans *Suresh*, la Cour suprême a fait remarquer que, lorsqu'elle exerce le pouvoir discrétionnaire que lui accorde la loi, la ministre doit mettre en balance les facteurs pertinents de l'affaire dont elle est saisie en conformité avec les principes de justice fondamentale garantis à l'article 7 de la Charte. En règle générale, la ministre doit généralement refuser d'expulser le réfugié lorsque la preuve révèle l'existence d'un risque sérieux de torture. Le demandeur soutient que, bien qu'il soit possible que la section d'appel ne puisse examiner d'autres questions de droit qui ont déjà été tranchées lors du premier appel, ce raisonnement ne peut être appliqué aux questions fondées sur la Charte. Le ministre a invoqué l'arrêt *Chiarelli*, dans lequel la Cour suprême du Canada a décidé qu'il n'était pas nécessaire, dans l'examen de la question de savoir si l'expulsion d'un criminel respectait la Charte, de déterminer si le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne est mis en cause par une expulsion. Lorsqu'un résident permanent a manqué volontairement à une condition essentielle devant être respectée pour qu'il lui soit permis de demeurer au Canada, le fait de mettre effectivement fin à son droit d'y demeurer ne va nullement à l'encontre de la justice fondamentale. Dans le cas d'un résident permanent, la Cour a

While there is authority supportive of the Appeal Division's decision that the constitutional validity of the deportation order could not, at that point be questioned, its view that, in exercising its discretion on a reopening, the Charter had to be entirely disregarded, was clearly wrong. The Appeal Division appeared to say that discretionary grounds only would be considered. It committed reviewable error in deciding not to consider Charter arguments with respect to execution of the deportation order.

(2) Applicant's argument, based on *Suresh*, was that, given the new evidence, his removal was bound to violate fundamental justice principles and that, accordingly, the Appeal Division had to exercise its discretion in his favour, any other concerns—including risk to the public in Canada—notwithstanding. The Minister countered that argument by suggesting that *Suresh* could be distinguished on the facts: (1) applicant is not a Convention refugee, and (2) it is not said that applicant faces the risk of torture if returned to Jamaica. The Minister also argued that the Appeal Division did not have to mention the Charter arguments in its reasons. All it had to do was to exercise its discretion in accordance with the Charter and principles of fundamental justice. That submission could not be accepted. The tribunal ought to have addressed the extent to which its exercise of discretion was affected by Charter principles as well as the implications of *Suresh* for the decision it had to make. It was unclear from its decision whether the Appeal Division saw the Charter as in any way relevant to the exercise of its discretion. The Charter being such a significant aspect of applicant's argument, the Appeal Division should have addressed it in its reasons and its failure to do so amounted to reviewable error.

While the facts herein were different from those in *Suresh*, this did not remove the underlying considerations suggested by *Suresh* as applicable to decisions of this nature. While the proposition advanced by applicant's counsel, that fundamental justice demanded that he remain in Canada regardless of the risk to the public, could not be agreed with, it was an issue that should have been addressed by the Appeal Division in deciding whether to exercise its discretion. It appeared that the tribunal was not alive to the sort of analysis that *Suresh* now

conclu que seule l'expulsion permet d'atteindre ce résultat. Selon le ministre, l'arrêt *Chiarelli*, est directement applicable en l'espèce.

Il existe une jurisprudence qui étaye la décision de la section d'appel qui veut que la constitutionnalité de la mesure de renvoi ne pouvait être soulevée à ce moment-là, sa conclusion qu'elle ne peut tenir aucun compte de la Charte en exerçant son pouvoir discrétionnaire dans le cadre d'une réouverture est clairement erronée. La section d'appel semble dire qu'elle ne tiendra compte que des motifs d'ordre discrétionnaire. La section d'appel a commis une erreur susceptible de révision en décidant qu'elle ne pouvait examiner les arguments fondés sur la Charte au sujet de l'exécution de la mesure de renvoi.

2) Le demandeur déclare que, en se fondant sur l'arrêt *Suresh*, au vu de la nouvelle preuve, le renvoi du demandeur viendrait inévitablement violer les principes de justice fondamentale et que, par conséquent, la section d'appel n'avait d'autre choix que d'exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur du demandeur quelles que soient les autres préoccupations—y compris tout risque pour le public au Canada. En réponse, le ministre soutient que les faits en l'espèce justifient une distinction avec l'arrêt *Suresh*: 1) Le demandeur en l'espèce n'est pas un réfugié au sens de la Convention 2) on n'a pas non plus soulevé que le demandeur pourrait être torturé s'il était renvoyé en Jamaïque. Le ministre a également prétendu que la section d'appel n'a aucune obligation de mentionner spécifiquement les arguments portant sur la Charte dans ses motifs. Elle n'a qu'à exercer son pouvoir discrétionnaire en accord avec la Charte et les principes de justice fondamentale. Cette prétention ne peut être acceptée. Le tribunal aurait dû examiner la question de savoir jusqu'à quel point l'exercice de son pouvoir discrétionnaire était affecté par les principes de la Charte ainsi que les implications de l'arrêt *Suresh* sur la décision qu'il devait rendre. Il n'est pas clair au vu de la décision si la section d'appel considérait que les questions liées à la Charte avaient quelque pertinence dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Étant donné que l'impact de la Charte constituait une partie significative des arguments du demandeur, la section d'appel aurait dû traiter de ces questions dans ses motifs de décision et son défaut de le faire constitue une erreur susceptible de révision.

Bien que les faits en l'espèce soient différents de ceux de l'arrêt *Suresh*, cela n'enlève rien aux considérations de fond qui s'appliquent aux décisions de cette nature selon l'arrêt *Suresh*. Bien que la Cour ne partage pas l'avis de l'avocat du demandeur qui veut qu'en l'instance, la justice fondamentale exige que le demandeur puisse demeurer au Canada quel que soit le risque qu'il constitue pour le public, il s'agit d'une question importante que la section d'appel aurait dû examiner en décidant si elle exercerait ou non son pouvoir

demands of it. That Supreme Court judgment constitutes an important part of the legal framework within which the Appeal Division must function in dealing with appeals against deportation orders. Its assertion that its jurisdiction was restricted to discretionary grounds lead to the conclusion that it had fallen into reviewable error.

(3) Applicant relied upon the Supreme Court of Canada's analysis in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)* for his argument that his appeal engaged his section 7 Charter rights. Removal would profoundly affect this ability to make the most fundamental decisions about his life and would affect the power of those charged with his care to be able to look after him. He would suffer the type of psychological stress contemplated by the Court in *Blencoe*.

The Minister noted, however, that the Federal Court of Appeal, in *Romans I*, found that it did not need to determine whether section 7 was engaged. That was the position taken by the Supreme Court in *Chiarelli*. The Minister further argued that applicant's claim to having an absolute right to remain in spite of his violent conduct and numerous convictions was inconsistent with Charter, section 6 and *Immigration Act*, subsection 4(2). Only Canadians have an absolute right to remain here. Another submission was that applicant was mistakenly relying on extradition case law—in particular the Supreme Court of Canada decision in *United States v. Burns*—as applicable to the deportation context. The Minister suggested that *Burns* should be restricted to its particular facts—the content of the extradition treaty with the U.S.A. and on the role played by Canada domestically and internationally in abolishing the death penalty.

In *Romans I*, Dawson J. did find that applicant's Charter, section 7 rights were engaged and Décaré J.A. indicated that the Court accepted, for the sake of discussion, "that section 7 of the Charter is engaged by the deportation of a permanent resident pursuant to paragraph 27(1)(d) of the *Immigration Act*". The rights found to exist by Dawson J. remained engaged in the reopened appeal.

(4) As to whether the deportation order herein was in accordance with fundamental justice principles, applicant argued that, on the new evidence, he could not be said to have deliberately violated one of the conditions of his admission to Canada. The psychiatrist's opinion was that applicant's

discrétionnaire. Il semble que la section d'appel n'a pas abordé en l'espèce l'analyse qui lui est maintenant prescrite par l'arrêt *Suresh*. Cet arrêt de la Cour suprême est un aspect important du cadre juridique qui s'impose à la section d'appel lorsqu'elle examine les appels de mesures de renvoi. Sa déclaration que sa compétence se limitait à des motifs d'ordre discrétionnaire amène la Cour à conclure qu'il s'agit là d'une erreur susceptible de révision.

(3) Le demandeur s'appuie sur l'analyse de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)* quant à sa prétention que son appel met en cause ses droits garantis par l'article 7 de la Charte. L'expulsion du demandeur va considérablement affecter sa capacité de faire les choix les plus fondamentaux de sa vie, ainsi qu'affecter la capacité de ceux qui se chargent de lui de pouvoir l'aider et d'en avoir soin. Il souffrirait du genre de tension psychologique dont la Cour suprême fait état dans l'arrêt *Blencoe*.

Le ministre fait remarquer que la Cour d'appel fédérale, dans *Romans I*, a décidé qu'elle n'avait pas à déterminer si l'article 7 s'applique. La Cour suprême du Canada a adopté le même point de vue dans l'arrêt *Chiarelli*. Le ministre soutient que la prétention du demandeur qu'il a un droit absolu de demeurer au Canada, nonobstant les violences qu'il a perpétrées et les diverses déclarations de culpabilité pour des infractions criminelles, est contraire à l'article 6 de la Charte et au paragraphe 4(2) de la *Loi sur l'immigration*. Seuls les Canadiens ont le droit absolu de demeurer au Canada. Le défendeur soutient aussi que le demandeur s'appuie à tort sur la jurisprudence en matière d'extradition, notamment l'arrêt *États-Unis c. Burns*, pour établir les principes de justice fondamentale applicables dans le contexte de l'expulsion. Le ministre soutient que l'arrêt *Burns* porte sur des faits très particuliers—le contenu précis du traité d'extradition avec les États-Unis et le rôle que joue le Canada, à l'interne comme à l'externe, dans l'abolition de la peine capitale.

Dans *Romans I*, la juge Dawson est arrivée à la conclusion que les droits du demandeur garantis par l'article 7 de la Charte étaient mis en cause et le juge Décaré, J.C.A., a déclaré qu'il était entendu, pour fins de discussion, que «l'article 7 de la Charte s'applique lors de l'expulsion d'un résident permanent faite en vertu de l'alinéa 27(1)d) de la *Loi sur l'immigration*». Les droits dont la juge Dawson a conclu à l'existence sont toujours en jeu lors de la réouverture de l'appel.

4) Quant à savoir si la mesure de renvoi en l'espèce respecte les principes de justice fondamentale, le demandeur prétend que, au vu de cette preuve, le demandeur soutient qu'il n'est pas possible d'arriver à la conclusion qu'il a manqué volontairement à une condition de son renvoi. Le

offences were committed when he was not under treatment and hallucinating. Applicant also pointed to new evidence before the Appeal Division regarding the appalling conditions of the mentally ill in Jamaica. No evidence supported the Appeal Division's finding that, in Jamaica, applicant could receive adequate care for his serious, complex problems. There was documentary evidence that, in Jamaica, the mentally ill often end up in the penal system, where they undergo abuse and even torture. This evidence was not before the Court in *Romans I*. The Court of Appeal had dismissed applicant's appeal because, on the facts before it, the evidence was not sufficient to satisfy the "shocks the conscience" test established by the Supreme Court of Canada. In *Chiarelli*, the Supreme Court wrote that *Immigration Act*, subparagraph 27(1)(d)(ii) applied to permanent residents who have "deliberately violated an essential condition under which they were permitted in Canada". But this Court had considerable reservations about applicant's assertion that the psychiatric evidence now demonstrates that he was not responsible for his crimes. This was a capacity issue on which *Chiarelli* was binding and conclusive. The Court's hands were not, however, tied by *Chiarelli* in respect of the new evidence as to country conditions and this was a matter not before Dawson J. The basic issue on this question is whether, in light of the new evidence, the appropriate "fundamental justice balance"—which the Supreme Court has said generally to preclude deportation to torture—was reached in the decision.

A reading of the impugned decision would suggest that the implications of *Suresh* were not taken into account.

This was an extremely difficult case and the immigration system is not equipped to deal with the exigencies of this situation. But, since the Minister is responsible for public protection, the crude expedient of deportation was resorted to and the Court was faced with this sorry state of affairs. The impugned decision revealed that these irreconcilables were grappled with but the conclusion reached that, since applicant is doomed wherever he is, he might as well be sent back to Jamaica where, at least, he will pose no threat to the public in Canada.

While the fundamental justice balance requires reconsideration, the Federal Court of Appeal rejected the proposition that but one result was possible. Public safety remains a significant issue so long as applicant is capable of refusing treatment and placing himself at large. Clearly,

psychiatre a témoigné que le demandeur avait commis des actes criminels lorsqu'il ne suivait pas de traitement et qu'il avait des hallucinations. Le demandeur soutient avoir déposé une preuve nouvelle devant la section d'appel au sujet de la situation épouvantable à laquelle il serait confronté en Jamaïque du fait de sa maladie mentale. Aucune preuve n'étaye la conclusion de la section d'appel que le demandeur pourrait y être soigné adéquatement pour ses problèmes très sérieux et complexes. Une partie de la preuve documentaire fait ressortir que, en Jamaïque, les malades mentaux chroniques se retrouvent généralement en prison, où ils font l'objet de sévices et de torture. Cette preuve n'était pas devant la Cour dans *Romans I*. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel étant donné qu'au vu des faits qui lui étaient présentés, elle a conclu que la preuve ne suffisait pas à satisfaire au critère du «choc de la conscience» énoncé par la Cour suprême du Canada. Dans l'arrêt *Chiarelli*, la Cour suprême déclare que le sous-alinéa 27(1)d(ii) de la *Loi sur l'immigration* s'applique aux résidents permanents qui ont «manqué volontairement à une condition essentielle devant être respectée pour qu'il leur soit permis de demeurer au Canada». La Cour a des réserves importantes quant à l'affirmation du demandeur que la preuve du psychiatre démontre que le demandeur n'était pas responsable de ses crimes. Il s'agit avant tout d'une question de capacité pour laquelle l'arrêt *Chiarelli* est obligatoire et définitif. L'arrêt *Chiarelli*, ne lie pas la Cour lorsqu'il s'agit de la nouvelle preuve sur les conditions en Jamaïque. Cette question n'a pas été soulevée devant la juge Dawson. La question de fond consiste à savoir si, au vu de la nouvelle preuve, la décision constitue un «équilibre approprié de la justice fondamentale», qui selon la Cour suprême du Canada, fait généralement obstacle à une expulsion impliquant un risque de torture.

La lecture des motifs de décision contestée indique que l'on n'a pas tenu compte des implications de l'arrêt *Suresh*.

Il s'agit d'un cas extrêmement difficile et le régime d'immigration n'est pas équipé pour traiter d'une telle situation. Mais, comme le ministre doit s'assurer que le public est protégé, on a eu recours à l'expédient rudimentaire qu'est l'expulsion ce qui a donné lieu à la déplorable histoire soumise à la Cour dans cette demande. La décision contestée fait ressortir que ces aspects inconciliables ont été débattus mais on est arrivé à la conclusion que le demandeur semble être voué à son triste sort où qu'il soit et donc qu'il est aussi bien qu'on le renvoie en Jamaïque où il ne constituera pas une menace pour le public canadien.

Bien que les principes de la justice fondamentale exigent un nouvel examen, la Cour d'appel fédérale n'accepte toutefois pas l'argument voulant qu'il n'y a qu'un résultat possible. La sécurité du public doit demeurer une question importante dans la mesure où le demandeur peut refuser tout traitement et

applicant is better off here, but this has to be balanced against the danger he poses to others to determine whether his deportation would be in accordance with the principles of fundamental justice. The issue should not be evaded by pretending applicant would be no worse off if deported.

(5) Applicant argued that the Appeal Board erred in concluding that it lacked jurisdiction to order his detention until he secured the treatment required. It possesses the powers of a court of record and, in granting a stay of deportation, can impose such conditions as it “may determine”. Thus it could order applicant’s detention until such time as he might be certified by a psychiatrist as no longer constituting a danger to the public. The Minister disagreed, arguing that if a “condition” of a stay is mandatory detention, that would not be a mere condition as it could constitute an indefinite term of imprisonment. Parliament had, by various statutory amendments, repealed the Appeal Division’s power to detain or to even supervise detention orders. The Minister submitted that under the former *Immigration Act*, the extraordinary power to detain, on an ongoing basis, was explicitly granted to adjudicators by subsection 103(3), rather than by subsection 74(2), which dealt with ordinary terms and conditions. But adjudicators were not empowered to detain psychiatric patients for their own protection. The Minister drew the Court’s attention to the reasons of Rothstein J. in *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, wherein that Judge cautioned against indefinite detention under the *Immigration Act*. He offered a list of criteria for the guidance of adjudicators when considering detention but the obtaining of psychiatric treatment did not appear on that list. The Minister suggested that the detention of the mentally ill falls under provincial jurisdiction and is dealt with by appropriate legislation, such as the *Ontario Mental Health Act*. It would, indeed, be dangerous to confer such a broad jurisdiction on the Appeal Division in relation to detention. It would be overstepping its jurisdiction were it to fix terms and conditions that implicated a provincial statute or agency in the absence of statutory authorization. The tribunal did not err in determining that it lacked jurisdiction to order applicant’s detention until treatment was obtained.

(6) The final issue was whether the Appeal Division erred in law in the exercise of its jurisdiction by concluding that, while conditions in Jamaica were worse than those in Canada,

obtenir sa liberté de mouvement. Il est clair que le demandeur est dans une meilleure situation au Canada, mais il reste toujours à déterminer si, au vu de la pondération de ces considérations avec le danger posé pour les tiers, la mesure de renvoi respecte les principes de justice fondamentale. On ne devrait pas négliger cette question en prétendant que la situation du demandeur ne serait pas pire s’il était renvoyé.

5) Le demandeur prétend que la section d’appel a commis une erreur en concluant qu’elle n’avait pas compétence pour ordonner que le demandeur soit incarcéré jusqu’à ce qu’il ait obtenu les traitements nécessaires. La section d’appel a toutes les compétences d’une cour d’archives et c’est elle qui fixe les conditions lorsqu’elle octroie un sursis d’exécution. Par conséquent, elle peut ordonner que le demandeur soit maintenu sous garde jusqu’à ce qu’un psychiatre certifie qu’il n’est plus un danger pour le public. Le ministre exprime son désaccord et soutient que le fait d’imposer une condition à l’octroi d’un sursis d’exécution de la mesure de renvoi du demandeur a pour effet de retarder son renvoi. Le législateur, par suite de diverses modifications, a spécifiquement révoqué la compétence de la section d’appel d’ordonner la détention, ou même de surveiller l’application des ordonnances de détention. Le ministre soutient qu’en vertu de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, le pouvoir extraordinaire d’ordonner qu’une personne soit mise en détention de façon continue a été accordé aux arbitres de façon explicite en vertu du paragraphe 103(3) et non par le paragraphe 74(2), où il n’est question que de conditions générales. Les arbitres n’ont aucune compétence de mettre un malade mental en détention pour sa propre protection. Le ministre soutient que dans *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, le juge Rothstein a indiqué qu’il n’y avait pas de disposition dans la *Loi sur l’immigration* qui permettait de prolonger indéfiniment la détention d’une personne. Le juge Rothstein a fait une liste non exhaustive des facteurs que les arbitres devraient prendre en considération lorsqu’ils examinent la possibilité d’ordonner la mise en détention mais l’obtention de traitements psychiatriques ne figurent pas sur cette liste. Le ministre prétend que la détention des malades mentaux est de compétence provinciale notamment en vertu de la *Loi sur la santé mentale* de l’Ontario. Il serait dangereux que l’on confère une compétence aussi large en matière de détention à la section d’appel. La section d’appel outrepasserait sa compétence en prévoyant des conditions qui supposent l’application d’une loi provinciale ou l’intervention d’organismes provinciaux, sans que le législateur ne l’y ait autorisé. La section d’appel n’a pas commis une erreur de droit en décidant qu’elle n’avait pas compétence pour ordonner que le demandeur soit maintenu en détention jusqu’à ce qu’il obtienne les traitements nécessaires.

6) La dernière question consiste à savoir si la section d’appel a commis une erreur dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en concluant que même si les conditions en

applicant would be able to receive treatment there. It was argued for applicant that the tribunal ignored the facts that he now had a psychiatrist who has developed a treatment plan and there was a better than even chance that within a year he would be capable of functioning at a halfway house. The psychiatrist's opinion was that applicant's criminality had resulted from past neglect on the part of our mental health system. It was submitted that the tribunal displayed its ignorance of the situation of the mentally ill in suggesting that he "wouldn't know the difference" if returned to a country where the conditions were terrible. The Minister, however, expressed a fear that, if not forcibly confined, applicant might well disappear onto the streets and fail to take his medication. While his symptoms might be alleviated by the new medication, it could not be said that this would ensure a permanent cure. Counsel to the Minister added that the mistreatment of the homeless, even their murder, is not unknown in Canada.

This issue was, in part, already addressed, in applicant's favour, in these reasons. The tribunal did err in its exercise of jurisdiction. That said, it will have to be demonstrated that applicant will be looked after in such manner that he will pose no danger to the public. His treatment and confinement must not be left to speculation. This will have to be dealt with upon redetermination. An order herein will be issued after a delay to allow for submissions as to the certification of a question of general importance.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 6, 7, 12.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 4(2), 27 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4; S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16; 1995, c. 15, s. 5), 74(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), (a) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 67), (b) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), (2) (as am. *idem*), 103 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 27; S.C. 1992, c. 49, s. 94; 1995, c. 15, s. 19), 103.1(3) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 12), (6) (as enacted *idem*; S.C. 1992, c. 49, s. 95).

Jamaïque n'étaient pas aussi bonnes que celles qui existent au Canada le demandeur pourrait y être traité. Le demandeur a prétendu que le tribunal n'a pas tenu compte du fait qu'il y avait maintenant un psychiatre chargé de le traiter, que ce psychiatre avait préparé un régime de traitement, qu'il avait déclaré que, dans l'année du traitement, le demandeur pourrait se débrouiller efficacement dans une maison de transition. Le psychiatre a clairement indiqué que le demandeur n'avait pas reçu l'attention nécessaire du régime de santé mentale par le passé et que ses actes criminels étaient dus à un traitement inadéquat. Le demandeur soutient qu'en suggérant qu'il ne serait pas conscient de la différence même s'il était renvoyé dans un pays où les conditions sont épouvantables, la section d'appel a démontré qu'elle ne comprenait pas la situation des malades mentaux. Le ministre a exprimé sa crainte qu'il y avait un risque que, s'il n'était pas hospitalisé contre son gré, le demandeur disparaisse et qu'il ne prenne pas les médicaments prescrits. Bien qu'il soit possible que ses symptômes soient diminués par de nouveaux médicaments, rien dans la preuve ne démontre qu'il sera vraiment guéri. L'avocat du ministre a ajouté que les mauvais traitements infligés aux personnes sans domicile fixe, qui peuvent aller jusqu'à l'assassinat, existent au Canada.

Cette question a déjà été tranchée, en partie, dans les présents motifs, en faveur du demandeur. Le tribunal a commis une erreur de droit dans la façon dont elle a exercé sa compétence. Cela étant dit, il devra être démontré que le demandeur sera soigné de telle manière qu'il ne constitue pas un danger pour le public canadien. Son obligation de demeurer en institution et son traitement ne peuvent être fondés sur de la spéculation. Lorsque cette affaire sera réexaminée, ces questions auront une importance vitale. Une ordonnance en l'espèce sera délivrée après qu'un délai aura été accordé afin de permettre le dépôt d'observations sur la certification d'une question de portée générale.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 6, 7, 12.

Loi sur la santé mentale, L.R.O. 1990, ch. M.7.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 4(2), 27 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 4; L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16; 1995, ch. 15, art. 5), 74(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18), a) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 67), b) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18), (2) (mod. *idem*), 103 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 27; L.C. 1992, ch. 49, art. 94; 1995, c. 15, art. 19), 103.1(3) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art.

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27.
Mental Health Act, R.S.O. 1990, c. M.7.

12), (6) (édicte, *idem*; L.C. 1992, ch. 49, art. 95).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C.
2001, ch. 27.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161 (as to capacity issue); *Beaumont v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 25 Imm. L.R. (3d) 189 (F.C.T.D.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *Barone v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 38 Imm. L.R. (2d) 93 (I.A.D.); *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283; (2001), 196 D.L.R. (4th) 1; [2001] 3 W.W.R. 193; 85 B.C.L.R. (3d) 1; 148 B.C.A.C. 1; 151 C.C.C. (3d) 97; 39 C.R. (5th) 205; 81 C.R.R. (2d) 1; 265 N.R. 212; *Velupillai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] I.A.D.D. No. 863 (QL); *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 23 Admin. L.R. (3d) 175; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214; (1994), 24 C.R.R. (2d) 276; 85 F.T.R. 99; 30 Imm. L.R. (2d) 33 (T.D.).

DISTINGUISHED:

Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Romans v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 86 C.R.R. (2d) 139; 14 Imm. L.R. (3d) 215; 203 F.T.R. 108 (F.C.T.D.); *Romans v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 17 Imm. L.R. (3d) 34; 281 N.R. 357 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [2001] S.C.C.A. No. 471.

CONSIDERED:

Fernandes v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1995), 104 F.T.R. 49 (F.C.T.D.); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002]

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161 (quant à la question de la capacité); *Beaumont c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2002), 25 Imm. L.R. (3d) 189 (C.F. 1^{re} inst.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *Barone c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 38 Imm. L.R. (2d) 93 (S.A.I.); *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283; (2001), 196 D.L.R. (4th) 1; [2001] 3 W.W.R. 193; 85 B.C.L.R. (3d) 1; 148 B.C.A.C. 1; 151 C.C.C. (3d) 97; 39 C.R. (5th) 205; 81 C.R.R. (2d) 1; 265 N.R. 212; *Velupillai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] D.S.A.I. n° 863 (QL); *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 23 Admin. L.R. (3d) 175; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214; (1994), 24 C.R.R. (2d) 276; 85 F.T.R. 99; 30 Imm. L.R. (2d) 33 (1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Romans c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 86 C.R.R. (2d) 139; 14 Imm. L.R. (3d) 215; 203 F.T.R. 108 (C.F. 1^{re} inst.); *Romans c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 17 Imm. L.R. (3d) 34; 281 N.R. 357 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2001] C.S.C.R. n° 471.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Fernandes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1995), 104 F.T.R. 49 (C.F. 1^{re} inst.); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646; (1997), 147 D.L.R. (4th) 93; 212 N.R. 63 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1997] 3 S.C.R. xv.

REFERRED TO:

Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 1 F.C. 605; (1998), 169 D.L.R. (4th) 173; 46 Imm. L.R. (2d) 163; 234 N.R. 112 (C.A.); *Armada Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*, [1991] 3 F.C. 242; (1991), 83 D.L.R. (4th) 440; 14 Imm. L.R. (2d) 13; 127 N.R. 342 (C.A.); *Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 270; (1992), 93 D.L.R. (4th) 589; 10 C.R.R. (2d) 348; 145 N.R. 121 (C.A.); *Da Costa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 2 F.C. 182; (1997), 137 F.T.R. 268; 41 Imm. L.R. (2d) 12 (T.D.); *Almonte v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] I.A.D.D. No. 1254 (I.A.D.) (QL); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Ledwich*, [1998] I.A.D.D. No. 831 (QL); *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 6 C.R.R. (2d) 193; 129 N.R. 81.

APPLICATION for judicial review of an IRB Appeal Division decision ([2002] I.A.D.D. No. 1 (QL)) denying a reopened appeal against a deportation order and refusing a stay of the deportation order. Application allowed.

APPEARANCES:

Lorne Waldman for applicant.
David W. Tyndale for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Waldman & Associates, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

l'Immigration, [2002] 1 R.C.S. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646; (1997), 147 D.L.R. (4th) 93; 212 N.R. 63 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1997] 3 R.C.S. xv.

DÉCISIONS CITÉES:

Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 1 C.F. 605; (1998), 169 D.L.R. (4th) 173; 46 Imm. L.R. (2d) 163; 234 N.R. 112 (C.A.); *Armada Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration)*, [1991] 3 C.F. 242; (1991), 83 D.L.R. (4th) 440; 14 Imm. L.R. (2d) 13; 127 N.R. 342 (C.A.); *Canepa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. 270; (1992), 93 D.L.R. (4th) 589; 10 C.R.R. (2d) 348; 145 N.R. 121 (C.A.); *Da Costa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 2 C.F. 182; (1997), 137 F.T.R. 268; 41 Imm. L.R. (2d) 12 (1^{re} inst.); *Almonte c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, [1995] D.S.A.I. n° 1254 (S.A.I.) (QL); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Ledwich*, [1998] D.S.A.I. n° 831 (QL); *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 6 C.R.R. (2d) 193; 129 N.R. 81.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la section d'appel de la CISR ([2002] D.S.A.I. n° 1 (QL)) de rejeter un appel (suite à la réouverture) d'une mesure de renvoi et de refuser également d'accorder un sursis d'exécution de la mesure de renvoi. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Lorne Waldman pour le demandeur.
David W. Tyndale pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Waldman & Associates, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] RUSSELL J.: This is an application for judicial review of the decision of James Waters, member of the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (Appeal Division), dated January 3, 2003 [[2003] I.A.D.D. No. 1 (QL)] and communicated to the applicant on or about January 7, 2003 (decision) wherein the Appeal Division dismissed the applicant's reopened appeal against a deportation order dated June 7, 1999 (deportation order) and declined to grant a stay of the deportation order. The applicant seeks an order quashing the decision and an order remitting the matter back for redetermination by a differently constituted panel.

BACKGROUND

[2] The applicant is a permanent resident of Canada. He came to Canada from Jamaica as a young child in 1967 when he was approximately 18 months of age. He was admitted as a permanent resident and has retained that status ever since. In his teenage years, he began to display symptoms of schizophrenia. He got into trouble with the police. He was eventually arrested and convicted of 36 criminal offences. Three of these offences were sexual assault convictions, while others included trafficking in small amounts of crack. There were also assault and assault causing bodily harm convictions. On March 12, 1999, a report was issued under section 27 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4; S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16; 1995, c. 15, s. 5] of the former *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] before an Adjudicator of the Immigration and Refugee Board. The result of the section 27 inquiry was the issuance of the deportation order on June 7, 1999.

[3] The applicant appealed to the Appeal Division. The Appeal Division dismissed the appeal. At the time of the appeal, the applicant was deemed incompetent to represent himself and a designated representative was appointed. At the initial hearing, the applicant's mother and the designated representative, a social worker, testified. At the time the appeal was dismissed, the Appeal Division was precluded from considering country conditions in Jamaica as a result of the decision of the Federal Court of Appeal in *Chieu v. Canada (Minister of*

[1] LE JUGE RUSSELL: La présente demande de contrôle judiciaire porte sur la décision de James Waters, commissaire à la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la section d'appel), datée du 3 janvier 2003 [[2003] D.S.A.I. n° 1 (QL)] et transmise au demandeur le 7 janvier 2003, ou vers cette date (la décision). La décision de la section d'appel rejetait (suite à la réouverture) l'appel du demandeur d'une mesure de renvoi datée du 7 juin 1999 (la mesure de renvoi) et refusait aussi d'accorder un sursis d'exécution de la mesure de renvoi. Le demandeur sollicite une ordonnance annulant la décision et renvoyant la question à un tribunal différemment constitué pour nouvelle décision.

LE CONTEXTE

[2] Le demandeur est un résident permanent du Canada. Il est arrivé au Canada en provenance de la Jamaïque alors en 1967 qu'il était âgé d'environ 18 mois. Il a reçu le droit d'établissement en qualité de résident permanent, statut qu'il possède toujours. Au cours de l'adolescence, il a commencé à manifester des signes de schizophrénie. Il a eu des ennuis avec la police. Suite à plusieurs arrestations, il a été déclaré coupable de 36 infractions criminelles, dont trois pour agression sexuelle et d'autres pour trafic de cocaïne. Il a aussi été reconnu coupable de voies de fait et de voies de fait causant des lésions corporelles. Le 12 mars 1999, un rapport fondé sur l'article 27 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 4; L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16; 1995, ch. 15, art. 5] de l'ancienne *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] a été transmis à un arbitre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. L'enquête tenue en vertu de l'article 27 a donné lieu à la délivrance d'une mesure de renvoi le 7 juin 1999.

[3] Le demandeur a fait appel auprès de la section d'appel, qui a rejeté son appel. Le demandeur ne pouvant prendre part à cette instance en raison de sa maladie, un représentant a été désigné pour agir en son nom. Lors de cette première audience, la mère du demandeur (son représentant désigné), qui est travailleur social, a apporté son témoignage. Lors du rejet de l'appel, la section d'appel ne pouvait tenir compte des conditions qui prévalaient en Jamaïque suite à la jurisprudence établie par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Chieu c.*

Citizenship and Immigration), [1999] 1 F.C. 605 (C.A.).

[4] The Appeal Division concluded that the evidence was such that there was a high likelihood that the applicant would reoffend and that he posed a danger to the public. The Appeal Division also concluded that it would make no significant difference to the applicant if he was deported because he was unlikely to notice much change in his circumstances.

[5] A judicial review of the Appeal Division's decision was dismissed by Dawson J. in *Romans v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, (2001), 86 C.R.R. (2d) 139 (F.C.T.D.) (*Romans I*). In her reasons, Dawson J. concluded that, although section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] was engaged in the process, there had been no breach of fundamental justice and she felt she was bound by the decision of the Supreme Court of Canada in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711 where the Supreme Court held that Parliament has the right to enact legislation prescribing the conditions under which non-citizens will be permitted to enter and remain in Canada. Dawson J. concluded that the Supreme Court of Canada decision in *Chiarelli*, *supra*, was not "predicated upon the age or capacity of Mr. Chiarelli" (paragraph 28).

[6] Dawson J. certified the following question:

In light of the decision of the Supreme Court of Canada in *United States of America v. Burns*, [2001] S.C.J. No. 8, 2001 SCC 7 and in light of the evolved nature of Charter interpretation, is it a violation of fundamental justice to deport a permanent resident pursuant to paragraph 27(1)(d) of the Act in circumstances where the permanent resident has resided in Canada since very early childhood so as to have no establishment outside of Canada, and where the permanent resident suffers from a serious mental illness to an extent which makes him unable to function in society?

[7] The Federal Court of Appeal answered the certified question in the negative and rejected the

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 1 C.F. 605 (C.A.).

[4] La section d'appel a conclu que la preuve démontrait que le risque de récidive du demandeur est très élevé et qu'il cause un danger pour le public. La section d'appel a aussi conclu que le demandeur ne serait pas soumis à un changement significatif s'il est expulsé, parce que cela ne changerait pas grand-chose à sa vie.

[5] La demande de contrôle judiciaire de la décision de la section d'appel a été rejetée par la juge Dawson, dans *Romans c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 86 C.R.R. (2d) 139 (C.F. 1^{re} inst.) (*Romans I*). Dans ses motifs, la juge Dawson a conclu que même si l'expulsion mettait en cause l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], il n'y avait pas eu violation des principes de justice fondamentale. Elle se considérait liée par l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, où la Cour suprême a conclu qu'il était loisible au législateur d'adopter des lois prescrivant les conditions en vertu desquelles il sera permis aux non-citoyens d'entrer et de demeurer au Canada. La juge Dawson a conclu que la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Chiarelli*, précité, ne «reposait [pas] sur l'âge ou la capacité de M. Chiarelli» (paragraphe 28).

[6] La juge Dawson a certifié la question suivante:

À la lumière de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *États-Unis d'Amérique c. Burns*, [2001] A.C.S. n° 8, 2001 CSC 7, et de l'évolution de l'interprétation de la Charte, l'expulsion d'un résident permanent en application de l'alinéa 27(1)d) de la Loi constitue-t-elle une violation des principes de justice fondamentale lorsque cette personne réside au Canada depuis sa plus tendre enfance, et qu'elle n'a donc pas de résidence à l'extérieur du Canada, et lorsque cette personne souffre d'une maladie mentale grave au point de la rendre incapable de fonctionner dans la société?

[7] La Cour d'appel fédérale [*Romans c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001),

applicant's appeal [*Romans v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 17 Imm. L.R. (3d) 34 (F.C.A.), at paragraphs 2 and 4]:

The fact that the appellant has resided in Canada since early childhood, has no establishment outside of Canada and suffers from chronic paranoid schizophrenia does not give him an absolute right to remain in Canada, that right being recognized by section 6(1) of the Charter to Canadian citizens only.

...

We are satisfied that, in doing so, the Appeal Division did a balancing of competing interests as mandated, albeit in different circumstances, by the Supreme Court of Canada in *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283 and could, on the evidence before it, reach the conclusion that the deportation of the appellant, in the circumstances of this case, was in accordance with the principles of fundamental justice. Madam Justice Dawson declined to intervene ([2001] F.C.J. No. 740, 2001 FCT 466), and rightly so.

[8] The application for leave to appeal the Federal Court of Appeal decision in *Romans I* to the Supreme Court of Canada was dismissed [[2001] S.C.C.A. No. 471].

[9] The applicant then applied to reopen before the Appeal Division. The application contained an affidavit from the applicant's stalwart and faithful mother. She indicated that she had been in contact with psychiatrists and had discovered that, as a result of new medication, there was a good possibility that her son could be treated. She also indicated that she was advised that, if treated properly, the applicant had an excellent chance of responding positively and that it was desirable to transfer her son from the West Detention Centre, where he had been in detention, to Penetang. The applicant submitted extensive documentary evidence, and relied on the personal knowledge of his mother to indicate that, in Jamaica, persons who are detained in that country undergo humiliation, are often subjected to physical and sexual assaults, and that his life would be in danger.

DECISION UNDER REVIEW

[10] At the Appeal Division hearing that is the subject of this judicial review, the applicant's mother was

17 Imm. L.R. (3d) 34 (C.A.F.), aux paragraphes 2 et 4] a répondu à la question certifiée par la négative et elle a rejeté l'appel du demandeur:

Le fait que l'appelant réside au Canada depuis sa petite enfance, qu'il n'ait établi aucun domicile à l'extérieur du Canada et qu'il souffre de schizophrénie paranoïde chronique ne lui confère pas le droit absolu de rester au Canada, ce droit étant accordé uniquement aux citoyens canadiens au paragraphe 6(1) de la Charte.

[...]

Nous sommes d'avis que dans sa décision, la Section d'Appel a su pondérer les intérêts divergeants, tel que dicté par la Cour Suprême du Canada (quoique dans des circonstances différentes) dans l'arrêt *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, et, en se fondant sur la preuve qui lui a été présentée, a pu conclure que l'expulsion de l'appelant, dans les circonstances de la présente affaire, était conforme aux principes de justice fondamentale. C'est avec raison que Madame le juge Dawson a choisi de ne pas intervenir, ([2001] A.C.F. n° 740, 2001 CFPI 466).

[8] La Cour suprême du Canada a refusé la demande d'autorisation d'en appeler de la décision de la Cour d'appel fédérale *Romans I* [[2001] C.S.C.R. n° 471].

[9] Le demandeur s'est adressé à la section d'appel pour obtenir la réouverture du dossier. La demande contient un affidavit de la fort exemplaire mère du demandeur. Elle y indique qu'elle est entrée en rapport avec des psychiatres et découvert que l'existence d'un nouveau médicament constituait une possibilité de traitement pour son fils. Elle a aussi indiqué qu'on lui avait dit que si le demandeur recevait le traitement adéquat, il avait de fortes chances de réagir positivement et donc qu'il serait préférable qu'il soit transféré du Centre de détention ouest à l'établissement Penetang. Le demandeur a présenté une preuve documentaire abondante, en plus de s'appuyer sur la connaissance personnelle de sa mère, pour démontrer qu'en Jamaïque les personnes emprisonnées sont humiliées et font souvent l'objet de voies de fait et d'agressions sexuelles, ce qui fait que sa vie serait en danger.

LA DÉCISION SOUMISE AU CONTRÔLE

[10] Lors de l'audition devant la section d'appel qui fait l'objet du présent contrôle judiciaire, la mère du

appointed designated representative and she testified that the family came to Canada in 1965 and, at that time, the applicant was 18 months of age. She also testified that she and her husband became citizens about five years later and that, out of ignorance on her part, she did not apply for citizenship for the applicant. She said that until his late teens, the applicant was very obedient but then began to show signs that he was mentally ill. He was in his early 20s when he was diagnosed with chronic paranoid schizophrenia. She testified that there had been no systematic attempts to help her son. She also said that the applicant has no family in Jamaica, and that he would not be able to receive adequate treatment if he was sent there.

[11] Dr. Sameh Hassan was accepted as an expert witness to provide a psychiatric assessment of the applicant. He testified that there was still a healthy part of the applicant and that he could be rehabilitated. He also testified that there was a good opportunity to help the applicant to become semi-independent. Dr. Hassan also indicated that, with proper treatment, the applicant could be in a halfway house in a year and could live in society with low risk. Dr. Hassan pointed out that he had seen cases where patients with long-term residential treatment have been rehabilitated.

[12] Counsel for the applicant argued at the reopened hearing that, when the Appeal Division exercised its discretion, it had to do so in accordance with the Charter, and that, pursuant to the jurisprudence of this Court, including the judicial review of *Romans I* before Dawson J., the applicant's rights under section 7 of the Charter were engaged. Counsel argued that the case was now distinguishable from *Romans I* in that there was new evidence as to country conditions in Jamaica which had not been before the previous tribunal because the jurisprudence at that time had precluded consideration of country conditions. Counsel also noted at the reopened hearing that the Appeal Division had new evidence of expert psychiatric testimony that indicated that the applicant had a good chance for recovery with proper treatment. Counsel argued that, when exercising its

demandeur, qui a été commise d'office pour le représenter, a témoigné que la famille est venue au Canada en 1965 alors que le demandeur avait 18 mois. Elle a aussi témoigné qu'elle et son mari ont obtenu la citoyenneté à peu près cinq ans plus tard, mais que par ignorance elle n'a pas fait une demande de citoyenneté pour le demandeur. Elle a déclaré que le demandeur était un enfant très obéissant jusqu'à la fin de son adolescence, époque à laquelle il a commencé à manifester des signes de maladie mentale. Au début de la vingtaine, il a été diagnostiqué comme souffrant de schizophrénie paranoïde chronique. Elle a déclaré qu'on n'avait pas fait de tentative systématique pour aider son fils. Elle a aussi déclaré que le demandeur n'avait aucune famille en Jamaïque et qu'il ne pourrait y recevoir les traitements dont il avait besoin.

[11] Le tribunal a recueilli le témoignage d'expert du D^r Sameh Hassan, en matière d'évaluation psychiatrique du demandeur. Il a témoigné que le demandeur conservait une partie de sa santé mentale et qu'il était susceptible de réadaptation. Il a aussi témoigné qu'il y avait une bonne chance qu'on puisse aider le demandeur à devenir semi-indépendant. Le D^r Hassan a aussi déclaré que si le demandeur était traité de façon appropriée, il pourrait être transféré dans un foyer de transition dans les six à douze mois et ne représenter qu'un faible risque pour la société. Le D^r Hassan a fait remarquer qu'il connaissait des cas où des patients hospitalisés à long terme avaient été réadaptés.

[12] À la réouverture de l'audition, l'avocat du demandeur a soutenu que la section d'appel devait exercer son pouvoir discrétionnaire en conformité de la Charte, et qu'au vu de la jurisprudence de notre Cour, y compris le contrôle judiciaire *Romans I* devant la juge Dawson, les droits du demandeur garantis par l'article 7 de la Charte étaient mis en cause. L'avocat a soutenu que l'on pouvait maintenant faire une distinction avec *Romans I*, en ce qu'il existait une nouvelle preuve quant aux conditions prévalant en Jamaïque, preuve qu'on n'avait pu présenter antérieurement puisque la jurisprudence de l'époque ne permettait pas d'en tenir compte. L'avocat a aussi fait remarquer, à la réouverture de l'audition, que la section d'appel avait une nouvelle preuve psychiatrique, qui porte que le demandeur a une bonne chance de se rétablir s'il obtient un traitement

discretion pursuant to the decision of the Supreme Court of Canada in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, the Appeal Division had to have regard for principles of fundamental justice. Counsel took the position that the only possible way the Appeal Division could exercise its discretion in this case, given the evidence on country conditions, was to allow the appeal. Counsel argued, in the alternative, that the Appeal Division should issue a stay of the deportation order on the condition that the applicant be held in detention until such a time as he was found by a psychiatrist to be able to live on his own.

[13] The Minister argued for dismissal, based on his view that the applicant still posed a danger to the public. The hearing was then adjourned on the understanding that, if the appeal was dismissed on equitable grounds, the Appeal Division would reconvene to receive evidence and consider the Charter issues that had been raised in a notice of constitutional question put forward by the applicant. However, after the Appeal Division dismissed the appeal in equity, it requested submissions on jurisdiction to consider the Charter on a reopened appeal. After receiving submissions, it ruled that it only had jurisdiction to reopen an appeal from a removal order on discretionary grounds and dismissed the appeal.

[14] The applicant filed extensive documentary evidence on country conditions in Jamaica, including evidence of police brutality towards mentally ill detainees. The Appeal Division concluded that the conditions for mentally ill persons in prisons, hospitals and on the streets of Jamaica were worse than those that existed in Canada.

[15] The Appeal Division noted that the applicant had been ordered deported on June 7, 1999. His first appeal had been dismissed and the judicial review of that appeal had been dismissed. He had been granted an opportunity to reopen, but the Appeal Division made the following points [at paragraphs 2-3]:

adéquat. L'avocat a soutenu qu'en exerçant son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, la section d'appel devait tenir compte des principes de la justice fondamentale. Selon l'avocat, le seul exercice possible du pouvoir discrétionnaire de la section d'appel en l'espèce, au vu de la preuve sur les conditions dans le pays, était d'accueillir l'appel. Subsidiairement, l'avocat a soutenu que la section d'appel devrait ordonner un sursis d'exécution de la mesure de renvoi, sous réserve que le demandeur soit maintenu en détention jusqu'à ce qu'un psychiatre juge qu'il pouvait vivre de façon indépendante.

[13] Se fondant sur son point de vue que le demandeur posait toujours un danger pour le public, le ministre a soutenu que l'appel devait être rejeté. L'audience a alors été ajournée, étant entendu que si l'appel était rejeté en *equity*, la section d'appel siégerait à nouveau pour recevoir une preuve et examiner les questions relatives à la Charte soulevées dans l'avis de question constitutionnelle présenté par le demandeur. Après que la section d'appel eut rejeté l'appel en *equity*, elle a demandé les prétentions des parties sur sa compétence de tenir compte de la Charte dans le cas de réouverture d'un appel. Après avoir reçu ces prétentions, la section d'appel a conclu qu'elle avait compétence pour procéder à la réouverture d'un appel interjeté contre une mesure de renvoi seulement pour des motifs d'ordre discrétionnaire et elle a rejeté l'appel.

[14] Le demandeur a déposé une preuve documentaire abondante sur les conditions en Jamaïque, y compris une preuve portant sur les brutalités policières visant les détenus souffrant d'une maladie mentale. La section d'appel a conclu que les conditions réservées aux malades mentaux dans les prisons, les hôpitaux et les rues de la Jamaïque sont pires que celles qui existent au Canada.

[15] La section d'appel a pris note du fait que le demandeur avait été frappé d'une mesure de renvoi le 7 juin 1999. Son premier appel a été rejeté, ainsi que sa demande de contrôle judiciaire subséquente. La section d'appel a accepté la demande de réouverture, tout en précisant que [aux paragraphes 2 et 3]:

Many of the findings of the original panel were not challenged at the new hearing by either party. Appellant's counsel did not challenge the prior finding that the offences for which the appellant had been convicted were serious. Minister's counsel did not seek to upset the prior findings that "the appellant, to the extent that he is established anywhere in the world, is established in Canada," nor did he contest the prior panel's conclusion that "there would be great emotional hardship to the appellant's family, and particularly to his mother, if he were to be deported from Canada." Given the appellant's medical condition and inability to give testimony, the issue of remorse was not canvassed extensively at either hearing.

The fresh evidence brought forward at the hearing was in relation to the possibility of the appellant's rehabilitation and the potential foreign hardship he may experience in Jamaica, which was established as his likely country of removal. [Footnotes omitted.]

[16] With respect to the possibility of rehabilitation, the Appeal Division referred to the previous decision in *Romans I* where the possibility of the applicant reoffending was found to be high. The Appeal Division went on to note that the applicant remained in detention and that Dr. Hassan had interviewed him and reviewed the records. It further noted that Dr. Hassan testified that the applicant was suffering from chronic paranoid schizophrenia, substance abuse and was potentially a danger to himself and the public if he was not in detention. The Appeal Division further noted Dr. Hassan's evidence that schizophrenia impairs judgment and blurs emotional cognitive functions and that the applicant's schizophrenia was further complicated by his addiction to crack cocaine. The Appeal Division acknowledged Dr. Hassan's evidence that there were new medications available that had not yet been administered to the applicant, but concluded that there were significant difficulties in the way of its ensuring the safety of the public if it were to stay the deportation order [at paragraph 10]:

The evidence indicates that the appellant has been admitted and discharged from the Scarborough Grace Hospital, the Queen Street Mental Health Centre and the Wellesley Central Hospital. The appellant's stays at each of these hospitals was short term despite the severity of his medical condition. The history of past hospitalizations indicate [*sic*] that the appellant

Bon nombre des conclusions auxquelles est arrivé le tribunal de première instance n'ont pas été contestées par ni l'une ni l'autre des parties devant le nouveau tribunal. Le conseil de l'appellant n'a pas contesté la conclusion antérieure selon laquelle les infractions pour lesquelles l'appellant a été condamné étaient graves. Le conseil du ministre n'a pas cherché à contester les conclusions antérieures selon lesquelles «il ne fait aussi pas de doute que l'appellant est établi au Canada, dans la mesure où il est établi quelque part dans le monde» ni n'a contesté la conclusion du tribunal précédent selon laquelle «l'expulsion de l'appellant du Canada serait très pénible du point de vue émotif pour la famille de l'appellant, en particulier sa mère». Compte tenu de l'état de santé de l'appellant et de son incapacité de témoigner, la question du remords n'a pas été discutée longuement devant ni l'un ni l'autre des tribunaux.

La nouvelle preuve présentée devant le tribunal concernait la possibilité de réadaptation de l'appellant et le potentiel de préjudice à l'étranger qu'il pourrait subir en Jamaïque, qui a été établi comme le pays où il serait probablement renvoyé. [Notes de bas de page omises.]

[16] S'agissant de la possibilité de réadaptation, la section d'appel renvoie à la conclusion de *Romans I* voulant qu'il y ait une très forte probabilité que le demandeur récidive. La section d'appel ajoute que le demandeur est en détention et que le D^r Hassan l'a interviewé et a passé son dossier en revue. Elle prend aussi note du témoignage du D^r Hassan portant que le demandeur souffre de schizophrénie paranoïde chronique et d'abus d'alcool et de drogues, et qu'il peut constituer un danger pour lui-même et pour le public s'il n'est pas incarcéré. La section d'appel note le témoignage du D^r Hassan que la schizophrénie altère le jugement et perturbe les fonctions émotives et cognitives, et que la schizophrénie du demandeur est exacerbée par sa cocaïnomanie. La section d'appel prend note du témoignage du D^r Hassan qui fait état de nouveaux médicaments avec lesquels on n'a pas encore traité le demandeur, mais elle arrive à la conclusion qu'il serait très difficile d'assurer la protection du public en cas de sursis d'exécution de la mesure de renvoi [au paragraphe 10]:

Il ressort de la preuve que l'appellant a été admis aux hôpitaux Scarborough Grace Hospital, Queen Street Mental Health Centre et Wellesley Central Hospital et a obtenu son congé de chacun. En dépit de la gravité de son état de santé, l'appellant n'a effectué que de courts séjours dans chacun de ces hôpitaux. Son dossier d'hospitalisation indique que

was able to leave the hospital and return to the streets within a short period of time. There was insufficient credible or trustworthy evidence presented to find that the appellant's past motivation to be out on the streets rather than in a hospital, has changed. After careful consideration, I have determined that I am not able to draft conditions that would ensure the safety of the public if I stayed the deportation order. The proposed treatment plan does not specifically address the issue of the appellant's drug addiction. The plan with respect to obtaining treatment for his schizophrenia is laden with uncertainty and possible loopholes that could compromise public safety. [Footnote omitted.]

[17] The Appeal Division then went on to deal with foreign hardship, summarizing the applicant's evidence on country conditions in Jamaica and acknowledging that he has no contacts there. The Appeal Division went on to indicate that the only hospital in Jamaica that accommodates the mentally ill is Bellevue, and there were limited opportunities for rehabilitation there because it is usually filled to capacity and drugs for treatment are not available. The Appeal Division made the following significant comment [at paragraphs 13-14]:

Having regard to all the evidence, I am persuaded that psychiatric care is available in Jamaica. I am also persuaded that the quality of that care is less than that available in Canada.

The IAD concluded, based on the evidence at the original hearing, that the effect of appellant's illness had turned him into a street person in Canada. "If deported, he is unlikely to notice much change in his circumstances."

[18] The Appeal Division then came to the following conclusion [at paragraph 15]:

Having regard to all the evidence presented, I am persuaded, on a balance of probabilities, that conditions for the mentally ill in prisons, hospitals and on the streets of Jamaica are worse than those existing in Canada. . . . I am not persuaded, on a balance of probabilities, that the conditions on the streets of Jamaica are such that the hardship faced by the appellant would be significantly worse than that he faced in Canada.

l'appelant était en mesure de quitter l'hôpital et de retourner dans la rue en peu de temps. La preuve présentée n'est pas suffisamment crédible ou digne de foi pour établir que la motivation passée de l'appelant à demeurer dans la rue plutôt que dans un hôpital a changé. Après un examen approfondi de la question, j'ai déterminé que je ne suis pas en mesure de rédiger une ébauche des conditions qui assureraient la protection du public si je consentais à ce qu'il soit sursis à l'exécution de la mesure de renvoi. Le programme de traitement proposé ne prend pas expressément en compte la toxicomanie de l'appelant. Le programme envisagé en vue de traiter sa schizophrénie est chargé d'incertitude et de lacunes susceptibles de mettre en danger la sécurité du public. [Note en bas de page omise.]

[17] La section d'appel poursuit en examinant le préjudice à l'étranger, résumant la preuve du demandeur au sujet des conditions en Jamaïque et reconnaissant que ce dernier n'a aucun contact parmi les habitants de ce pays. La section d'appel déclare ensuite que le seul hôpital en Jamaïque qui reçoit les malades mentaux est Bellevue, où il y a très peu de possibilités de réadaptation parce que cet hôpital est habituellement rempli à capacité et qu'on n'y a pas accès aux médicaments requis. La section d'appel fait ensuite le commentaire important suivant [aux paragraphes 13 et 14]:

Eu égard à l'ensemble de la preuve, je suis persuadé de la disponibilité de soins psychiatriques en Jamaïque. Je suis aussi convaincu que la qualité de ces soins est inférieure à celle offerte au Canada.

La SAI a conclu, en s'appuyant sur la preuve présentée à l'audience devant le tribunal de première instance, que la maladie de l'appelant en a fait un itinérant au Canada. «S'il est expulsé, il est probable que cela ne changera pas grand-chose à sa vie».

[18] La section d'appel tire ensuite la conclusion suivante [au paragraphe 15]:

Eu égard à l'ensemble de la preuve présentée, je suis persuadé que, selon la prépondérance des probabilités, les conditions réservées aux personnes atteintes de maladies mentales dans les prisons, les hôpitaux et les rues de la Jamaïque sont pires que celles qui existent au Canada. [. . .] Je ne suis pas persuadé, selon la prépondérance des probabilités, que les conditions dans les rues de la Jamaïque sont telles que les difficultés auxquelles ferait face l'appelant seraient nettement pires que celles qu'il vit au Canada.

[19] As a result, the appeal was dismissed. The Appeal Division then went on to make the following statement concerning its jurisdiction to entertain Charter arguments [at paragraph 17]:

The discretionary jurisdiction of the IAD is of a continuing nature in removal cases under the *Immigration Act*. The IAD has jurisdiction to re-open an appeal from a removal order on discretionary grounds only. Counsel for the appellant filed a notice of constitutional question prior to the hearing challenging the validity of section 36(1)(a), 44(1) and 48(1) of the current *Immigration and Refugee Protection Act*. This appeal is governed by the *Immigration Act*. Nevertheless, on a re-opening, the appellant cannot attack the constitutional validity of the removal order. The appeal is dismissed. [Footnote omitted.]

ISSUES

[20] The applicant raises the following issues:

Did the Appeal Division err in law in concluding that it could not consider the Charter on a reopened appeal?

Did the Appeal Division err in law in failing to consider whether or not it ought to have exercised its discretion in accordance with the dictates of the Charter as required by the Supreme Court of Canada in *Suresh, supra*?

Is section 7 of the Charter engaged in the appeal process in this case?

If section 7 of the Charter is engaged, is the deportation order in this case in accordance with the principles of fundamental justice?

Did the Appeal Division err in law in concluding that it did not have jurisdiction to order the applicant detained until such time as he obtained the necessary treatment?

Did the Appeal Division err in law in the manner in which it exercised its jurisdiction in this case?

[19] En conséquence, l'appel a été rejeté. La section d'appel a ensuite fait le commentaire suivant au sujet de sa compétence pour examiner les questions portant sur la Charte [au paragraphe 17]:

La compétence discrétionnaire de la SAI est de nature permanente dans les cas de renvoi en vertu de la *Loi sur l'immigration*. La SAI a la compétence voulue pour procéder à la réouverture d'un appel interjeté contre une mesure de renvoi seulement pour des motifs d'ordre discrétionnaire. Le conseil de l'appelant a déposé un avis de question constitutionnelle avant la tenue de l'audience dans le but de contester la validité de l'alinéa 36(1)a ainsi que des paragraphes 44(1) et 48(1) de l'actuelle *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Le présent appel est régi par la *Loi sur l'immigration*. Néanmoins, à la réouverture de l'appel, l'appelant ne peut contester la validité constitutionnelle de la mesure de renvoi. L'appel est rejeté. [Note en bas de page omise.]

LES QUESTIONS EN LITIGE

[20] Le demandeur soulève les questions suivantes:

La section d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant qu'elle ne pouvait examiner la Charte lors de la réouverture d'un appel?

La section d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en n'examinant pas la question de savoir si elle aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire conformément aux impératifs de la Charte, comme l'a précisé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Suresh*, précité?

L'article 7 de la Charte est-il en cause dans le processus d'appel en l'espèce?

Si l'article 7 de la Charte est en cause, la mesure de renvoi en l'espèce respecte-t-elle les principes de justice fondamentale?

La section d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant qu'elle n'avait pas compétence pour ordonner que le demandeur soit incarcéré jusqu'à ce qu'il ait obtenu les traitements nécessaires?

La section d'appel a-t-elle commis une erreur de droit par la façon dont elle a exercé sa compétence en l'espèce?

STANDARD OF REVIEW

[21] Snider J. discussed the applicable standard of review for Appeal Division decisions in *Beaumont v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 25 Imm. L.R. (3d) 189 (F.C.T.D.) by reference to *Romans I* [at paragraph 20]:

The applicable standard of review is discussed in the case of *Romans v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] F.C.J. No. 740 (F.C.T.D), whereby the Court affirmed that the standard of review with respect to the findings of the IAD. The Court stated:

Analysis of this issue begins with consideration of the applicable standard of review. The Appeal Division has been given a broad discretion to allow a person to remain in Canada. Thus, for a decision of the Appeal Division on this issue to be reviewable it must be shown that the Appeal Division either refused to exercise its discretion or exercised its discretion other than in accord with established legal principles. If exercised *bona fide*, and not arbitrarily or illegally, and without regard to irrelevant considerations, the Court is not entitled to interfere with the Appeal Division's decision. It is not enough that the Court might have exercised the discretion differently.

PERTINENT LEGISLATION

[22] Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides that:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[23] The relevant provisions of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 are as follows [sections 74 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 67), 103.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 12; S.C. 1992, c. 49, s. 95)]:

27. (1) An immigration officer or a peace officer shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of any information in the possession of the immigration officer or peace officer indicating that a permanent resident is a person who

LA NORME DE CONTRÔLE

[21] La juge Snider a abordé la question de la norme de contrôle applicable aux décisions de la section d'appel dans *Beaumont c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2002), 25 Imm. L.R. (3d) 189 (C.F. 1^{re} inst.), en se fondant sur *Romans I* [au paragraphe 20]:

Il est traité de la norme de contrôle judiciaire applicable dans *Romans c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] A.C.F. n° 740 (C.F. 1^{re} inst.), décision dans laquelle la Cour a déclaré que cette norme était la suivante eu égard aux conclusions de la SAI:

Pour analyser cette question, il faut d'abord se demander: quelle norme de contrôle convient-il d'appliquer? La Section d'appel jouit d'un large pouvoir discrétionnaire pour autoriser un individu à demeurer au Canada. Par conséquent, pour que la décision de la Section d'appel sur cette question soit susceptible de révision, on doit démontrer que la Section d'appel a soit refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire, soit exercé son pouvoir discrétionnaire autrement qu'en conformité avec les principes juridiques établis. Si la Section d'appel a exercé son pouvoir discrétionnaire de bonne foi, non pas de manière arbitraire ou illégale, et en écartant les facteurs sans pertinence, la Cour ne peut modifier la décision rendue par la Section d'appel. Le fait que la Cour aurait pu avoir exercé ce pouvoir discrétionnaire différemment ne suffit pas.

LA LÉGISLATION PERTINENTE

[22] L'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* porte que:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[23] Les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, sont rédigées comme suit [articles 74 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 67), 103.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 12; L.C. 1992, ch. 49, art. 95)]:

27. (1) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit faire part au sous-ministre, dans un rapport écrit et circonstancié, de renseignements concernant un résident permanent et indiquant que celui-ci, selon le cas:

...

(d) has been convicted of an offence under any Act of Parliament, other than an offence designated as a contravention under the *Contraventions Act*, for which a term of imprisonment of more than six months has been, or five years or more may be, imposed.

...

74. (1) Where the Appeal Division allows an appeal made pursuant to section 70, it shall quash the removal order or conditional removal order that was made against the appellant and may

(a) make any other removal order or conditional removal order that should have been made; or

(b) in the case of an appellant other than a permanent resident, direct that the appellant be examined as a person seeking admission at a port of entry.

(2) Where the Appeal Division disposes of an appeal by directing that execution of a removal order or conditional removal order be stayed, the person concerned shall be allowed to come into or remain in Canada under such terms and conditions as the Appeal Division may determine and the Appeal Division shall review the case from time to time as it considers necessary or advisable.

...

103.1 . . .

(3) Where the Minister has issued a certificate under subsection (2), the Minister may amend the certificate to which the detention relates to include any matter referred to in subparagraph (2)(a)(i) or (ii), following which the person shall be brought before an adjudicator forthwith and at least once during every seven day period thereafter, at which times the adjudicator shall review the reasons for the person's continued detention.

...

(6) Every review under subsection (2) or (3) of the detention of a person suspected of being a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(e), (f), (g), (j), (k) or (l) shall be conducted *in camera*.

[. . .]

d) a été déclaré coupable d'une infraction prévue par une loi fédérale, autre qu'une infraction qualifiée de contravention en vertu de la *Loi sur les contraventions*:

(i) soit pour laquelle une peine d'emprisonnement de plus de six mois a été imposée,

(ii) soit qui peut être punissable d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à cinq ans;

[. . .]

74. (1) Si elle fait droit à un appel interjeté dans le cadre de l'article 70, la section d'appel annule la mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel et peut:

a) soit lui substituer celle qui aurait dû être prise;

b) soit ordonner, sauf s'il s'agit d'un résident permanent, que l'appelant fasse l'objet d'un interrogatoire comme s'il demandait l'admission à un point d'entrée.

(2) En cas de sursis d'exécution de la mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel, l'appelant est autorisé à entrer ou à demeurer au Canada aux éventuelles conditions fixées par la section d'appel. Celle-ci réexamine le cas en tant que de besoin.

[. . .]

103.1 [. . .]

(3) Le ministre peut modifier l'attestation en y incluant toute question visée aux sous-alinéas (2)a)(i) ou (ii). Le cas échéant, l'intéressé est amené sans délai devant un arbitre et, par la suite, comparait devant lui au moins une fois tous les sept jours pour examen des motifs qui pourraient justifier une prolongation de sa garde.

[. . .]

(6) L'examen prévu aux paragraphes (2) ou (3) se fait à huis clos si l'intéressé est soupçonné d'appartenir à l'une des catégories non admissibles visées aux alinéas 19(1)(e), (f), (g), (j), (k) ou (l).

ANALYSIS

Did the Appeal Division err in law in concluding that it could not consider the Charter on a reopened appeal?

[24] The applicant argues that the Appeal Division in this case concluded it could not consider the Charter because its power to reopen derived solely from its ongoing equitable jurisdiction, so that it could not consider legal issues in a reopened appeal. The applicant submits that it is abundantly clear that every tribunal must apply the law in accordance with the Charter. The constitutionality of the deportation order was not raised at the first appeal. It was raised, however, on application for judicial review of that appeal in *Romans 1* and, based on the record, this Court concluded that section 7 of the Charter was engaged, but there had been no breach of fundamental justice.

[25] The applicant submits that there is no doubt that the Appeal Division has jurisdiction to consider and apply the Charter (*Armada Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*, [1991] 3 F.C. 242 (C.A.)) and that, as the Charter is the Supreme Law of Canada, all other legislation must give way to it. In *Suresh, supra*, the Supreme Court noted as follows [at paragraph 77]:

The Minister is obliged to exercise the discretion conferred upon her by the *Immigration Act* in accordance with the Constitution. This requires the Minister to balance the relevant factors in the case before her.

...

In Canada, the balance struck by the Minister must conform to the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. It follows that insofar as the *Immigration Act* leaves open the possibility of deportation to torture, the Minister should generally decline to deport refugees where on the evidence there is a substantial risk of torture.

[26] The applicant argues that, given these *dicta*, the Appeal Division was clearly wrong in concluding that it

ANALYSE

La section d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant qu'elle ne pouvait examiner la Charte lors de la réouverture d'un appel?

[24] Le demandeur soutient qu'en l'espèce, la section d'appel a conclu qu'elle ne pouvait prendre la Charte en considération du fait que sa compétence de réouverture était tirée uniquement de sa compétence en *equity*, et que par conséquent elle ne pouvait traiter de questions de droit après la réouverture d'un appel. Le demandeur soutient qu'il est très clair que tous les tribunaux doivent appliquer la loi conformément à la Charte. La constitutionnalité de la mesure de renvoi n'a pas été mise en question lors du premier appel. Elle a toutefois été soulevée lors de la demande de contrôle judiciaire de la décision dans cet appel, *Romans 1*, où notre Cour, au vu du dossier, a conclu que l'article 7 de la Charte était en cause, mais qu'il n'y avait eu aucune violation des principes de justice fondamentale.

[25] Le demandeur soutient qu'il n'y a aucun doute que la section d'appel a compétence pour tenir compte de la Charte et pour l'appliquer (*Armada Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration)*, [1991] 3 C.F. 242 (C.A.)), et que, comme la Charte est la loi suprême du Canada, tout le reste de la législation doit y être subordonné. Voici ce que la Cour suprême a fait remarquer dans l'arrêt *Suresh*, précité [au paragraphe 77]:

La ministre a l'obligation d'exercer conformément à la Constitution le pouvoir discrétionnaire que lui confère la *Loi sur l'immigration*. À cette fin, elle doit mettre en balance les facteurs pertinents de l'affaire dont elle est saisie.

[...]

Au Canada, le résultat de la mise en balance des diverses considérations par la ministre doit être conforme aux principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7 de la *Charte*. Il s'ensuit que, dans la mesure où la *Loi sur l'immigration* n'écarte pas la possibilité d'expulser une personne vers un pays où elle risque la torture, la ministre doit généralement refuser d'expulser le réfugié lorsque la preuve révèle l'existence d'un risque sérieux de torture.

[26] Le demandeur soutient qu'au vu de ces *dicta*, la section d'appel a clairement commis une erreur en

did not have the jurisdiction to consider Charter arguments. While it might well be the case that the Appeal Division could not consider other legal issues that were previously decided in the first appeal, that reasoning cannot apply to Charter issues. The Appeal Division clearly erred in declining Charter jurisdiction and in denying the applicant the opportunity to present evidence on Charter issues.

[27] In reply, the respondent submits that the decision was made in a manner consistent with the Charter. The Federal Court of Appeal in *Romans, supra*, at paragraphs 1 and 2 decided that it did not have to determine whether section 7 of the Charter was engaged. The same position was taken by the Supreme Court of Canada in *Chiarelli, supra*.

[28] In *Chiarelli, supra*, the Supreme Court of Canada determined that it was not necessary, in the context of deciding whether the deportation of criminals complied with the Charter, to answer the threshold question as to whether the right of life, liberty and security of the person is engaged by deportation. Rather, it found it sufficient to determine that there was no breach of the principles of fundamental justice.

[29] In *Chiarelli, supra*, the Court noted that Parliament has the right to enact legislation prescribing the conditions under which non-citizens will be permitted to enter and remain in Canada. Where a permanent resident has violated an essential condition under which he or she was permitted to remain in Canada, there can be no breach of fundamental justice in giving practical effect to the termination of the permanent resident's right to remain in Canada. In the case of a permanent resident, this Court has held that deportation is the only way in which to accomplish this.

[30] The respondent says that *Chiarelli, supra*, is on all fours with the case at bar. The Supreme Court's decision was not predicated upon the age or capacity of *Chiarelli*. Rather, the Supreme Court held that [at page 734] "it is not necessary, in order to comply with fundamental justice, to look beyond this fact to other

concluant qu'elle n'avait pas la compétence requise pour examiner les arguments fondés sur la Charte. Bien qu'il soit possible que la section d'appel ne puisse examiner d'autres questions de droit qui ont déjà été tranchées lors du premier appel, ce raisonnement ne peut être appliqué aux questions fondées sur la Charte. La section d'appel a clairement commis une erreur en déclarant ne pas avoir compétence pour examiner les questions fondées sur la Charte et en ne donnant pas au demandeur l'occasion de présenter sa preuve à ce sujet.

[27] En réponse, le défendeur soutient que la décision a été prise en conformité avec la Charte. Dans l'arrêt *Romans*, précité, aux paragraphes 1 et 2, la Cour d'appel fédérale a décidé qu'elle n'avait pas à déterminer si l'article 7 de la Charte s'applique. La Cour suprême du Canada a adopté le même point de vue dans l'arrêt *Chiarelli*, précité.

[28] Dans l'arrêt *Chiarelli*, précité, la Cour suprême du Canada a décidé qu'il n'était pas nécessaire, dans l'examen de la question de savoir si l'expulsion d'un criminel respectait la Charte, de déterminer si le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne est mis en cause par une expulsion. Elle a tout simplement conclu qu'il suffisait de décider qu'il n'y avait pas eu violation des principes de justice fondamentale.

[29] Dans l'arrêt *Chiarelli*, précité, la Cour a souligné qu'il était loisible au législateur d'adopter des lois prescrivant les conditions en vertu desquelles il sera permis aux non-citoyens d'entrer et de demeurer au Canada. Lorsqu'un résident permanent a manqué volontairement à une condition essentielle devant être respectée pour qu'il lui soit permis de demeurer au Canada, le fait de mettre effectivement fin à son droit d'y demeurer ne va nullement à l'encontre de la justice fondamentale. Dans le cas d'un résident permanent, la Cour a conclu que seule l'expulsion permet d'atteindre ce résultat.

[30] Selon le défendeur, l'arrêt *Chiarelli*, précité, est directement applicable en l'espèce. La décision de la Cour suprême ne reposait pas sur l'âge ou la capacité de *Chiarelli*. En fait, la Cour suprême a conclu que [à la page 734] «[p]oint n'est besoin, pour se conformer aux exigences de la justice fondamentale, de chercher,

aggravating or mitigating circumstances.”

[31] The applicant’s contention that he has an absolute right to remain in Canada irrespective of his violent conduct and several criminal convictions is also inconsistent with section 6 of the Charter and subsection 4(2) [as am. by R.S.C., 1985, (4th Supp.), c. 28, s. 3] of the *Immigration Act*. Only Canadians have an absolute right to remain in Canada.

[32] Applying *Chiarelli, Supra; Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 270 (C.A.); and *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.), the Federal Court of Appeal has held that the certification of a person as a “danger to the public” (which takes away an applicant’s right to an appeal before the Appeal Division) does not violate section 12 of the Charter, even if the person is suffering from mental illness. *Da Costa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 2 F.C. 182 (C.A.); *Canepa, supra*.

[33] The respondent notes that the applicant conceded at the first hearing that the deportation order was valid in law. The initial board found the deportation order valid at law. At the second hearing, the respondent notes that the applicant tried to argue that the Appeal Division, on a reopened hearing, has the jurisdiction to revisit the legal (i.e. constitutional) validity of the deportation order. The respondent provided submissions to the effect that the Appeal Division, on a reopened hearing, does not have the jurisdiction to consider the constitutional validity of the deportation order because the Appeal Division does not have the authority to sit in review of another board on questions of law. Judicial review in this Court is the proper forum for such arguments.

[34] The respondent notes that this Court considered a challenge to the first Appeal Division decision on judicial review in *Romans I* and submits that this Court noted that the validity of the deportation order was not challenged before the Appeal Division and the judicial review was, therefore, restricted to examining the Appeal

au-delà [des déclarations de culpabilité criminelle], des circonstances aggravantes ou atténuantes».

[31] La prétention du demandeur qu’il a un droit absolu de demeurer au Canada, nonobstant les violences qu’il a perpétrées et les diverses déclarations de culpabilité pour des infractions criminelles, est contraire à l’article 6 de la Charte et au paragraphe 4(2) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 3] de la *Loi sur l’immigration*. Seuls les Canadiens ont le droit absolu de demeurer au Canada.

[32] La Cour d’appel fédérale a appliqué les arrêts *Chiarelli*, précité; *Canepa c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 3 C.F. 270 (C.A.) et *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.), et conclu que le fait de certifier qu’une personne est un «danger pour le public» (ce qui lui enlève le droit d’en appeler à la section d’appel) n’enfreint pas l’article 12 de la Charte, même si la personne en cause est atteinte d’une maladie mentale. *Da Costa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 2 C.F. 182 (C.A.); *Canepa*, précité.

[33] Le défendeur fait remarquer que le demandeur n’a pas contesté la validité de la mesure de renvoi lors de la première audition, et que le premier tribunal a conclu à sa validité en droit. Le défendeur fait remarquer qu’à la seconde audition, le demandeur a voulu soutenir que la section d’appel avait, lors d’une réouverture, la compétence requise pour réexaminer la validité en droit (c.-à-d. constitutionnelle) de la mesure de renvoi. Le défendeur a présenté ses allégations voulant que la section d’appel n’a pas compétence, lors d’une réouverture, pour examiner la validité constitutionnelle d’une mesure de renvoi puisqu’elle ne peut contrôler une question de droit tranchée par un autre tribunal. La façon appropriée de procéder en ce sens est le contrôle judiciaire devant notre Cour.

[34] Le défendeur souligne le fait que notre Cour a examiné la contestation de la première décision de la section d’appel lors d’un contrôle judiciaire, *Romans I*, et il soutient que notre Cour a constaté qu’on n’a pas contesté la validité de la mesure de renvoi devant la section d’appel et que, par conséquent, le contrôle

Division's treatment of whether, in light of all the circumstances, the applicant should not be removed from Canada (*Romans 1, supra*, at paragraph 7).

[35] The respondent provided precedents from previous Appeal Division decisions that held that, on a reopening, the Appeal Division's jurisdiction is limited to equitable considerations properly before the Appeal Division. The Appeal Division, in its reasons, relied on these precedents to find that it was not open to the applicant to argue the legality of the deportation order (*Barone v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 38 Imm. L.R. (2d) 93 (I.A.D.), at paragraph 21):

In addition to the scope of the Appeal Division's power to reopen, as articulated in *Grillas*, the Appeal Division, like other administrative tribunals, is bound by the principles set out in another decision of the Supreme Court of Canada, *Chandler v. Alberta Association of Architects* ((1989), 2 S.C.R. 848). In *Chandler* the Supreme Court set out four circumstances in which an administrative tribunal would have authority to reopen its own decision. One of those circumstances is where a tribunal makes an error which has the effect of rendering its decision a nullity. In my view, an error of jurisdiction falls within that category of circumstances. For example, if the Appeal Division wrongly concludes that an appellant is not a permanent resident, when the appellant is in fact a permanent resident, and on that basis declines to hear the appellant's appeal, the decision of the Appeal Division is a nullity. That may give rise to a duty to reopen the appeal. This may be the one instance in which the Appeal Division is bound to revisit a previous determination which it made with respect to its own jurisdiction. As I understand the position taken by the applicant, the decision of the Appeal Division dismissing his appeal for lack of jurisdiction amounts to an error of jurisdiction which renders the decision of the Appeal Division a nullity in light of the reasoning in *Williams*.

[36] I note that there is little mention of Charter issues in the decision itself. The Appeal Division [*Romans, supra*] merely says at paragraph 17:

The discretionary jurisdiction of the IAD is of a continuing nature in removal cases under the *Immigration Act*. The IAD

judiciaire se limitait à un examen de la façon dont la section d'appel avait, au vu de l'ensemble des circonstances, examiné la question de savoir si le demandeur ne devrait pas être renvoyé du Canada (*Romans 1, précité*, au paragraphe 7).

[35] Le défendeur a présenté une jurisprudence tirée des décisions de la section d'appel, où l'on trouve qu'à l'occasion d'une réouverture la compétence de la section d'appel se limite aux considérations en *equity* qui lui sont régulièrement soumises. Dans ses motifs, la section d'appel s'est appuyée sur cette jurisprudence pour conclure que le demandeur ne pouvait être autorisé à contester la légalité de la mesure de renvoi (*Barone c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 38 Imm. L.R. (2d) 93 (S.A.I.), au paragraphe 21):

Outre les restrictions apportées à son pouvoir de rouvrir les appels, telles qu'énoncées dans *Grillas*, la Section d'appel de l'immigration est, à l'instar de tous les autres tribunaux administratifs, liée par les principes d'un autre arrêt de la Cour suprême du Canada, savoir *Chandler c. Alberta Association of Architects* ((1989), 2 R.C.S. 848). Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a exposé quatre circonstances dans lesquelles un tribunal administratif aurait compétence pour réexaminer ses propres décisions. L'une de ces circonstances est l'erreur entraînant la nullité de la décision. Selon moi, l'erreur de compétence constitue une telle circonstance. Par exemple, si la Section d'appel de l'immigration conclut à tort que l'appelant n'est pas un résident permanent, alors qu'il l'est en fait, et qu'elle se fonde sur cette conclusion pour refuser d'entendre l'appel de ce dernier, la décision de la Section d'appel de l'immigration est frappée de nullité. Pareille circonstance peut donner lieu à la réouverture de l'appel. Il peut s'agir d'un cas où la Section d'appel de l'immigration est tenue de revoir la décision qu'elle a rendue antérieurement pour ce qui est de sa propre compétence. Si je comprends bien les arguments du requérant, la décision de la Section d'appel de l'immigration de rejeter son appel pour défaut de compétence équivaut à une erreur de compétence qui rend nulle la décision en question à la lumière du raisonnement adopté dans *Williams*.

[36] Je constate qu'il n'est pas beaucoup fait mention des questions liées à la Charte dans la décision elle-même. La section d'appel [dans *Romans, précité*] se limite à déclarer ce qui suit, au paragraphe 17:

La compétence discrétionnaire de la SAI est de nature permanente dans les cas de renvoi en vertu de la *Loi sur*

has jurisdiction to re-open an appeal from a removal order on discretionary grounds only. Counsel for the appellant filed a notice of constitutional question prior to the hearing challenging the validity of section 36(1)(a), 44(1) and 48(1) of the current *Immigration and Refugee Protection Act*. This appeal is governed by the *Immigration Act*. Nevertheless, on a re-opening, the appellant cannot attack the constitutional validity of the removal order. (*Almonte, Antoniov v. M.C.I.* (I.A.D. T89-00826).)

[37] In my opinion, the Appeal Division makes it quite clear that it cannot consider the constitutional validity of the deportation order itself. It is also saying that it can only reopen an appeal from the deportation order on “discretionary grounds.” This suggests to me that the Appeal Division decided it would not entertain the Charter issues raised by the applicants and, indeed, believed it did not have the jurisdiction to do so.

[38] As regards the Appeal Division’s decision that the constitutional validity of the deportation order could not, at that point, be questioned, I believe there is authority to support such a position. See *Almonte v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] I.A.D.D. No. 1254 (QL); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Ledwich*, [1998] I.A.D.D. No. 831 (QL); *Barone, supra*. However, the Appeal Board’s decision, in so far as it indicates that in exercising its discretion on a reopening, the Appeal Division must leave the Charter out of account entirely, is clearly wrong. Another way of putting this would be to say, as the respondent suggests, that the Appeal Division had to decide, in exercising its discretion on a reopening application, “whether the execution of the deportation order” would be a violation of the applicant’s Charter rights. The decision is not entirely clear on this matter but, in my opinion, the Appeal Division appears to be saying that it will consider “discretionary grounds only.”

[39] As regards the first issue raised by the applicant, in my opinion, the Appeal Division committed a

l’immigration. La SAI a la compétence voulue pour procéder à la réouverture d’un appel interjeté contre une mesure de renvoi seulement pour des motifs d’ordre discrétionnaire. Le conseil de l’appelant a déposé un avis de question constitutionnelle avant la tenue de l’audience dans le but de contester la validité de l’alinéa 36(1)a ainsi que des paragraphes 44(1) et 48(1) de l’actuelle *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Le présent appel est régi par la *Loi sur l’immigration*. Néanmoins, à la réouverture de l’appel, l’appelant ne peut contester la validité constitutionnelle de la mesure de renvoi. (*Almonte, Antoniov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (S.A.I. T89-00826).)

[37] Selon moi, la section d’appel déclare clairement qu’elle ne peut examiner la constitutionnalité de la mesure de renvoi elle-même. Elle déclare aussi qu’elle n’a compétence pour procéder à la réouverture d’un appel interjeté contre une mesure de renvoi que pour des «motifs d’ordre discrétionnaire». Ceci m’amène à penser que la section d’appel a décidé qu’elle n’examinerait pas les questions relatives à la Charte soulevées par le demandeur, croyant qu’elle n’avait pas la compétence pour le faire.

[38] S’agissant de la décision de la section d’appel qui veut que la constitutionnalité de la mesure de renvoi ne pouvait être soulevée à ce moment-là, je suis d’avis qu’il existe une jurisprudence à cet effet. Voir *Almonte c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] D.S.A.I. n° 1254 (QL); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Ledwich*, [1998] D.S.A.I. n° 831 (QL); *Barone*, précité. Toutefois, dans la mesure où la conclusion de la section d’appel porte qu’elle ne peut tenir aucun compte de la Charte en exerçant son pouvoir discrétionnaire dans le cadre d’une réouverture, il est clair qu’elle est dans l’erreur. On pourrait dire cela d’une autre façon, comme le suggère le défendeur, savoir que la section d’appel devait, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire dans le cadre d’une réouverture, décider «si l’exécution de la mesure de renvoi» violerait les droits du demandeur garantis par la Charte. La décision n’est pas très claire à ce sujet, mais, selon moi, la section d’appel semble dire qu’elle ne tiendra compte que des «motifs d’ordre discrétionnaire».

[39] S’agissant de la première question soulevée par le demandeur, selon moi la section d’appel a commis une

reviewable error by deciding it could not consider the Charter arguments that the applicant wished to advance as regards the execution of the deportation order.

Did the Appeal Division err in law in failing to consider whether or not it ought to have exercised its discretion in accordance with the dictates of the Charter as required by the Supreme Court of Canada in *Suresh, supra*?

[40] The applicant submits that the Appeal Division erred in failing to apply and consider relevant Charter issues in the exercise of its discretion. In the case at bar, counsel for the applicant argues, based on the decision of the Supreme Court of Canada in *Suresh, supra*, that the Appeal Division had to exercise its discretion in accordance with the Charter. The applicant says that, given the new evidence that was before the Appeal Division in this case, (evidence that had not been considered either by the previous Appeal Division or this Court in *Romans I*), the removal of the applicant would inevitably violate the principles of fundamental justice and the Appeal Division was obliged, therefore, to exercise its discretion in favour of the applicant.

[41] The applicant submits that there was clear evidence before the Appeal Division of the following:

1. the applicant arrived in Canada when he was 18 months old and has lived here all his life;
2. he became ill in Canada;
3. Dr. Hassan testified that the applicant could not be held responsible for his criminal convictions because he was mentally ill at the material time;
4. the applicant has not been given proper treatment for his illness in the past;
5. there are proper treatments available now that have a good chance of success;

erreur susceptible de révision en décidant qu'elle ne pouvait examiner les arguments fondés sur la Charte que le demandeur voulait présenter au sujet de l'exécution de la mesure de renvoi.

La section d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en n'examinant pas la question de savoir si elle aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire conformément aux impératifs de la Charte, comme l'a précisé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Suresh*, précité?

[40] Le demandeur soutient que la section d'appel a commis une erreur en n'examinant pas les questions pertinentes relatives à la Charte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, et en n'appliquant pas la Charte. En l'espèce, l'avocat du demandeur se fonde sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Suresh*, précité, pour soutenir que la section d'appel doit exercer son pouvoir discrétionnaire conformément à la Charte. Le demandeur déclare qu'au vu de la nouvelle preuve présentée à la section d'appel en l'espèce (preuve qui n'avait été examinée ni par le tribunal précédent de la section d'appel, ni par cette Cour dans *Romans I*), le renvoi du demandeur viendrait inévitablement violer les principes de justice fondamentale. Par conséquent, la section d'appel n'avait d'autre choix que d'exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur du demandeur.

[41] Le demandeur soutient qu'il y a une preuve claire soumise à la section d'appel qui démontre les faits suivants:

1. le demandeur est arrivé au Canada alors qu'il avait 18 mois et il a passé toute sa vie au Canada;
2. c'est au Canada qu'il est tombé malade;
3. le D^r Hassan a témoigné qu'il ne pouvait considérer que le demandeur était responsable des actes criminels qu'il avait commis, puisqu'il était un malade mental à l'époque des faits;
4. par le passé, le demandeur n'a pas été traité de façon adéquate pour sa maladie;
5. il y a présentement des traitements disponibles qui comportent une bonne chance de succès;

6. the applicant has no connections to Jamaica;

7. the mentally ill in Jamaica are subject to systematic abuse;

8. the Bellevue Hospital (the only hospital that could potentially house the applicant in Jamaica) has limited facilities and is chronically overcrowded and has very limited rehabilitation options; and

9. as a result of these factors, there is a serious risk to the applicant's life if he is deported to Jamaica.

[42] In these circumstances, the applicant argues that his removal to Jamaica would necessarily violate the principles of fundamental justice, so that regardless of any other concerns, including risk to the public in Canada, the Appeal Division ought to have exercised its discretion in his favour (see *Suresh, supra*, and *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283). The applicant takes the position that the decision gives no indication that the Appeal Division even considered these matters.

[43] In reply, the respondent submits that *Suresh, supra*, is distinguishable from the present facts. The applicant in the case at bar has not been found to be a Convention refugee. Nor have there been any serious allegations put forward of substantial grounds to believe that the applicant faces a risk of torture if he is returned to Jamaica. While the *Suresh, supra*, principles may be considered when a removal is contemplated, their applicability is limited in the case at bar because of significant differences of fact.

[44] Besides the constitutional validity of the deportation order, counsel for the applicant also raised with the Appeal Division the extent to which the Charter limited its general discretion in this case and, in particular, the implications of the Supreme Court of Canada decision in *Suresh, supra*, for the exercise of that discretion.

[45] The respondent's argument on this issue is, essentially, that the Appeal Division had no obligation to

6. le demandeur n'a aucun lien avec la Jamaïque;

7. en Jamaïque, les malades mentaux font l'objet d'abus systématiques;

8. l'hôpital Bellevue (le seul hôpital de la Jamaïque qui pourrait potentiellement admettre le demandeur) n'est pas bien équipé, il est habituellement rempli à capacité et il offre très peu de possibilités de réadaptation; et

9. compte tenu de ces facteurs, la vie du demandeur sera sérieusement mise en danger s'il est renvoyé en Jamaïque.

[42] Le demandeur soutient qu'au vu de telles circonstances, son renvoi en Jamaïque ne peut que violer les principes de justice fondamentale et que, quelles que soient les autres préoccupations, y compris tout risque pour le public au Canada, la section d'appel aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire en sa faveur (voir l'arrêt *Suresh*, précité, et l'arrêt *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283). Le demandeur est d'avis que les motifs de décision ne font pas ressortir que la section d'appel aurait même examiné ces questions.

[43] En réponse, le défendeur soutient que les faits en l'espèce justifient une distinction avec l'arrêt *Suresh*, précité. Le demandeur en l'espèce n'est pas un réfugié au sens de la Convention. On n'a pas non plus soulevé d'allégations sérieuses fondées sur les motifs réels qui permettraient de croire que le demandeur pourrait être torturé s'il est renvoyé en Jamaïque. Bien qu'il y ait lieu d'examiner les principes établis en matière d'expulsion par l'arrêt *Suresh*, précité, leur application est limitée en l'espèce étant donné les différences importantes entre les faits.

[44] En sus de la constitutionnalité de la mesure de renvoi, l'avocat du demandeur a aussi soulevé devant la section d'appel la question de savoir jusqu'à quel point la Charte venait restreindre sa compétence discrétionnaire générale en l'espèce et, notamment, les implications de l'arrêt *Suresh*, précité, de la Cour suprême du Canada, sur l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

[45] L'argument du défendeur sur cette question porte essentiellement que la section d'appel n'a aucune

mention the Charter arguments specifically; it merely had to exercise its discretion and perform its statutory duty within the terms of the Charter and in accordance with the principles of fundamental justice, which it did.

[46] In my opinion, the Appeal Division should have addressed the extent to which the exercise of its discretion was affected by Charter principles, and the implications of *Suresh, supra*, for the decision it had to make, particularly in light of the new evidence presented on country conditions in Jamaica and the fate faced by the applicant if he was returned there. The respondent's argument that the Appeal Division had no obligation to actually refer to the Charter and the Charter issues raised by the applicant around *Suresh, supra*, does not, in my opinion, really meet the point raised by the applicant. This is because it is not clear from the decision whether the Appeal Division regarded Charter issues as relevant in any sense to the exercise of its discretion. Because the impact of the Charter, particularly since the decision in *Suresh, supra*, was such a significant aspect of the applicant's argument, the Appeal Division should have addressed these matters in its decision. In my opinion, its failure to do so constitutes a reviewable error.

[47] The respondent attempts to distinguish the facts in *Suresh, supra*, from the facts in this case, and indeed they are different. But distinctions of fact do not remove the underlying considerations that *Suresh, supra*, suggests are applicable to decisions of this kind. In *Suresh, supra*, the Supreme Court of Canada said that "as is the case for the substantive aspects of s. 7 in connection with deportation to torture, we look to the common law factors not as an end in themselves, but to inform the s. 7 procedural analysis" (paragraph 114). I am not suggesting that the evidence of country conditions in Jamaica and the likely fate awaiting the applicant are necessarily equivalent to the fate that awaited Mr. Suresh, and I do not agree with applicant's counsel that, in this case, fundamental justice demanded that the applicant remain in Canada, irrespective of the risk to the public. But this was an important issue that the

obligation de mentionner spécifiquement les arguments portant sur la Charte. Elle n'a qu'à exercer son pouvoir discrétionnaire en se déchargeant de son obligation en vertu de la loi tout en respectant la Charte et en accord avec les principes de justice fondamentale. C'est ce qu'elle a fait.

[46] Selon moi, la section d'appel aurait dû examiner la question de savoir jusqu'à quel point l'exercice de son pouvoir discrétionnaire était affecté par les principes de la Charte, ainsi que les implications de l'arrêt *Suresh*, précité, sur la décision qu'elle devait rendre, notamment au vu de la nouvelle preuve présentée sur les conditions en Jamaïque et sur ce qui attendait le demandeur à supposer qu'on l'y renvoie. L'argument du défendeur que la section d'appel n'est aucunement obligée de mentionner expressément la Charte et les questions soulevées en vertu de la Charte par le demandeur au vu de l'arrêt *Suresh*, précité, ne répond pas vraiment, à mon avis, à l'objection soulevée par le demandeur. Ceci parce qu'il n'est pas clair au vu de la décision si la section d'appel considérait que les questions liées à la Charte avaient quelque pertinence dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Étant donné que l'impact de la Charte, surtout depuis l'arrêt *Suresh*, précité, constituait une partie significative des arguments du demandeur, la section d'appel aurait dû traiter de ces questions dans ses motifs de décision. Selon moi, son défaut de le faire constitue une erreur susceptible de révision.

[47] Le défendeur tente de distinguer les faits dans l'arrêt *Suresh*, précité, des faits en l'espèce. C'est vrai qu'ils sont différents. Mais les distinctions de fait n'enlèvent rien aux considérations de fond qui s'appliquent aux décisions de cette nature selon l'arrêt *Suresh*, précité. Dans l'arrêt *Suresh*, précité, la Cour suprême du Canada a déclaré que: «nous examinons les facteurs reconnus en common law non pas comme une fin en soi, mais pour nous guider dans notre analyse de la procédure au regard de l'art. 7, tout comme nous l'avons fait dans le cas des aspects substantiels de l'art. 7 par rapport à l'expulsion impliquant un risque de torture» (paragraphe 114). Je ne veux pas suggérer ici que la preuve des conditions qui prévalent en Jamaïque et de ce qui attend le demandeur fait nécessairement ressortir quelque chose d'équivalent à ce qui attendait M. Suresh, et je ne partage pas l'avis de l'avocat du

Appeal Division should have addressed in deciding whether or not to exercise its discretion. It is not clear from the decision whether it did so or whether it felt that this was a legal issue associated with the constitutional validity of the deportation order that had to be left out of account.

[48] It is my opinion that, in this case, the Appeal Division was not alive to the kind of analysis that *Suresh, supra*, now demands of it. I note that *Suresh, supra*, has been considered and applied in favour of an appellant before the Appeal Division in at least one instance. In *Velupillai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] I.A.D.D. No. 863 (QL), Panelist Egya Sangmuah was faced with an appellant who had been convicted of conspiracy to traffic in heroin and sentenced to a term of eight years' imprisonment. A removal order was issued for Mr. Vellupillai, which he appealed, and the Appeal Division noted as follows [at paragraphs 26-28]:

In *Chieu*, the Supreme Court of Canada held that, provided an appellant can establish on a balance of probabilities the likely country of removal, the IAD can consider evidence of potential foreign hardship. The appellant submitted that the likely country of removal is Sri Lanka. He has no other country of nationality or right to permanent residence in any other country. He is not a Convention refugee, as he was excluded by the CRDD and is not protected against refoulement. Counsel for the Minister did not dispute that the likely country of removal would be Sri Lanka. The appellant contended that given the links of his co-conspirators to the LTTE and allegations that he is a member of the LTTE he would be at risk of torture and other grave human rights violations if he were removed to Sri Lanka. I agree. The CRDD, with its special expertise in these matters, concluded that the appellant would be at serious risk of torture if were to return to Sri Lanka. The documentary evidence submitted by the appellant supports this view. I note that in *Suresh* the Supreme Court of Canada also held that the removal of an individual to a country where there was a serious risk of torture would in all but the most exceptional circumstances violate the principles of fundamental justice protected by section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It would be an understatement to say that the potential foreign hardship in this

demandeur qui veut qu'en l'instance, la justice fondamentale exige que le demandeur puisse demeurer au Canada quel que soit le risque qu'il constitue pour le public. Mais c'est là une question importante que la section d'appel aurait dû examiner en décidant si elle exercerait ou non son pouvoir discrétionnaire. Au vu des motifs de décision, il n'est pas clair qu'elle l'aurait fait ou qu'elle considérerait qu'il s'agissait là d'une question de droit liée à la constitutionnalité de la mesure de renvoi et dont elle ne pouvait tenir compte.

[48] Selon moi, la section d'appel n'a pas abordé en l'espèce l'analyse qui lui est maintenant prescrite par l'arrêt *Suresh*, précité. Je constate que l'arrêt *Suresh*, précité, a été examiné et appliqué en faveur d'un demandeur devant la section d'appel au moins à une occasion. Dans *Velupillai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] D.S.A.I. n° 863 (QL), le commissaire Egya Sangmuah était saisi de l'appel d'une personne reconnue coupable de complot en vue de faire le trafic de l'héroïne, qui avait été condamnée à huit années de détention. M. Velupillai a été frappé d'une mesure de renvoi et il s'est pourvu devant la section d'appel, qui déclare ceci [aux paragraphes 26 à 28]:

Dans l'arrêt *Chieu*, la Cour suprême du Canada a établi que, si l'appellant pouvait désigner selon la prépondérance des probabilités le pays où il sera vraisemblablement renvoyé, la SAI peut prendre en compte des éléments de preuve concernant les difficultés possibles à l'étranger. L'appellant a déclaré qu'il sera vraisemblablement renvoyé au Sri Lanka. Il ne possède ni la nationalité ni le statut de résident permanent d'aucun autre pays. Il n'est pas un réfugié au sens de la Convention, puisque la SSR l'a débouté, et il n'est pas protégé contre le refoulement. Le conseil du ministre n'a pas contesté que le pays de destination sera probablement le Sri Lanka. L'appellant a soutenu qu'étant donné les liens qui unissent ses complices aux TLET et les allégations selon lesquelles il appartient à ce mouvement, il risque d'être torturé et de subir d'autres graves violations des droits de la personne s'il était renvoyé au Sri Lanka. Je suis d'accord. La SSR, qui connaît très bien ces questions, a conclu que l'appellant risquait fortement d'être torturé s'il retournait au Sri Lanka. La preuve documentaire soumise par l'appellant corrobore cette opinion. Je remarque que dans *Suresh*, la Cour suprême du Canada a aussi conclu que le renvoi d'une personne dans un pays où le risque de torture est considérable violerait, dans tous les cas sauf les plus exceptionnels, les principes de justice fondamentale protégés par l'article 7 de la *Charte canadienne*

case is severe. This factor weighs heavily against the appellant's removal from Canada.

In conclusion, the appellant has established that on all the circumstances of the case he should not be removed from Canada. I gave considerable weight to potential foreign hardship, the absence of criminal activity on the part of the appellant since 1988 and the best interests of the appellant's children. While I also weighed the circumstances of the offence (including that the appellant knew that he was trafficking in association with LTTE members and that he ought to have known that some portion of the proceeds would be provided to the LTTE) heavily against the appellant, the positive factors outweighed this negative factor. Given the positive factors in this case, including the fact that the appellant is not likely to re-offend, a stay of the execution of the removal order would serve no purpose.

Accordingly, I allowed the appeal on all the circumstances of the case and quashed the removal order dated June 22, 1992. [Footnotes omitted.]

[49] In my opinion, *Suresh, supra*, is an important aspect of the legal framework within which the Appeal Division has to operate in considering appeals from deportation orders. It is not clear to me from the decision that the Appeal Division regarded these considerations as being within its jurisdiction. Its assertion that its jurisdiction was limited to "discretionary grounds only" leads me to the conclusion that it did not. In my opinion, this was a reviewable error.

Is section 7 of the Charter engaged in the appeal process in this case?

[50] The applicant submits that his appeal engages his section 7 Charter rights. Dawson J. found that the applicant's Charter rights were engaged in her judicial review of the previous decision of the Appeal Division in *Romans 1*. The applicant relies on the analysis of the Supreme Court of Canada in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, also relied upon by Dawson J. in her decision. The removal of the applicant will profoundly affect his ability to make the most fundamental decisions about his life and will affect the power of those charged with his care to be able to assist him and care for him.

des droits et libertés. En l'espèce, dire que les difficultés possibles à l'étranger sont énormes serait encore peu dire. Ce facteur joue fortement contre le renvoi de l'appelant.

En conclusion, l'appelant a établi, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, qu'il ne devait pas être renvoyé du Canada. J'ai accordé énormément de poids aux difficultés possibles à l'étranger, à l'absence d'activités criminelles de la part de l'appelant depuis 1988 et à l'intérêt supérieur des enfants de l'appelant. À mes yeux, les circonstances qui ont entouré l'infraction (notamment que l'appelant savait que ses complices appartenaient aux TLET et qu'il aurait dû se douter que les profits allaient en partie aux TLET) ont beaucoup joué contre lui, mais les facteurs favorables l'ont emporté sur les facteurs défavorables. Étant donné ces facteurs favorables, y compris le risque minime de récidive de la part de l'appelant, il serait inutile de surseoir à la mesure de renvoi.

Par conséquent, l'appel est accueilli eu égard aux circonstances particulières de l'espèce et la mesure de renvoi prise le 22 juin 1992 est annulée. [Notes en bas de page omises.]

[49] Selon moi, l'arrêt *Suresh*, précité, est un aspect important du cadre juridique qui s'impose à la section d'appel lorsqu'elle examine les appels de mesures de renvoi. Au vu des motifs de sa décision, il ne m'apparaît pas clair que la section d'appel a considéré que ces considérations étaient de sa compétence. Sa déclaration que sa compétence se limitait à des «motifs d'ordre discrétionnaire» m'amène à penser qu'elle croyait que ce n'était pas le cas. Selon moi, il s'agit là d'une erreur susceptible de révision.

L'article 7 de la Charte est-il en cause dans le processus d'appel en l'espèce?

[50] Le demandeur soutient que cet appel met en cause ses droits garantis par l'article 7 de la Charte. Lors du contrôle judiciaire de la première décision de la section d'appel dans *Romans 1*, la juge Dawson a conclu que les droits du demandeur garantis par la Charte étaient mis en cause. Le demandeur s'appuie sur l'analyse de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307. La juge Dawson s'est aussi appuyée sur cet arrêt. L'expulsion du demandeur va considérablement affecter sa capacité de faire les choix les plus fondamentaux de sa vie, ainsi qu'affecter la capacité de ceux qui se chargent de lui de pouvoir l'aider et d'en avoir soin.

[51] The applicant says that the psychological stress that is associated with the enforced removal from the only support system available to him, and the only country that he has ever known, in circumstances where he is extremely vulnerable, is the type of psychological stress contemplated by the Court in *Blencoe*, *supra*.

[52] The respondent submits that the deportation of the applicant, a permanent resident and a serious criminal, complies with section 7 of the Charter. The respondent refers to the judgment of Strayer J.A. in *Williams*, *supra*, [at paragraphs 24 and 26]; leave to appeal to S.C.C. dismissed October 16, 1997, [1997] 3 S.C.R. xv:

. . . I have difficulty understanding how the refusal of a discretionary exemption from a lawful deportation order, as applied to a non-refugee who has no legal right to be in the country, must be seen as involving a deprivation of liberty. Unless “liberty” is taken to include the freedom to be anywhere one wishes, regardless of the law, how can it be “deprived” by the lawful execution of a removal order?

...

On the basis of the jurisprudence to date, then, I am unable to conclude that “liberty” includes the right of personal choice for permanent residents to stay in this country where, as the Supreme Court said in *Chiarelli*:

They have all deliberately violated an essential condition under which they were permitted to remain in Canada [Footnote omitted.]

[53] The respondent notes that the Federal Court of Appeal, in examining this applicant’s circumstances of removal in *Romans I*, decided that it did not have to determine whether section 7 was engaged. (*Romans*, F.C.A., *supra*). This is the same position that the Supreme Court of Canada took in *Chiarelli*, *supra*. In *Chiarelli*, the Supreme Court of Canada determined that it was not necessary, in the context of deciding whether the deportation of criminals complied with the Charter, to answer the threshold question as to whether the right of life, liberty and security of the person is engaged by deportation. Rather, it found it sufficient to determine that there was no breach of the principles of fundamental justice.

[51] Le demandeur soutient que la tension psychologique associée au fait qu’on le prive du seul support disponible, ainsi que du seul pays qu’il ait jamais connu, le tout dans des circonstances où il est extrêmement vulnérable, est le genre de tension psychologique dont la Cour suprême fait état dans l’arrêt *Blencoe*, précité.

[52] Le défendeur soutient que l’expulsion du demandeur, un résident permanent qui a commis des crimes graves, n’enfreint pas l’article 7 de la Charte. Le défendeur renvoie aux motifs du juge Strayer, J.C.A., dans l’arrêt *Williams*, précité [aux paragraphes 24 et 26], autorisation d’appel à la C.S.C. refusée le 16 octobre 1997, [1997] 3 R.C.S. xv:

[. . .] j’ai du mal à comprendre comment on peut considérer que le refus d’accorder une dispense discrétionnaire de l’exécution d’une mesure d’expulsion légale prise contre un non-réfugié auquel la loi ne reconnaît pas le droit d’être au Canada entraîne une perte de liberté. À moins de considérer que la «liberté» comprend la liberté d’être partout où l’on veut, sans égard à la loi, comment l’exécution légale d’une mesure d’expulsion peut-elle faire perdre cette liberté?

[. . .]

Eu égard aux décisions rendues jusqu’à ce jour, donc, je suis incapable de conclure que la «liberté» comprend le droit pour les résidents permanents de faire le choix personnel de demeurer au Canada lorsque, comme la Cour suprême l’a déclaré dans l’arrêt *Chiarelli*:

[. . .] [ils] ont manqué volontairement à une condition essentielle devant être respectée pour qu’il leur soit permis de demeurer au Canada. [Note en bas de page omise.]

[53] Le défendeur fait remarquer qu’en examinant les circonstances du renvoi du demandeur dans *Romans I*, la Cour d’appel fédérale a décidé qu’elle n’avait pas à déterminer si l’article 7 s’applique. (*Romans*, (C.A.F., précité.) La Cour suprême du Canada a adopté le même point de vue dans l’arrêt *Chiarelli*, précité. Dans l’arrêt *Chiarelli*, la Cour suprême du Canada a décidé qu’il n’était pas nécessaire, dans l’examen de la question de savoir si l’expulsion d’un criminel respectait la Charte, de déterminer si le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne est mis en cause par une expulsion. Elle a tout simplement conclu qu’il suffisait de décider qu’il n’y avait pas eu violation des principes de justice fondamentale.

[54] The respondent submits that, in *Chiarelli, supra*, the Court unanimously noted that Parliament had the right to enact legislation prescribing the conditions under which non-citizens will be permitted to enter and remain in Canada. Where a permanent resident has violated an essential condition under which non-citizens will be permitted to enter and remain, there can be no breach of fundamental justice in giving practical effect to the termination of a permanent resident's right to remain in Canada. The respondent further submits that, in the case of a permanent resident, this Court in *Romans I* has held that deportation is the only way in which to accomplish this.

[55] The respondent notes that, in *Chiarelli, supra*, the decision was not predicated upon the age or capacity of Mr. Chiarelli. Rather, the Court held that “[i]t is not necessary, in order to comply with fundamental justice, to look beyond the criminal convictions to other aggravating or mitigating circumstances” (at page 734).

[56] The respondent further submits that the applicant's contention that he has an absolute right to remain in Canada, irrespective of his violent conduct and numerous criminal convictions, is also inconsistent with section 6 of the Charter and subsection 4(2) of the *Immigration Act*. The respondent submits that only Canadians have an absolute right to remain in Canada.

[57] The respondent argues that in *Chiarelli, supra*; *Williams, supra*; and *Canepa, supra*, the Federal Court of Appeal has held that the certification of a person as a “danger to the public” does not violate section 12 of the Charter, even if the person is suffering from mental illness.

[58] The respondent also argues that the applicant is erroneously relying on extradition jurisprudence, namely *Burns, supra*, at paragraph 65, to assist in the determination of the applicable principles of fundamental justice in the deportation context. The respondent submits that, in *Burns, supra*, this Court reaffirmed a contextual approach in determining what constituted the applicable principles of fundamental justice in the extradition context. The respondent argues that the decision in *Burns, supra*, turned very much on the

[54] Le défendeur soutient que, dans l'arrêt *Chiarelli*, précité, la Cour à l'unanimité a souligné qu'il était loisible au législateur d'adopter des lois prescrivant les conditions en vertu desquelles il sera permis aux non-citoyens d'entrer et de demeurer au Canada. Lorsqu'un résident permanent a manqué volontairement à une condition essentielle devant être respectée pour qu'il lui soit permis d'entrer et de demeurer au Canada, le fait de mettre effectivement fin à son droit d'y demeurer ne va nullement à l'encontre de la justice fondamentale. Le défendeur ajoute que dans le cas d'un résident permanent, notre Cour a conclu, dans *Romans I*, que seule l'expulsion permet d'atteindre ce résultat.

[55] Selon le défendeur, l'arrêt *Chiarelli*, précité, ne reposait pas sur l'âge ou la capacité de Chiarelli. En fait, la Cour a conclu que «[p]oint n'est besoin, pour se conformer aux exigences de la justice fondamentale, de chercher, au-delà [des déclarations de culpabilité criminelle], des circonstances aggravantes ou atténuantes» (à la page 734).

[56] Le défendeur soutient que la prétention du demandeur qu'il a un droit absolu de demeurer au Canada, nonobstant les violences qu'il a perpétrées et les diverses déclarations de culpabilité pour des infractions criminelles, est contraire à l'article 6 de la Charte et au paragraphe 4(2) de la *Loi sur l'immigration*. Seuls les Canadiens ont le droit absolu de demeurer au Canada.

[57] Le défendeur soutient que dans les arrêts *Chiarelli*, *Canepa* et *Williams*, précités, la Cour d'appel fédérale a conclu que le fait de certifier qu'une personne est un «danger pour le public» n'enfreint pas l'article 12 de la Charte, même si la personne en cause est atteinte d'une maladie mentale.

[58] Le défendeur soutient aussi que le demandeur s'appuie à tort sur la jurisprudence en matière d'extradition, notamment l'arrêt *Burns*, précité, au paragraphe 65, pour établir les principes de justice fondamentale applicables dans le contexte de l'expulsion. Le défendeur soutient que dans l'arrêt *Burns*, précité, la Cour a confirmé l'utilisation d'une approche contextuelle lorsqu'il s'agit de déterminer quels sont les principes de justice fondamentale applicables dans un contexte d'extradition. Le défendeur

particular facts of the case, on the particular content of the extradition treaty with the U.S., and on the particular role played by Canada domestically and internationally in abolishing the death penalty.

[59] The respondent suggests that principles developed within the context of extradition do not automatically apply to the immigration context and that this was recognized by the Supreme Court in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779.

[60] In *Romans 1*, Dawson J. concluded that the applicant's section 7 Charter rights were engaged. The respondent contends that the Federal Court of Appeal, in examining this applicant's circumstances of removal, decided that it did not have to determine whether section 7 was engaged (*Romans (F.C.A.)*, *supra*). However, I note that in that decision, Décary J.A. indicated that the Court accepted, for the sake of its discussion [at paragraph 1], "that section 7 of the Charter is engaged by the deportation of a permanent resident pursuant to paragraph 27(1)(d) of the *Immigration Act*."

[61] As Dawson J. pointed out in *Romans 1*, at paragraph 22, the "consequence of the issuance of the [*sic*] deportation order against an individual is profound." In this case it "prohibits Mr. Romans from making the fundamental personal choice to remain in Canada where he receives the love and support of his family, financial support, and the support of his social worker and the health-care system." As a consequence, Dawson J. found that the issuance of a deportation order in the case of the applicant engaged his section 7 rights under the Charter. In my opinion, those rights remain engaged in a reopened appeal and the justifications offered by Dawson J. are equally applicable to the matters before me in the case at bar.

If section 7 of the Charter is engaged, is the deportation order in this case in accordance with the principles of fundamental justice?

[62] The applicant concedes that in *Romans 1*, Dawson J. concluded there was no breach of

soutient que l'arrêt *Burns*, précité, porte sur des faits très particuliers, sur le contenu précis du traité d'extradition avec les États-Unis, et sur le rôle que joue le Canada, à l'interne comme à l'externe, dans l'abolition de la peine capitale.

[59] Le défendeur soutient que les principes établis dans un contexte d'extradition ne s'appliquent pas automatiquement dans un contexte d'immigration, comme l'a reconnu la Cour suprême dans *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779.

[60] Dans *Romans 1*, la juge Dawson est arrivée à la conclusion que les droits du demandeur garantis par l'article 7 de la Charte étaient mis en cause. Le défendeur soutient qu'en examinant les circonstances entourant l'expulsion du demandeur, la Cour d'appel fédérale a décidé qu'elle n'avait pas à trancher la question de savoir si l'article 7 était en cause (*Romans (C.A.F.)*, précité). Toutefois, je veux faire remarquer que dans cet arrêt, le juge Décary, J.C.A., a déclaré qu'il était entendu, pour fins de discussion, que [au paragraphe 1] «l'article 7 de la Charte s'applique lors de l'expulsion d'un résident permanent faite en vertu de l'alinéa 27(1)d) de la *Loi sur l'immigration*».

[61] Comme la juge Dawson le fait remarquer dans *Romans 1*, au paragraphe 22, les «conséquences attribuables à la prise d'une mesure d'expulsion contre un individu sont importantes». En l'espèce, elle «empêche M. Romans de faire le choix personnel fondamental de demeurer au Canada, là où il reçoit l'amour et le soutien de sa famille, un soutien financier, ainsi que le soutien de son travailleur social et du système de soins de santé». En conséquence, la juge Dawson a conclu que la délivrance d'une mesure de renvoi visant le demandeur mettait en jeu ses droits garantis par l'article 7 de la Charte. Selon moi, ces droits sont toujours en jeu lors de la réouverture de son appel et les justifications présentées par la juge Dawson s'appliquent également aux questions qui me sont soumises en l'espèce.

Si l'article 7 de la Charte est en cause, la mesure de renvoi en l'espèce respecte-t-elle les principes de justice fondamentale?

[62] Le demandeur admet que dans *Romans 1*, la juge Dawson a conclu qu'il n'y avait pas eu violation des

fundamental justice because, on the facts before her, there was no basis for distinguishing between this case and that of *Chiarelli, supra*. In *Chiarelli, supra*, the Supreme Court of Canada concluded that there was no violation of fundamental justice in deporting from Canada a non-citizen who had deliberately violated one of the conditions of his or her admission to Canada.

[63] The applicant submits that the evidence before the Appeal Division and before this Court now discloses that the applicant has been mentally ill since he was an adolescent. Dr. Hassan testified that the applicant's criminal convictions were related to his illness, especially when he was not receiving treatment and was hallucinating. Given this evidence, the applicant suggests it is not possible to conclude that the applicant "deliberately" violated one of the conditions of his admission to Canada so that there is now a significant difference between the case at bar and the *Chiarelli, supra*, situation.

[64] Moreover, the applicant submits that new and significant evidence was put before the Appeal Division concerning the appalling conditions awaiting the applicant as a mentally ill person in Jamaica. Contrary to what was asserted by the Appeal Division in its decision, there was no evidence at all that would suggest that the applicant would obtain adequate care for his very serious and complex problems. The letter from the Consul in Jamaica confirmed that there was very limited rehabilitation available and that the only relevant facility in that country was chronically overcrowded. The psychiatrist who testified indicated that the applicant's condition was treatable but required sophisticated treatment and drugs. The evidence disclosed that this treatment would not be available in Jamaica. Other documentary evidence disclosed a society in which the chronically mentally ill usually end up in the penal system, where they are subject to abuse and torture. The mentally ill who are not detained are subject to abuse and physical assault in the streets. They are virtually without protection.

principes de justice fondamentale puisque, au vu des faits qui lui étaient soumis, elle ne pouvait distinguer l'affaire de l'arrêt *Chiarelli*, précité. Dans l'arrêt *Chiarelli*, précité, la Cour suprême du Canada a conclu que le fait d'expulser du Canada un non-citoyen qui avait manqué volontairement à une condition de son admission au Canada n'allait pas à l'encontre de la justice fondamentale.

[63] Le demandeur soutient que la preuve devant la section d'appel et devant notre Cour indique maintenant que le demandeur souffre d'une maladie mentale depuis l'adolescence. Le D^r Hassan a témoigné que les agissements criminels du demandeur étaient liés à sa maladie, surtout lorsqu'il ne suivait pas de traitement et qu'il avait des hallucinations. Au vu de cette preuve, le demandeur soutient qu'il n'est pas possible d'arriver à la conclusion qu'il a manqué «volontairement» à une condition de son admission au Canada. Il y aurait donc maintenant une différence significative entre la situation en l'espèce et celle qui était visée dans l'arrêt *Chiarelli*, précité.

[64] De plus, le demandeur soutient avoir déposé une preuve nouvelle et sérieuse devant la section d'appel au sujet de la situation épouvantable à laquelle il serait confronté en Jamaïque du fait de sa maladie mentale. Contrairement à l'affirmation que l'on trouve dans les motifs de décision de la section d'appel, la preuve n'indique absolument pas que le demandeur pourrait y être soigné adéquatement pour ses problèmes très sérieux et complexes. La lettre du consul en Jamaïque confirme qu'il y a très peu de possibilités de réadaptation et que la seule institution du pays apte à traiter un tel cas est habituellement remplie à pleine capacité. Le psychiatre a aussi témoigné que la maladie du demandeur pouvait être traitée, mais qu'il fallait pour ce faire un traitement et des médicaments sophistiqués. La preuve démontre que ce traitement n'est pas disponible en Jamaïque. Une autre partie de la preuve documentaire fait ressortir l'existence d'une société où les malades mentaux chroniques se retrouvent généralement en prison, où ils font l'objet de sévices et de torture. Les malades mentaux qui ne sont pas emprisonnés font l'objet de sévices et de voies de fait dans la rue. Ils n'ont à peu près aucune protection.

[65] The applicant submits that, as a result of the decisions of the Supreme Court in *Suresh, supra*, and *Burns, supra*, it is now beyond dispute that the applicant's potential treatment in the country of deportation is relevant to a section 7 analysis. This evidence was not before this Court in *Romans 1*. This compelling evidence suggests that the treatment of the applicant will be as appalling as the potential torture that Mr. Suresh feared. It is as shocking to send the applicant back to these conditions in circumstances where he is defenceless as it was to send Mr. Burns or Mr. Rafay back to face the possibility of the death penalty.

[66] In *Romans, supra*, the Federal Court of Appeal dismissed the appeal because, on the facts before it, it concluded that the evidence was not sufficient to meet the "shocks the conscience" test as enunciated by the Supreme Court of Canada in *Burns, supra*.

[67] In this case, the applicant is mentally ill. As noted, there is a suggestion in the evidence that, given his illness, he cannot be said to have deliberately violated a condition of his admission to Canada. In *Chiarelli, supra*, at page 734, the Supreme Court talked about the "one element common to all persons who fall within the class of permanent residents described in s. 27(1)(d)(ii) [of the *Immigration Act*]" as being that they "have all deliberately violated an essential condition under which they were permitted in Canada" (emphasis added) so that there can be "no breach of fundamental justice in giving practical effect to the termination of their right to remain in Canada." The applicant is in a state where he is unable to care for himself. Moreover, he has lived all of his life here in Canada and has no connections to Jamaica. Finally, the evidence discloses he is at considerable risk if he is returned there. Given these factors, the applicant submits that it would "shock the conscience" to deport him to Jamaica.

[68] The respondent argues that this Court has already considered and rejected the argument that *Chiarelli, supra*, can be distinguished from the present facts on the basis that the applicant is a product of Canada who, due

[65] Le demandeur soutient que suite aux décisions de la Cour suprême dans les arrêts *Suresh*, précité, et *Burns*, précité, on ne peut maintenant contester le fait que le traitement potentiellement réservé au demandeur dans le pays où il est renvoyé est pertinent à l'analyse en vertu de l'article 7. Cette preuve n'était pas devant la Cour dans *Romans 1*. Cette preuve très forte suggère que le traitement qui serait infligé au demandeur serait aussi épouvantable que la torture anticipée par M. Suresh. Il serait tout aussi choquant de renvoyer le demandeur dans de telles conditions alors qu'il est sans défense, qu'il l'aurait été de renvoyer MM. Burns et Rafay pour faire face à la peine de mort.

[66] Dans l'arrêt *Romans*, précité, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel étant donné qu'au vu des faits qui lui étaient présentés, elle a conclu que la preuve ne suffisait pas à satisfaire au critère du «choc de la conscience» énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Burns*, précité.

[67] En l'espèce, le demandeur est un malade mental. Comme je l'ai fait remarquer, on a suggéré dans la preuve qu'au vu de sa maladie, on ne pouvait dire qu'il avait manqué volontairement à une condition de son admission au Canada. Dans l'arrêt *Chiarelli*, précité, à la page 734, la Cour suprême déclare ceci: «Toutes les personnes qui entrent dans la catégorie des résidents permanents mentionnés au sous-al. 27(1)d(ii) [de la *Loi sur l'immigration*] ont cependant un point commun: elles ont manqué volontairement à une condition essentielle devant être respectée pour qu'il leur soit permis de demeurer au Canada» (non souligné dans l'original), ce qui fait que «mettre effectivement fin à leur droit d'y demeurer ne va nullement à l'encontre de la justice fondamentale». Le demandeur est dans un état tel qu'il ne peut prendre soin de sa personne. De plus, il a passé toute sa vie au Canada et il n'a aucun lien avec la Jamaïque. Finalement, la preuve démontre qu'il fera face à un risque considérable s'il est renvoyé dans ce pays. Au vu de ces facteurs, le demandeur soutient que le fait de le renvoyer en Jamaïque «choquerait la conscience».

[68] Le défendeur soutient que notre Cour a déjà examiné et rejeté l'argument qui veut que l'arrêt *Chiarelli*, précité, peut être distingué des faits en l'espèce parce que le demandeur est un produit de la

to his mental illness, is not responsible for his actions. Dawson J. In *Romans I*, *supra*, specifically referred to the passage in *Chiarelli*, *supra*, dealing with persons who “deliberately violated an essential condition under which they were permitted to remain in Canada” when concluding that *Chiarelli*, *supra*, was binding upon her. Dawson J. concluded that removing the mentally ill applicant from Canada would not violate section 7 of the Charter. There had been compliance with the principles of fundamental justice.

[69] The respondent argues that the principles of fundamental justice applicable here are grounded in the societal and legislative context of immigration law and are derived from the basic tenets of our legal system, a system that does not provide non-Canadians with an unqualified right to remain in Canada.

[70] The respondent further argues that the process followed in this case fully complied with the principles of fundamental justice. An adjudicator issued the deportation order following an inquiry at which the applicant was present and able to present evidence and make submissions. The deportation order was subject to an appeal to the Appeal Division on legal and equitable grounds in a hearing *de novo*. The Appeal Division may receive new evidence and is not bound to consider only the evidence that was before the adjudicator who issued the deportation order. At the hearing of his appeal, the applicant was afforded the opportunity to make oral submissions, to be represented by counsel, to have a designated representative appointed, to present fresh evidence, to call witnesses to testify on his behalf and to submit any documentation he wished the Appeal Division to consider.

[71] I have reviewed the decision of Dawson J. in *Romans I*, *supra*. In that case, the applicant had argued that the situation was distinguishable from *Chiarelli*, *supra*, because the applicant was a product of Canada and, because of his mental illness, he was “not responsible to the same extent for his action.” Dawson J. came to the following conclusions on these issues [at paragraphs 26-31]:

société canadienne qui, en raison de sa maladie mentale, n’était pas responsable de ses agissements. Dans *Romans I*, la juge Dawson renvoie spécifiquement à l’extrait de l’arrêt *Chiarelli*, précité, qui traite des personnes qui ont «manqué volontairement à une condition essentielle devant être respectée pour qu’il leur soit permis de demeurer au Canada», avant de conclure qu’elle était liée par l’arrêt *Chiarelli*, précité. La juge Dawson a conclu que le fait d’expulser du Canada un malade mental comme le demandeur n’enfreignait pas l’article 7 de la Charte. Les principes de justice fondamentale ont été respectés.

[69] Le défendeur soutient que les principes de justice fondamentale applicables en l’espèce sont fondés sur le contexte sociétal et législatif du droit de l’immigration et qu’ils découlent des préceptes fondamentaux de notre régime juridique, régime qui n’accorde pas aux non-Canadiens un droit absolu de demeurer au Canada.

[70] Le défendeur soutient de plus que la procédure suivie en l’espèce a pleinement respecté les principes de justice fondamentale. Un arbitre a délivré la mesure de renvoi suite à une enquête à laquelle le demandeur a participé et où il a pu présenter sa preuve et ses arguments. La mesure de renvoi a fait l’objet d’un appel à la section d’appel, pour des motifs juridiques et d’*equity*, lors d’une audition *de novo*. La section d’appel peut accueillir une nouvelle preuve et elle n’est pas tenue de se limiter à la preuve présentée à l’arbitre qui a délivré la mesure de renvoi. À l’audition de cet appel, le demandeur a eu l’occasion de présenter son point de vue de vive voix, d’être représenté par avocat, de faire nommer un représentant désigné, de présenter une nouvelle preuve, d’assigner des témoins en sa faveur et de présenter toute la documentation qu’il voulait voir examiner par la section d’appel.

[71] J’ai examiné la décision du juge Dawson dans *Romans I*. Dans cette affaire, le demandeur avait soutenu que la situation pouvait être distinguée de la décision visée par l’arrêt *Chiarelli*, précité, parce que le demandeur est devenu ce que le Canada a fait de lui et qu’en raison de sa maladie mentale il n’était «pas responsable de ses agissements au même degré». La juge Dawson est arrivée aux conclusions suivantes sur ces questions [aux paragraphes 26 à 31]:

With respect to the prior decision of the Supreme Court in *Chiarelli*, Mr. Romans submitted that the Charter is a living document so that *Chiarelli* must be reconsidered today in light of recent jurisprudence. In any event, *Chiarelli* was said to be distinguishable because Mr. Chiarelli came to Canada as an adolescent of 15 years of age and hence was not a product of Canada. This was said to be distinguishable from Mr. Romans' situation. Mr. Romans is a product of Canada and due to his mental illness he is not responsible to the same extent for his actions.

Finally, reference was made by Mr. Romans to the decision of the Supreme Court of Canada in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779 where in the context of extradition it was noted that there would be circumstances where extradition would violate section 7 of the Charter if the treatment to be received in the receiving state would shock the values of Canadians.

Despite the compelling argument of Mr. Romans' counsel, I am unable to distinguish the decision of the Supreme Court of Canada in *Chiarelli* which is binding upon me. I cannot conclude that the Supreme Court's decision was predicated upon the age or capacity of Mr. Chiarelli.

In *Chiarelli* the Supreme Court unanimously noted, at page 733, that Parliament has the right to enact legislation prescribing the conditions under which non-citizens will be permitted to enter and remain in Canada. The Court ruled at page 734 that:

One of the conditions Parliament has imposed on a permanent resident's right to remain in Canada is that he or she not be convicted of an offence for which a term of imprisonment of five years or more may be imposed. This condition represents a legitimate, non-arbitrary choice by Parliament of a situation in which it is not in the public interest to allow a non-citizen to remain in the country. The requirement that the offence be subject to a term of imprisonment of five years indicates Parliament's intention to limit this condition to more serious types of offences. It is true that the personal circumstances of individuals who breach this condition may vary widely. The offences which are referred to in s. 27(1)(d)(ii) also vary in gravity, as may the factual circumstances surrounding the commission of a particular offence. However there is one element common to all persons who fall within the class of permanent residents described in s. 27(1)(d)(ii). They have all deliberately violated an essential condition under which they were permitted to remain in Canada. In such a

En ce qui concerne la décision antérieure rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *Chiarelli*, M. Romans a plaidé que la Charte était un document vivant, de sorte que l'arrêt *Chiarelli* doit être revu aujourd'hui à la lumière des nouveaux développements jurisprudentiels. Quoi qu'il en soit, on a considéré que l'arrêt *Chiarelli* se distinguait de la présente affaire en ce que M. Chiarelli est arrivé au Canada à l'adolescence, à l'âge de 15 ans, et qu'il n'était donc pas le produit de la société canadienne. On a prétendu que ce facteur établissait une distinction d'avec la situation de M. Romans. M. Romans est devenu ce que le Canada a fait de lui et, en raison de sa maladie mentale, il n'est pas responsable de ses agissements au même degré.

Enfin, M. Romans a renvoyé à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, où on a observé que, dans un contexte d'extradition, certaines circonstances pourraient faire en sorte que l'extradition porte atteinte à l'article 7 de la Charte lorsque le traitement réservé par l'État de destination choquerait les valeurs canadiennes.

Malgré l'argument convaincant avancé par l'avocat de M. Romans, je ne peux distinguer la présente affaire de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Chiarelli*, par lequel je suis liée. Je ne peux conclure que la décision de la Cour suprême reposait sur l'âge ou la capacité de M. Chiarelli.

Dans l'arrêt *Chiarelli*, à la page 733, la Cour suprême a souligné à l'unanimité qu'il était loisible au législateur d'adopter des lois prescrivant les conditions en vertu desquelles il sera permis aux non-citoyens d'entrer et de demeurer au Canada. La Cour a conclu à la page 734:

L'une des conditions auxquelles le législateur fédéral a assujéti le droit d'un résident permanent de demeurer au Canada est qu'il ne soit pas déclaré coupable d'une infraction punissable d'au moins cinq ans de prison. Cette condition traduit un choix légitime et non arbitraire fait par le législateur d'un cas où il n'est pas dans l'intérêt public de permettre à un non-citoyen de rester au pays. L'exigence que l'infraction donne lieu à une peine de cinq ans d'emprisonnement indique l'intention du législateur de limiter cette condition aux infractions relativement graves. Les circonstances personnelles de ceux qui manquent à cette condition peuvent certes varier énormément. La gravité des infractions visées au sous-al. 27(1)d)(ii) varie également, comme le peuvent aussi les faits entourant la perpétration d'une infraction en particulier. Toutes les personnes qui entrent dans la catégorie des résidents permanents mentionnés au sous-al. 27(1)d)(ii) ont cependant un point commun: elles ont manqué volontairement à une condition essentielle devant être

situation, there is no breach of fundamental justice in giving practical effect to the termination of their right to remain in Canada. In the case of a permanent resident, deportation is the only way in which to accomplish this. There is nothing inherently unjust about a mandatory order. The fact of a deliberate violation of the condition imposed by s. 27(1)(d)(ii) is sufficient to justify a deportation order. It is not necessary, in order to comply with fundamental justice, to look beyond this fact to other aggravating or mitigating circumstances.

This, in my view, is conclusive of the issue of whether Mr. Romans' removal violates section 7 of the Charter.

As for reliance upon *Kindler*, I note that *Kindler* predates *Chiarelli*, and I do not see how the express ruling in *Chiarelli* can be said to be modified by the Court's earlier decision. As well, rulings from the extradition context must be applied with great care to the present circumstances because extradition involves those accused, not convicted, of offences.

[72] Once again, applicant's counsel has introduced new evidence and has raised extremely able arguments to ask this Court to reach a different conclusion from the one reached by Dawson J. in *Romans*, *supra*. I have, in any event, considerable reservations about his assertion that Dr. Hassan's evidence now shows the applicant was not responsible for his crimes. However, having undertaken the same exercise as Dawson J., and after reviewing the jurisprudence, I cannot see how the new evidence adduced by the applicant concerning his mental capacity can help him on this issue.

[73] The evidence concerning the impact of his mental illness on the crimes he was convicted of is, at bottom, a capacity issue and, to borrow the words of Dawson J. in *Romans I* [at paragraph 28] "I cannot conclude that the Supreme Court's decision was predicated upon the age or capacity of [the applicant]." *Chiarelli*, *supra*, is also binding upon me and is conclusive of this issue. However, as regards the new evidence of country conditions I feel that *Chiarelli*, *supra*, does not tie the Court's hands and this was a matter that was not before Dawson J. in *Romans I*.

respectée pour qu'il leur soit permis de demeurer au Canada. En pareil cas, mettre effectivement fin à leur droit d'y demeurer ne va nullement à l'encontre de la justice fondamentale. Dans le cas du résident permanent, seule l'expulsion permet d'atteindre ce résultat. Une ordonnance impérative n'a rien d'intrinsèquement injuste. La violation délibérée de la condition prescrite par le sous-al. 27(1)d)(ii) suffit pour justifier une ordonnance d'expulsion. Point n'est besoin, pour se conformer aux exigences de la justice fondamentale, de chercher, au-delà de ce seul fait, des circonstances aggravantes ou atténuantes.

À mon avis, cette conclusion est déterminante à l'égard de la question de savoir si le renvoi de M. Romans va à l'encontre de l'article 7 de la Charte.

Quant à la référence à l'arrêt *Kindler*, je note que celui-ci précède l'arrêt *Chiarelli*, et je ne vois pas comment on peut affirmer que la décision explicitement rendue dans *Chiarelli* peut être modifiée par la décision antérieure de la Cour. De plus, on doit traiter les décisions rendues en contexte d'extradition avec une grande prudence pour les fins de la présente affaire, car l'extradition concerne les individus qui sont accusés, et non déclarés coupables, d'infractions.

[72] Encore une fois, l'avocat du demandeur a présenté une nouvelle preuve ainsi que des arguments très habiles pour demander à la Cour d'arriver à une conclusion différente de celle à laquelle la juge Dawson était arrivée dans *Romans I*, précité. Quoi qu'il en soit, j'ai beaucoup de réserves quant à son affirmation que la preuve du D^r Hassan démontre que le demandeur n'était pas responsable de ses crimes. De plus, après avoir suivi la même démarche que la juge Dawson et examiné la jurisprudence, je ne peux voir comment la nouvelle preuve présentée par le demandeur au sujet de sa capacité mentale peut l'aider en l'espèce.

[73] La preuve au sujet de l'impact de sa maladie mentale sur les crimes qu'il a commis est d'abord et avant tout une question de capacité. Reprenant les mots du juge Dawson dans *Romans I* [au paragraphe 28] «[j]e ne peux conclure que la décision de la Cour suprême reposait sur l'âge ou la capacité [du demandeur]». L'arrêt *Chiarelli*, précité, me lie de la même façon et il est déterminant en l'espèce. Toutefois, je suis d'avis que l'arrêt *Chiarelli*, précité, ne me lie pas lorsqu'il s'agit de la nouvelle preuve sur les conditions en Jamaïque. Cette question n'a pas été soulevée devant la juge Dawson dans *Romans I*.

[74] The Court in *Suresh, supra*, indicated as follows [at paragraphs 54, 56, 58, 77-79 and 129]:

While the instant case arises in the context of deportation and not extradition, we see no reason that the principle enunciated in *Burns* should not apply with equal force here. In *Burns*, nothing in our s. 7 analysis turned on the fact that the case arose in the context of extradition rather than refoulement. Rather, the governing principle was a general one—namely, that the guarantee of fundamental justice applies even to deprivations of life, liberty or security effected by actors other than our government, if there is a sufficient causal connection between our government’s participation and the deprivation ultimately effected. We reaffirm that principle here. At least where Canada’s participation is a necessary precondition for the deprivation and where the deprivation is an entirely foreseeable consequence of Canada’s participation, the government does not avoid the guarantee of fundamental justice merely because the deprivation in question would be effected by someone else’s hand.

...

While this Court has never directly addressed the issue of whether deportation to torture would be inconsistent with fundamental justice, we have indicated on several occasions that extraditing a person to face torture would be inconsistent with fundamental justice. As we mentioned above, in *Schmidt, supra*, La Forest J. noted that s. 7 is concerned not only with the immediate consequences of an extradition order but also with “the manner in which the foreign state will deal with the fugitive on surrender, whether that course of conduct is justifiable or not under the law of that country” (p. 522). La Forest J. went on to specifically identify the possibility that the requesting country might torture the accused and then to state that “[s]ituations falling far short of this may well arise where the nature of the criminal procedures or penalties in a foreign country sufficiently shocks the conscience as to make a decision to surrender a fugitive for trial there one that breaches the principles of fundamental justice enshrined in s. 7” (p. 522).

...

Canadian jurisprudence does not suggest that Canada may never deport a person to face treatment elsewhere that would

[74] Dans l’arrêt *Suresh*, précité, la Cour suprême s’exprime ainsi [aux paragraphes 54, 56, 58, 77 à 79 et 129]:

Bien que, en l’espèce, il soit question d’expulsion et non d’extradition, nous ne voyons aucune raison pour laquelle le principe énoncé dans *Burns* ne s’appliquerait pas avec le même effet. Dans l’arrêt *Burns*, aucun aspect de notre analyse fondée sur l’art. 7 ne dépendait du fait qu’il s’agissait d’une affaire d’extradition plutôt que de refoulement. Au contraire, le principe pertinent était un principe de portée générale, savoir que la garantie relative à la justice fondamentale s’applique même aux atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui sont le fait d’acteurs autres que le gouvernement canadien, à condition qu’il existe un lien causal suffisant entre la participation de notre gouvernement et l’atteinte qui survient en bout de ligne. Nous réaffirmons ce principe en l’espèce. À tout le moins, dans les cas où la participation du Canada est un préalable nécessaire à l’atteinte et où cette atteinte est une conséquence parfaitement prévisible de la participation canadienne, le gouvernement ne saurait être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale uniquement parce que l’atteinte en cause serait le fait d’autrui.

[. . .]

Bien qu’elle n’ait jamais examiné directement la question de savoir si une expulsion impliquant un risque de torture est incompatible avec les principes de justice fondamentale, notre Cour a indiqué à plusieurs occasions que l’extradition d’une personne vers un pays où elle risque la torture serait contraire à ces principes. Comme nous l’avons mentionné plus tôt, le juge La Forest a fait observer, dans l’arrêt *Schmidt*, précité, que l’art. 7 ne s’attache pas seulement aux conséquences immédiates de l’ordonnance d’extradition, mais également au «traitement que l’État étranger réservera au fugitif extradé, que ce traitement soit ou non justifiable en vertu des lois de ce pays-là» (p. 522). Il a poursuivi en mentionnant expressément la possibilité qu’un pays requérant puisse soumettre l’accusé à la torture et il a dit qu’«[i]l est fort possible que se présentent des cas bien moins graves où la nature des procédures criminelles dans un pays étranger ou des peines prévues choque suffisamment la conscience pour qu’une décision de livrer un fugitif afin qu’il y subisse son procès constitue une atteinte aux principes de justice fondamentale consacrés dans l’art. 7» (p. 522).

[. . .]

La jurisprudence canadienne n’indique pas que le Canada ne peut jamais expulser une personne vers un pays où elle

be unconstitutional if imposed by Canada directly, on Canadian soil. To repeat, the appropriate approach is essentially one of balancing. The outcome will depend not only on considerations inherent in the general context but also on considerations related to the circumstances and condition of the particular person whom the government seeks to expel. On the one hand stands the state's genuine interest in combatting terrorism, preventing Canada from becoming a safe haven for terrorists, and protecting public security. On the other hand stands Canada's constitutional commitment to liberty and fair process. This said, Canadian jurisprudence suggests that this balance will usually come down against expelling a person to face torture elsewhere.

...

In Canada, the balance struck by the Minister must conform to the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. It follows that insofar as the *Immigration Act* leaves open the possibility of deportation to torture, the Minister should generally decline to deport refugees where on the evidence there is a substantial risk of torture.

We do not exclude the possibility that in exceptional circumstances, deportation to face torture might be justified, either as a consequence of the balancing process mandated by s. 7 of the *Charter* or under s. 1. (A violation of s. 7 will be saved by s. 1 "only in cases arising out of exceptional conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics and the like": see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 518; and *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 99.) Insofar as Canada is unable to deport a person where there are substantial grounds to believe he or she would be tortured on return, this is not because Article 3 of the CAT directly constrains the actions of the Canadian government, but because the fundamental justice balance under s. 7 of the *Charter* generally precludes deportation to torture when applied on a case-by-case basis. We may predict that it will rarely be struck in favour of expulsion where there is a serious risk of torture. However, as the matter is one of balance, precise prediction is elusive. The ambit of an exceptional discretion to deport to torture, if any, must await future cases.

risque un traitement qui serait inconstitutionnel s'il était infligé directement par le Canada, en sol canadien. Comme nous l'avons dit plus tôt, la démarche qu'il convient d'appliquer est essentiellement un processus de pondération dont l'issue dépend non seulement de considérations inhérentes au contexte général, mais également de facteurs liés aux circonstances et à la situation de la personne que l'État veut expulser. D'un côté, il y a l'intérêt légitime qu'a le Canada à combattre le terrorisme, à empêcher que notre pays devienne un refuge pour les terroristes et à protéger la sécurité publique. De l'autre côté, il y a l'engagement constitutionnel du Canada envers la liberté et l'équité procédurale. Cela dit, la jurisprudence indique que le résultat de cette mise en balance s'opposera généralement à l'expulsion de la personne visée vers un pays où elle risque la torture.

[. . .]

Au Canada, le résultat de la mise en balance des diverses considérations par la ministre doit être conforme aux principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7 de la *Charte*. Il s'ensuit que, dans la mesure où la *Loi sur l'immigration* n'écarte pas la possibilité d'expulser une personne vers un pays où elle risque la torture, la ministre doit généralement refuser d'expulser le réfugié lorsque la preuve révèle l'existence d'un risque sérieux de torture.

Nous n'excluons pas la possibilité que, dans des circonstances exceptionnelles, une expulsion impliquant un risque de torture puisse être justifiée, soit au terme du processus de pondération requis par l'art. 7 de la *Charte* soit au regard de l'article premier de celle-ci. (Une violation de l'art. 7 est justifiée au regard de l'article premier «seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite»: voir *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 518, et *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 99.) Dans la mesure où le Canada ne peut expulser une personne lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'elle sera torturée dans le pays de destination, ce n'est pas parce que l'art. 3 de la CCT limite directement les actions du gouvernement canadien, mais plutôt parce que la prise en compte, dans chaque cas, des principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7 de la *Charte* fera généralement obstacle à une expulsion impliquant un risque de torture. Nous pouvons prédire que le résultat du processus de pondération sera rarement favorable à l'expulsion lorsqu'il existe un risque sérieux de torture. Toutefois, comme tout est affaire d'importance relative, il est difficile de prédire avec précision quel sera le résultat. L'étendue du pouvoir discrétionnaire exceptionnel d'expulser une personne risquant

In these circumstances, s. 53(1)(b) does not violate s. 7 of the *Charter*. What is at issue is not the legislation, but the Minister's obligation to exercise the discretion s. 53 confers in a constitutional manner.

...

We conclude that generally to deport a refugee, where there are grounds to believe that this would subject the refugee to a substantial risk of torture, would unconstitutionally violate the *Charter's* s. 7 guarantee of life, liberty and security of the person. This said, we leave open the possibility that in an exceptional case such deportation might be justified either in the balancing approach under ss. 7 or 1 of the *Charter*.

[75] In light of this, I regard the basic issue before me on this question raised by the applicant as being whether, in light of the new evidence adduced by the applicant and his supporters concerning the fate awaiting him in Jamaica, the appropriate "fundamental justice balance" was reached in the decision, bearing in mind that the Supreme Court has said in *Suresh, supra*, that [at paragraph 78] "the fundamental justice balance under s. 7 of the *Charter* generally precludes deportation to torture when applied on a case-by-case basis."

[76] I recognize, of course, that it is not the intention of the Minister in this case to deport the applicant to face torture and that there is room for debate concerning what he does actually face if deported to Jamaica. But my reading of the decision suggests to me that the member does not really confront this issue and fails to take into account the implications of *Suresh, supra*, for the situation before him.

[77] The applicant presents an extremely difficult case. He is a danger to himself and the Canadian public, but he is also extremely vulnerable and faces grave danger and possible death if returned to Jamaica. He just

la torture dans le pays de destination, pour autant que ce pouvoir existe, sera définie dans des affaires ultérieures.

Vu les circonstances, l'al. 53(1)b) ne porte pas atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Ce n'est pas le texte de loi qui est en litige, mais l'obligation de la ministre d'exercer de façon constitutionnelle le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 53.

[...]

Nous concluons que, règle générale, lorsqu'il existe des motifs de croire que l'expulsion d'un réfugié lui fera courir un risque sérieux de torture, son expulsion est inconstitutionnelle parce qu'elle porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité du réfugié que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*. Cela dit, nous n'écartons pas la possibilité que, dans un cas exceptionnel, son expulsion puisse se justifier soit dans le cadre de la pondération effectuée en application de l'art. 7, soit au regard de l'article premier de la *Charte*.

[75] Ceci étant, je considère que la question de fond qui m'est posée par le demandeur consiste à savoir si, au vu de la nouvelle preuve que le demandeur et les personnes qui l'appuient ont présentée au sujet du sort qui l'attend en Jamaïque, la décision constitue un équilibre approprié de la justice fondamentale, compte tenu de la déclaration de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Suresh*, précité, voulant que [au paragraphe 78] «la prise en compte, dans chaque cas, des principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7 de la *Charte* fera généralement obstacle à une expulsion impliquant un risque de torture».

[76] Bien sûr, je reconnais que ce n'est pas l'intention du ministre en l'espèce d'expulser le demandeur pour qu'il soit torturé. De plus, il peut y avoir un débat au sujet de savoir quelle sera sa situation s'il est effectivement renvoyé en Jamaïque. Toutefois, la lecture des motifs de décision m'indique que le commissaire n'a pas vraiment confronté cette question et qu'il n'a pas tenu compte des implications de l'arrêt *Suresh*, précité, sur la situation dont il était saisi.

[77] Le cas du demandeur est extrêmement difficile. Il constitue un danger pour lui-même et pour la société canadienne, mais il est aussi extrêmement vulnérable et il fait face à un danger grave et possiblement à la mort

cannot look after himself and needs the support of his mother and others. He needs dramatic medical intervention. He has been in Canada since he was a small child. It is a matter of mere oversight on the part of his mother that he is not a Canadian citizen. The applicable provincial laws should have been used long ago to ensure that he gets the treatment he needs for his illness and to ensure that he is detained in an appropriate institution until he ceases to be a danger to himself and the public.

[78] The immigration system is not equipped to deal with the exigencies of this situation. It doesn't have the flexibility. Yet the Minister must ensure that the public is protected. Hence, the crude expedient of deportation and the sorry state of affairs before the Court is this application.

[79] The decision itself reveals the member grappling with these irreconcilables but, taking everything into account, he concludes that the applicant appears to be doomed wherever he is and so he might as well be in Jamaica where he will not pose a threat to the Canadian public. A decision has to be made. In this regard, the words of Joyal J. in *Fernandes v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 104 F.T.R. 49 (F.C.T.D.) should be born in mind [at paragraphs 15-16]:

The Board, in dealing with an appeal from a deportation order as in the case at bar, is exercising equitable jurisdiction. This, of course, is meant to alleviate what might be termed the harshness of the law which more often than not can only speak in black or white terms. Seized of such an appeal, the Board must of necessity maintain a judicious respect for both the rule of law and the humanitarian and compassionate considerations involved. This is not easy and it is obvious, as in the case before me, that it imposes on the members of the Board particular attention to all of the circumstances. Sooner or later, however, the Board has to make up its mind one way or the other.

Naturally, the tribunal's decision will not always win a popularity contest. Yet to the extent that the tribunal

s'il est renvoyé en Jamaïque. Il ne peut prendre soin de lui-même et il a besoin du soutien de sa mère et d'autres personnes. Il a besoin de soins médicaux poussés. Il est au Canada depuis qu'il est tout petit. C'est suite à une simple omission de sa mère qu'il n'a pas obtenu la citoyenneté canadienne. Les lois provinciales applicables auraient dû être utilisées depuis longtemps pour lui assurer le traitement dont il a besoin pour sa maladie et le maintenir sous garde dans une institution appropriée jusqu'à ce qu'il cesse d'être un danger pour lui-même et pour le public.

[78] Le régime d'immigration n'est pas équipé pour traiter d'une telle situation. Il n'a pas cette souplesse. Pourtant, le ministre doit s'assurer que le public est protégé. D'où l'utilisation de l'expédient rudimentaire qu'est l'expulsion et la déplorable histoire soumise à la Cour dans cette demande.

[79] Les motifs de décision font ressortir le fait que le commissaire s'est débattu avec ces aspects inconciliables. Toutefois, tout bien considéré il est arrivé à la conclusion que le demandeur semble être voué à son triste sort où qu'il soit et donc qu'il est aussi bien qu'on le renvoie en Jamaïque où il ne constituera pas une menace pour le public canadien. Il fallait prendre une décision. À ce sujet, je veux rappeler les termes utilisés par le juge Joyal dans *Fernandes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 104 F.T.R. 49 (C.F. 1^{re} inst.) [aux paragraphes 15 et 16]:

Lorsqu'elle prononce sur un appel formé contre une mesure d'expulsion comme celle dont il s'agit en l'espèce, la Commission exerce une compétence en *equity*. Cette compétence vise naturellement à tempérer ce que l'on pourrait appeler les rigueurs de la loi, laquelle, le plus souvent, ne peut s'exprimer qu'en des termes ne laissant place à aucune équivoque. Saisie d'un tel appel, la Commission doit nécessairement marquer un respect judicieux tant pour la règle de droit que pour les considérations humanitaires que l'affaire soulève. Ce n'est pas là tâche facile, et il est évident, comme c'est le cas ici, qu'une telle responsabilité oblige les membres de la Commission à accorder une attention particulière à chacune des circonstances de l'affaire. Tôt ou tard, cependant, la Commission est contrainte de trancher dans un sens ou dans l'autre.

Naturellement, la décision du tribunal ne remportera pas toujours les suffrages populaires. Pourtant, dans la mesure où

thoroughly applied its mind and carefully weighed all of the evidence before it, that decision merits respect.

[80] As I shall discuss later, I do not believe that the member had the power to order that the applicant be detained indefinitely until he receives the medical and other attention he needs under provincial law to ensure he is no longer a danger to the public. So, a choice had to be made, and, unless the applicant's support group ensures that he does get the assistance he needs to ensure he is no longer a danger to the public, that choice will have to be made again.

[81] I do not believe the fundamental justice balance was adequately considered by the member in this case and that, with particular regard to *Suresh, supra*, and the applicant's section 7 Charter rights, I believe it needs to be considered again. But I do not accept the argument of applicant's counsel that, if it is done properly, only one result is possible. In all of the circumstances of this case, public safety must remain a significant issue while the applicant remains capable of refusing treatment and placing himself at large. The respondent says that the appropriate balancing was done, but I am not happy with a conclusion that says "I am not persuaded, on a balance of probabilities, that the conditions on the streets of Jamaica are such that the hardship faced by the appellant would be significantly worse than that he faced in Canada." This conclusion seems perverse to me in light of the evidence that was before the member on the conditions that confront the mentally ill in Jamaica and, in contrast, the support that the applicant has available to him in Canada. The applicant is an extremely vulnerable human being. He cannot take care of himself. He is clearly better off in Canada, in my opinion. Whether, when these considerations are balanced against the dangers he poses to others, the deportation order is in accordance with the principles of fundamental justice, still requires determination. But the issue should not be evaded by pretending that what the applicant confronts in Jamaica is not significantly worse than he faces in Canada.

le tribunal a étudié attentivement l'affaire et apprécié comme il se doit l'ensemble de la preuve produite, sa décision est digne de respect.

[80] Comme je l'indiquerai par après, je ne crois pas que le commissaire avait la compétence requise pour ordonner que le demandeur soit détenu de façon indéterminée jusqu'à ce qu'il reçoive, en vertu de la loi provinciale, les soins médicaux et autres dont il a besoin pour assurer qu'il ne constitue plus un danger pour lui-même ou pour le public. Il fallait donc faire un choix et, à moins que le groupe de soutien du demandeur ne s'assure qu'il reçoit l'aide requise pour qu'il ne soit plus un danger pour le public, ce choix devra être fait à nouveau.

[81] Je ne crois pas qu'en l'espèce le commissaire a soupesé les principes de justice fondamentale de façon adéquate. Je crois aussi, notamment au vu de l'arrêt *Suresh*, précité, et des droits garantis au demandeur par l'article 7 de la Charte, qu'il faut revenir sur cette question. Je n'accepte toutefois pas l'argument de l'avocat du demandeur voulant que si la bonne procédure est suivie il n'y a qu'un résultat possible. Dans tous les aspects de la présente affaire, la sécurité du public doit demeurer une question importante dans la mesure où le demandeur peut refuser tout traitement et obtenir sa liberté de mouvement. Le défendeur soutient qu'on a soupesé tous les facteurs adéquatement, mais je ne suis pas à l'aise avec une conclusion qui se lit comme suit: «Je ne suis pas persuadé, selon la prépondérance des probabilités, que les conditions dans les rues de la Jamaïque sont telles que les difficultés auxquelles ferait face l'appellant seraient nettement pires que celles qu'il vit au Canada.» Cette conclusion me semble arbitraire au vu de la preuve présentée au commissaire au sujet de la situation qui est celle des malades mentaux en Jamaïque, par rapport au soutien qui est accordé au demandeur au Canada. Le demandeur est un être humain extrêmement vulnérable. Il ne peut prendre soin de lui-même. Selon moi, il est clair qu'il est dans une meilleure situation au Canada. Il reste toujours à déterminer si, au vu de la pondération de ces considérations avec le danger posé pour les tiers, la mesure de renvoi respecte les principes de justice fondamentale. Mais on ne devrait pas négliger cette question en prétendant que la situation qui attend le

Did the Appeal Board err in law in concluding that it did not have jurisdiction to order the applicant detained until such a time as he obtained the necessary treatment?

[82] The applicant submits that the Appeal Division unduly fettered its discretion when it concluded that it did not have the jurisdiction to order him detained and to impose conditions that would adequately protect the public. The Appeal Division noted that it considered the imposition of these conditions but concluded it did not have the jurisdiction to act in the way suggested by the applicant. However, it is submitted that, in reaching this conclusion, the Appeal Division interpreted its powers on granting a stay in an unduly restrictive manner. This appeal was decided under the former *Immigration Act*. The power to impose terms and conditions is set out in subsection 74(2) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] of the former Act, a provision similar to that contained in *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] IRPA:

74. . . .

(2) Where the Appeal Division disposes of an appeal by directing that execution of a removal order or conditional removal order be stayed, the person concerned shall be allowed to come into or remain in Canada under such terms and conditions as the Appeal Division may determine and the Appeal Division shall review the case from time to time as it considers necessary or advisable.

[83] The applicant submits that there is nothing in the wording of this section that would restrict the Appeal Division's power to impose conditions when granting a stay. The power is to grant such terms and conditions as it "may determine". The Appeal Division is vested with all the powers of a court of record and there is nothing in the wording of this section to prevent it from ordering the applicant's detention until such time as he is certified by a psychiatrist as not being a danger to the public. Moreover, the applicant argues that the *dicta* of the Supreme Court of Canada in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84 are instructive of the scope of the Appeal Division's

demandeur en Jamaïque n'est pas nettement pire que celle qu'il vit au Canada.

La section d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant qu'elle n'avait pas compétence pour ordonner que le demandeur soit incarcéré jusqu'à ce qu'il ait obtenu les traitements nécessaires?

[82] Le demandeur soutient que la section d'appel a indûment entravé son pouvoir discrétionnaire en arrivant à la conclusion qu'elle n'avait pas la compétence d'ordonner sa détention ou d'imposer des conditions qui protégeraient le public. La section d'appel a déclaré avoir examiné l'imposition de telles conditions, mais elle a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour agir comme le demandeur le désirait. L'on soutient qu'en arrivant à cette conclusion, la section d'appel a interprété de façon indûment restrictive sa compétence d'accorder un sursis d'exécution. Cet appel a été tranché en vertu de l'ancienne *Loi sur l'immigration*. La compétence de fixer des conditions est prévue au paragraphe 74(2) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18] de l'ancienne Loi, une disposition semblable à celle que l'on trouve maintenant dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (L.C. 2001, ch. 27) LIPR:

74. [. . .]

(2) En cas de sursis d'exécution de la mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel, l'appelant est autorisé à entrer ou à demeurer au Canada aux éventuelles conditions fixées par la section d'appel. Celle-ci réexamine le cas en tant que de besoin.

[83] Le demandeur soutient que rien dans la formulation de ce texte ne vient limiter la compétence de la section d'appel d'imposer des conditions à l'octroi d'un sursis d'exécution. La compétence d'octroyer un sursis d'exécution est accordée aux conditions «fixées par la section d'appel». La section d'appel a toutes les compétences d'une cour d'archives et rien dans la formulation de ce texte ne l'empêche d'ordonner que le demandeur soit maintenu sous garde jusqu'à ce qu'un psychiatre certifie qu'il n'est plus un danger pour le public. De plus, le demandeur soutient que les *dicta* de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002]

jurisdiction in this regard [at paragraphs 46-47]:

Parliament has structured the I.A.D. to provide robust procedural guarantees to individuals who come before it and to provide a significant degree of administrative flexibility to I.A.D. board members and staff. The I.A.D. is a court of record (s. 69.4(1)) with broad powers to summons and examine witnesses, order the production of documents, and enforce its orders (s. 69.4(3)). A removal order appeal is essentially a hearing *de novo*, as evidence can be received that was not available at the time the removal order was made. The I.A.D. has liberal rules of evidence, and may “receive such additional evidence as it may consider credible or trustworthy and necessary for dealing with the subject-matter before it” (s. 69.4(3)(c)). Written reasons must be provided for the disposition of an appeal under ss. 70 or 71 when such reasons are requested by either of the parties to the appeal (s. 69.4(5)). As with the statutory stay, Parliament has not provided similar procedural guarantees for decisions by the Minister.

Furthermore, the remedial powers of the I.A.D. are very flexible. Pursuant to s. 73(1) of the Act, the I.A.D. can dispose of an appeal made pursuant to s. 70 in three ways: by allowing it; by dismissing it; or, if exercising its equitable jurisdiction under ss. 70(1)(b) or 70(3)(b), by directing that execution of the order be stayed. When a removal order is quashed, the I.A.D. has the power to make any other removal order or conditional removal order that should have been made (s. 74(1)). When a removal order is stayed, the I.A.D. may impose any terms and conditions it deems appropriate, and review the case from time to time as it considers necessary (s. 74(2)). Stays may be cancelled or amended by the I.A.D. at any time (s. 74(3)). When a stay is cancelled, the appeal must be either dismissed or allowed, although the I.A.D. retains its powers under s. 74(1) to substitute a different removal order. [Underlining in original.]

[84] The applicant submits that, given these *dicta*, the Appeal Division clearly erred in concluding that, when granting a stay, its jurisdiction prevented it from ordering the continued detention of the applicant.

[85] In reply, the respondent argues that imposing a term and condition in order to grant the applicant a stay of execution of the deportation order is, in effect, to grant the applicant a reprieve from removal. If the applicant chooses to violate the terms and conditions of the stay, the Appeal Division can use the violation as a

1 R.C.S. 84, permettent de mieux comprendre l'étendue de la compétence de la section d'appel à ce sujet [aux paragraphes 46 et 47]:

Le législateur a structuré la S.A.I. de manière à fournir de solides garanties procédurales aux individus qui se présentent devant elle ainsi qu'une grande latitude administrative aux commissaires et au personnel. La S.A.I. est une cour d'archives (par. 69.4(1)) jouissant de vastes pouvoirs de citer des témoins à comparaître et de les interroger, d'ordonner la production de documents, et de faire exécuter ses ordonnances (par. 69.4(3)). L'appel d'une mesure de renvoi est essentiellement une audience *de novo* car on peut y présenter des preuves qui n'étaient pas disponibles au moment de la prise de la mesure de renvoi. La S.A.I. a des règles de preuve souples et peut «recevoir [...] les éléments de preuve supplémentaires qu'elle estime utiles, crédibles et dignes de foi» (al. 69.4(3)c)). Les motifs écrits de la décision relative à un appel en vertu de l'art. 70 ou 71 doivent être fournis lorsqu'ils sont demandés par l'une des parties à l'appel (par. 69.4(5)). Comme en matière de sursis, le législateur n'a pas prévu des garanties procédurales semblables pour les décisions du ministre.

En outre, les pouvoirs de réparation de la S.A.I. sont très souples. En vertu du par. 73(1) de la Loi, la S.A.I. peut statuer sur un appel interjeté en vertu de l'art. 70 de trois façons: en l'accueillant; en le rejetant; ou en exerçant sa compétence d'équité en vertu des al. 70(1)b) et 70(3)b) pour ordonner le sursis à l'exécution de la mesure. Lorsqu'une mesure de renvoi est annulée, la S.A.I. a le pouvoir de prendre toute autre mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel qui aurait dû être prise (par. 74(1)). Lorsqu'une mesure de renvoi est suspendue, la S.A.I. peut imposer les conditions qu'elle estime appropriées et réexaminer le cas de temps en temps selon ce qu'elle juge nécessaire (par. 74(2)). La S.A.I. peut annuler ou modifier un sursis à tout moment (par. 74(3)). Lorsque le sursis est annulé, l'appel doit être rejeté ou accueilli, mais la S.A.I. conserve son pouvoir en vertu du par. 74(1) de remplacer la mesure de renvoi par une autre. [Soulignement dans l'original.]

[84] Le demandeur soutient qu'au vu de ces *dicta*, la section d'appel a clairement commis une erreur en arrivant à la conclusion que sa compétence d'octroyer un sursis d'exécution ne l'autorisait pas à ordonner le maintien sans garde du demandeur.

[85] En réponse, le défendeur soutient que le fait d'imposer une condition à l'octroi d'un sursis d'exécution de la mesure de renvoi du demandeur a pour effet de retarder son renvoi. Si le demandeur décide d'enfreindre les conditions de son sursis d'exécution, la section d'appel peut utiliser ce fait comme un facteur

factor in whether it chooses to exercise its discretion in the applicant's favour. If a "condition" of a stay is mandatory detention, this is not a condition at all, but is tantamount to being a term of potentially indefinite imprisonment. The respondent's position is that Parliament specifically repealed the Appeal Division's jurisdiction to detain, or even supervise detention orders as a result of various amendments from 1976 through 1992. The respondent submits that the Appeal Division no longer has any authority regarding detention of appellants so that the applicant's arguments are simply misplaced.

[86] From 1992 to June 28, 2002 (when the *Immigration Act* was superceded by the IRPA), the jurisdiction to detain was contained in section 103 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 27; S.C. 1992, c. 49, s. 94; 1995, c. 15, s. 19] of the *Immigration Act*, an extraordinary power to be exercised by senior immigration officers and adjudicators alone.

[87] The respondent argues that the applicant is wrong in suggesting that subsection 74(2) of the former *Immigration Act* conferred upon the Appeal Division the jurisdiction to detain the applicant. The respondent contends that there was no statutory authority under subsection 74(2) to permit the Appeal Division to order a person detained as a "term and condition" where a stay of execution of a removal order was granted pursuant to subsection 74(1).

[88] The respondent contends that under the former *Immigration Act*, the extraordinary power to detain an individual (on an ongoing basis) was granted to adjudicators under subsection 103(3) where there was explicit statutory authority, and not subsection 74(2), which merely spoke of ordinary "terms and conditions":

103. . . .

(3) Where an inquiry is to be held or is to be continued with respect to a person or a removal order or conditional removal order has been made against a person, an adjudicator may make an order for

dans sa décision d'exercer ou non son pouvoir discrétionnaire en faveur du demandeur. Si le maintien en détention fait partie des «conditions», il ne s'agit alors pas d'une condition mais plutôt d'une sentence d'emprisonnement qui pourrait être indéfinie. Le point de vue du défendeur est que le législateur a spécifiquement révoqué la compétence de la section d'appel d'ordonner la détention, ou même de surveiller l'application des ordonnances de détention, par suite de diverses modifications adoptées de 1976 à 1992. Le défendeur soutient que la section d'appel n'a plus aucune compétence pour ordonner la détention des demandeurs, ce qui fait que les arguments du demandeur ne sont pas pertinents.

[86] De 1992 jusqu'au 28 juin 2002 (date à laquelle l'ancienne *Loi sur l'immigration* a été remplacée par la LIPR), la compétence d'ordonner la détention était prévue à l'article 103 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 27; L.C. 1992, ch. 49, art. 94; 1995, ch. 15, art. 19] de la *Loi sur l'immigration*. Seuls les agents supérieurs de l'immigration et les arbitres pouvaient exercer ce pouvoir extraordinaire.

[87] Le défendeur soutient que le demandeur est dans l'erreur lorsqu'il prétend que le paragraphe 74(2) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* accordait à la section d'appel la compétence d'ordonner la détention du demandeur. Le défendeur soutient qu'il n'y a aucune autorisation du législateur dans le paragraphe 74(2) qui permettrait à la section d'appel d'ordonner la détention comme une des «conditions» d'octroi d'un sursis d'exécution en vertu du paragraphe 74(1).

[88] Le défendeur soutient qu'en vertu de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, le pouvoir extraordinaire d'ordonner qu'une personne soit mise en détention de façon continue a été accordé aux arbitres de façon explicite en vertu du paragraphe 103(3) et non par le paragraphe 74(2), où il n'est question que de «conditions» générales:

103. [. . .]

(3) Dans le cas d'une personne devant faire l'objet d'une enquête ou d'une enquête complémentaire ou frappée par une mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel, l'arbitre peut ordonner:

(a) the release from detention of the person, subject to such terms and conditions as the adjudicator deems appropriate in the circumstances, including the payment of a security deposit or the posting of a performance bond;

(b) the detention of the person where, in the opinion of the adjudicator, the person is likely to pose a danger to the public or is not likely to appear for the inquiry or its continuation or for removal from Canada; or

(c) the imposition of such terms and conditions as the adjudicator deems appropriate in the circumstances, including the payment of a security deposit or the posting of a performance bond.

[89] The respondent further contends that explicit procedural protections governing ongoing detention under subsection 103(3) were contained in subsection 103(6) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 94; 1995, c. 15, s. 19], which required that the reasons for detention be reviewed by an adjudicator on a regular basis. Subsection 103(6) contained no authority for adjudicators to detain any person, including psychiatric patients, for their own protection:

103. . . .

(6) Where any person is detained pursuant to this Act for an examination, inquiry or removal and the examination, inquiry or removal does not take place within forty-eight hours after that person is first placed in detention, or where a decision has not been made pursuant to subsection 27(4) within that period, that person shall be brought before an adjudicator forthwith and the reasons for the continued detention shall be reviewed, and thereafter that person shall be brought before an adjudicator at least once during the seven days immediately following the expiration of the forty-eight hour period and thereafter at least once during each thirty day period following each previous review, at which times the reasons for continued detention shall be reviewed.

[90] The respondent submits that fundamental principles of statutory interpretation would militate against an interpretation of subsection 74(2) of the *Immigration Act* that would confer extraordinary power to detain an individual where there is no explicit statutory authority for it nor any procedural protections as contained in section 103.

a) soit de la mettre en liberté, aux conditions qu'il juge indiquées en l'espèce, notamment la fourniture d'un cautionnement ou d'une garantie de bonne exécution;

b) soit de la faire garder, s'il croit qu'elle constitue vraisemblablement une menace pour la sécurité publique ou qu'à défaut de cette mesure, elle se dérobera vraisemblablement à l'enquête ou à sa reprise ou n'obtempérera pas à la mesure de renvoi;

c) soit de fixer les conditions qu'il juge indiquées en l'espèce, notamment la fourniture d'un cautionnement ou d'une garantie de bonne exécution.

[89] Le défendeur soutient de plus que la détention en vertu du paragraphe 103(3) est assortie de garanties procédurales explicites au paragraphe 103(6) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 94; 1995, ch. 15, art. 19], texte qui exige qu'un arbitre examine les motifs de garde à intervalles réguliers. Le paragraphe 103(6) n'accorde aucune compétence aux arbitres de mettre une personne (ce qui comprend un malade mental) en détention pour sa propre protection:

103. [. . .]

(6) Si l'interrogatoire, l'enquête ou le renvoi aux fins desquels il est gardé n'ont pas lieu dans les quarante-huit heures, ou si la décision n'est pas prise aux termes du paragraphe 27(4) dans ce délai, l'intéressé est amené, dès l'expiration de ce délai, devant un arbitre pour examen des motifs qui pourraient justifier une prolongation de sa garde; par la suite, il comparaît devant un arbitre aux mêmes fins au moins une fois:

a) dans la période de sept jours qui suit l'expiration de ce délai;

b) tous les trente jours après l'examen effectué pendant cette période.

[90] Le défendeur soutient que les principes fondamentaux d'interprétation des lois militent contre une interprétation du paragraphe 74(2) de la *Loi sur l'immigration* qui accorderait un pouvoir extraordinaire de mettre une personne en détention, en l'absence d'une disposition législative expresse et de garanties procédurales comme celles que l'on trouve à l'article 103.

[91] The respondent contends that the applicant appears to be arguing that the Appeal Division had the jurisdiction to order “indefinite detention” of the applicant pending a highly speculative course of treatment to cure his schizophrenic condition.

[92] The respondent submits that Rothstein J. in *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214 (T.D.) cautioned against there being authority under the *Immigration Act* to indefinitely detain a person. Immigration detention is an extraordinary restraint and should not be indefinite. Rothstein J. enumerated a non-exhaustive list of criteria for adjudicators to consider when considering detention under subsection 103(6) of the *Immigration Act*. None of these criteria, enumerated at page 231, suggest the power to order someone detained to obtain psychiatric treatment or for their protection:

(1) Reasons for the detention, i.e. is the applicant considered a danger to the public or is there a concern that he would not appear for removal. I would think that there is a stronger case for continuing a long detention when an individual is considered a danger to the public.

(2) Length of time in detention and length of time detention will likely continue. If an individual has been held in detention for some time as in the case at bar, and a further lengthy detention is anticipated, or if future detention time cannot be ascertained, I would think that these facts would tend to favour release.

(3) Has the applicant or the respondent caused any delay or has either not been as diligent as reasonably possible. Unexplained delay and even unexplained lack of diligence should count against the offending party.

(4) The availability, effectiveness and appropriateness of alternatives to detention such as outright release, bail bond, periodic reporting, confinement to a particular location or geographic area, the requirement to report changes of address or telephone numbers, detention in a form that could be less restrictive to the individual, etc.

[91] Le défendeur soutient que le demandeur semble prétendre que la section d’appel a la compétence d’ordonner la détention du demandeur pour une «période indéfinie», savoir jusqu’à ce qu’il suive un traitement aléatoire pour guérir sa schizophrénie.

[92] Le défendeur soutient que dans *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1^{re} inst.), le juge Rothstein a indiqué qu’il n’y avait pas de disposition dans la *Loi sur l’immigration* qui permettait de prolonger indéfiniment la détention d’une personne. La détention d’immigration est une contrainte extraordinaire et elle ne devrait pas être pour une période indéfinie. Le juge Rothstein a fait une liste non exhaustive des facteurs que les arbitres devraient prendre en considération lorsqu’ils examinent la possibilité d’ordonner la mise en détention en vertu du paragraphe 103(6) de la *Loi sur l’immigration*. Ces critères, qui sont énumérés à la page 231 de la décision, n’indiquent aucunement l’existence d’une compétence d’ordonner la détention d’une personne pour sa propre protection ou pour qu’elle puisse recevoir un traitement psychiatrique:

(1) Les motifs de détention, savoir si le requérant peut constituer une menace pour la sécurité publique ou peut se dérober à la mesure de renvoi. À mon avis, une longue détention est d’autant justifiable que l’intéressé est considéré comme une menace pour la sécurité publique.

(2) La durée de la détention et le temps pendant lequel la détention sera vraisemblablement prolongée. Si l’individu a été déjà détenu pendant un certain temps comme en l’espèce et s’il est prévu que la détention sera prolongée pour une longue période ou si on ne peut en prévoir la durée, je dirais que ces facteurs favorisent la mise en liberté.

(3) Le requérant ou l’intimé a-t-il causé un retard ou ne s’est-il pas montré aussi diligent qu’il est raisonnablement possible de l’être? Les retards inexpliqués ou même le manque inexpliqué de diligence doivent compter contre la partie qui en est responsable.

(4) La disponibilité, l’efficacité et l’opportunité d’autres solutions que la détention, telles que la mise en liberté, la liberté sous caution, la comparution au contrôle périodique, la résidence surveillée dans un lieu ou une localité, l’obligation de signaler les changements d’adresse ou de numéro de téléphone, la détention sous une forme moins restrictive de liberté, etc.

[93] The respondent contends that if this Court accepts the applicant's argument, subsection 74(2) of the *Immigration Act* could provide the Appeal Division with the authority to indefinitely detain persons to receive psychiatric treatment at its pleasure with none of the protections mandated by statute nor jurisprudence. The respondent submits that this would be contrary to the clear legislative intent of Parliament to carefully circumscribe the extraordinary power to detain by the protective mechanism contained in subsection 103(6) of the *Immigration Act*.

[94] The respondent concludes that the Appeal Division correctly held that detention of the mentally ill falls within provincial authority, such as under the Ontario *Mental Health Act* [R.S.O. 1990, c. M. 7]. The Federal *Immigration Act* contains no authority for the Appeal Division to order an indefinite psychiatric detention.

[95] I agree with the respondent's interpretation of the Appeal Board's powers of detention.

[96] I have not been able to identify any previous applications of subsection 74(2) of the *Immigration Act* that support the applicant's argument in this case that it could be used to support the Appeal Division's discretionary powers relating to the granting of detention orders in the way suggested by the applicant. The rules of statutory interpretation obligate me to consider the more specifically applicable provision in the *Immigration Act* to be the appropriate provision to apply in this case.

[97] Neither subsection 103(3) or 103(6) of the *Immigration Act* describe any sort of circumstances that would approximate to those of the applicant, wherein the person subject to detention is being detained for their own benefit. As the respondent argues, this could arguably lead to indefinite detention. It is possible that Parliament did not anticipate circumstances such as those faced by the applicant, but it would be dangerous for the Appeal Division or this Court to confer such a broad jurisdiction on the Appeal Division in relation to

[93] Le défendeur soutient que si la Cour accepte l'argument du demandeur, le paragraphe 74(2) de la *Loi sur l'immigration* pourrait autoriser la section d'appel à maintenir indéfiniment une personne en détention pour qu'elle reçoive des traitements psychiatriques, le tout sans aucune des protections prévues par la législation et la jurisprudence. Le défendeur soutient que ceci serait contraire à l'intention claire du législateur d'utiliser les protections prévues au paragraphe 103(6) de la *Loi sur l'immigration* pour circonscrire avec soin le pouvoir extraordinaire d'ordonner la détention d'une personne.

[94] Le défendeur conclut son argument en disant que c'est avec raison que la section d'appel a conclu que la détention des malades mentaux est de compétence provinciale, notamment en vertu de la *Loi sur la santé mentale* [L.R.O. 1990, ch. M. 7] de l'Ontario. La *Loi sur l'immigration* fédérale ne contient aucun octroi de compétence à la section d'appel d'ordonner une détention indéfinie à des fins psychiatriques.

[95] Je partage l'avis du défendeur quant à l'interprétation de la compétence de la section d'appel en matière de détention.

[96] Je n'ai trouvé aucune utilisation antérieure du paragraphe 74(2) de la *Loi sur l'immigration* qui viendrait appuyer le point de vue du demandeur en l'espèce, savoir qu'on pourrait l'utiliser pour accorder à la section d'appel une compétence discrétionnaire en matière d'ordonnances de détention qui correspondrait à ce que réclame le demandeur. Les règles d'interprétation des lois font que je suis tenu d'utiliser la disposition législative plus spécifique de la *Loi sur l'immigration*, qui est la disposition appropriée en l'espèce.

[97] On ne trouve dans les paragraphes 103(3) et 103(6) de la *Loi sur l'immigration* rien qui ressemblerait aux circonstances de l'espèce, savoir la situation où une personne serait mise en détention pour sa propre protection. Comme le soutient le défendeur, on pourrait prétendre que ceci mènerait à une détention indéfinie. Il est possible que le législateur n'ait pas envisagé les circonstances auxquelles le demandeur fait face, mais il serait dangereux que la section d'appel ou notre Cour confère une compétence aussi large en matière de

detention. Subsection 103(6) of the *Immigration Act* provides important procedural protections when the examination, inquiry, or removal of a person cannot take place promptly. The Appeal Division would surely be overstepping its jurisdiction in setting terms and conditions that implicate a provincial statute and/or provincial agencies without the requisite statutory authorization.

[98] Even though a limited detention may benefit the applicant in this case and may be possible under subsection 74(2), I find that the Appeal Division did not err in law in determining that it did not have jurisdiction to order the applicant detained until such a time as he obtained the necessary treatment.

Did the Appeal Division err in law in the manner in which it exercised its jurisdiction in this case?

[99] Finally, the applicant submits that the Appeal Division erred in the exercise of its discretion by concluding that, although conditions in Jamaica were not as good as they were in Canada, the applicant would obtain treatment. The Appeal Division addressed this issue as follows [at paragraph 15]:

Having regard to all the evidence presented, I am persuaded, on a balance of probabilities, that conditions for the mentally ill in prisons, hospitals and on the streets of Jamaica are worse than those existing in Canada. The appellant has endured hardship on the streets in Canada. I am not persuaded, on a balance of probabilities, that the conditions on streets of Jamaica are such that the hardship faced by the appellant would be significantly worse than that he faced in Canada.

[100] The applicant submits that, in making this finding, the Appeal Division ignored and indeed did not even mention all of the significant evidence related to country conditions that clearly established the applicant's life and security would be placed at risk in Jamaica. The Appeal Division ignored the fact that there was now a psychiatrist committed to caring for the applicant, that the psychiatrist had developed a treatment plan, that he

détention à la section d'appel. Le paragraphe 103(6) de la *Loi sur l'immigration* comporte des garanties procédurales importantes lorsque l'interrogatoire, l'enquête ou le renvoi de l'intéressé ne peuvent avoir lieu rapidement. Il est clair que la section d'appel outrepasserait sa compétence en prévoyant des conditions qui supposent l'application d'une loi provinciale ou l'intervention d'organismes provinciaux, sans que le législateur ne l'y ait autorisé.

[98] Même si la détention pendant une période limitée pourrait être à l'avantage du demandeur en l'espèce, ainsi que possible en vertu du paragraphe 74(2), je conclus que la section d'appel n'a pas commis une erreur de droit en décidant qu'elle n'avait pas compétence pour ordonner que le demandeur soit maintenu en détention jusqu'à ce qu'il obtienne les traitements nécessaires.

La section d'appel a-t-elle commis une erreur de droit par la façon dont elle a exercé sa compétence en l'espèce?

[99] Finalement, le demandeur soutient que la section d'appel a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en concluant que même si les conditions en Jamaïque n'étaient pas aussi bonnes que celles qui existent au Canada le demandeur pourrait y être traité. La section d'appel a déclaré ceci au sujet de cette question [au paragraphe 15]:

Eu égard à l'ensemble de la preuve présentée, je suis persuadé que, selon la prépondérance des probabilités, les conditions réservées aux personnes atteintes de maladies mentales dans les prisons, les hôpitaux et les rues de la Jamaïque sont pires que celles qui existent au Canada. L'appellant a éprouvé des difficultés dans les rues du Canada. Je ne suis pas persuadé, selon la prépondérance des probabilités, que les conditions dans les rues de la Jamaïque sont telles que les difficultés auxquelles ferait face l'appellant seraient nettement pires que celles qu'il vit au Canada.

[100] Le demandeur soutient qu'en arrivant à cette conclusion, la section d'appel n'a pas tenu compte et n'a même pas mentionné toute la preuve importante liée aux conditions en Jamaïque qui démontrait clairement qu'il y aurait des risques pour la vie et la sécurité de la personne du demandeur en Jamaïque. La section d'appel n'a pas tenu compte du fait qu'il y avait maintenant un psychiatre chargé de traiter le demandeur, que ce

stated the applicant had committed to obtain the treatment, that there were new drugs available in Canada and that, within a year of treatment, there was a higher than 50 percent chance that the applicant would be able to function effectively in a halfway house. The Appeal Division concluded that there was a chance that the applicant would be allowed to go out in public and would pose a public risk. In making that finding, the applicant says the Appeal Division ignored the evidence of Dr. Hassan who said he would certify the applicant if his condition remained as it was, i.e. if he was still a danger to himself and others. Dr. Hassan made it clear that the applicant had been neglected by the mental health system in the past and that his criminality was the product of inadequate treatment. By concluding that there would not, in effect, be any difference if the applicant were deported, the Appeal Division ignored the evidence of terrible conditions in Jamaica and ignored the evidence of potential treatment in Canada. The applicant submits that by suggesting that he “wouldn’t know the difference,” the Appeal Division displayed a lack of understanding of the situation of the mentally ill. The Appeal Division appears to suggest that, because the applicant is mentally ill, he doesn’t feel anything, so that, wherever he is, he will not be in a materially different position. It is submitted that there was no evidence to suggest that, if the applicant were in detention in Jamaica, in circumstances where he was subject to physical and sexual abuse, he would not suffer from abuse. The applicant submits that this finding is patently unreasonable.

[101] In reply, the respondent submits that the Appeal Division’s decision was reasonable and was made with regard to the evidence before it.

[102] The respondent points out that, contrary to the assertions of the applicant, Dr. Hassan never undertook to certify the applicant for involuntary admission. Dr. Hassan spoke of hypothetical situations and specifically indicated that he would not be the doctor who would look after the applicant in the event that he was

psychiatre avait préparé un régime de traitement, qu’il avait déclaré que le demandeur s’était engagé à suivre le traitement, qu’on trouvait maintenant de nouveaux médicaments au Canada et que, dans l’année du traitement, les probabilités étaient de plus de 50 p. 100 que le demandeur pourrait se débrouiller efficacement dans une maison de transition. La section d’appel a conclu qu’il y avait un risque que le demandeur soit autorisé à sortir et qu’il pose un danger pour le public. Le demandeur déclare qu’en arrivant à cette conclusion, la section d’appel n’a pas tenu compte du témoignage du D^r Hassan qui a déclaré qu’il signerait pour obtenir l’admission involontaire du demandeur si sa condition ne changeait pas, c’est-à-dire s’il était toujours un danger pour lui-même et pour les autres. Le D^r Hassan a clairement indiqué que le demandeur n’avait pas reçu l’attention nécessaire du régime de santé mentale par le passé et que ses actes criminels étaient dus à un traitement inadéquat. En concluant que le demandeur ne serait pas dans une situation différente s’il était expulsé, la section d’appel n’a pas tenu compte de la preuve des conditions épouvantables qui existent en Jamaïque, non plus que de la preuve qui porte sur le traitement potentiel au Canada. Le demandeur soutient qu’en suggérant qu’il ne serait pas conscient de la différence, la section d’appel a démontré qu’elle ne comprenait pas la situation des malades mentaux. La section d’appel semble croire que parce que le demandeur est un malade mental il ne ressent rien, ce qui fait que sa situation ne serait pas très différente quel que soit l’endroit où il se trouve. L’on soutient que rien dans la preuve ne vient indiquer que si le demandeur était détenu en Jamaïque, dans des circonstances où il serait soumis à des sévices ou à des abus sexuels, il n’en souffrirait pas. Le demandeur soutient que cette conclusion est manifestement déraisonnable.

[101] En réponse, le défendeur soutient que la décision de la section d’appel était raisonnable et qu’elle tenait compte de la preuve qui lui était présentée.

[102] Le défendeur soutient que, contrairement aux assertions du demandeur, le D^r Hassan ne s’est jamais engagé à commettre le demandeur dans un hôpital contre son gré. Le D^r Hassan a parlé de situations hypothétiques et il a spécifiquement dit qu’il ne serait pas chargé des soins au demandeur si celui-ci était hospitalisé contre son

involuntarily admitted to a facility. Dr. Hassan indicated that if the applicant were released from detention he would have the authority to assess the applicant, but there were no guarantees. Dr. Hassan had made no attempt to have the applicant certified and placed in protective psychiatric detention and considered that immigration detention was sufficient to prevent the applicant hurting himself and others. Dr. Hassan also stated that if the applicant voluntarily went to hospital he could not be forcibly confined and would be at liberty as a patient. Were the applicant not forcibly confined it would be up to the applicant to show up for his medication. Dr. Hassan indicated there was a risk that the applicant would disappear onto the streets and fail to take the suggested medication.

[103] The respondent submits that the Appeal Division was sensitive to the applicant's specific situation as a mentally ill person. The applicant has previously demonstrated that he will refuse to take medication and will walk away from hospitals and live on the streets when he is not in immigration detention pending his deportation. There is no guarantee that the applicant will be forcibly detained in a psychiatric facility or that he will respond to, or even take, medication that might alleviate some of his psychotic tendencies. The applicant views his very supportive Canadian family as a threat. It was open to the Appeal Division to determine that, with no guarantees that the applicant can be forcibly treated in Canada, and using his past behaviour as an indicator, if the applicant is not deported to Jamaica, he may very well end up on the streets in Canada. His symptoms might be alleviated by new medication, but there is no evidence he will be permanently cured.

[104] With regret, the respondent submits that no amount of sensitive balancing will assure the safety of the Canadian public or the amelioration of the applicant's suffering. The treatment course suggested by the applicant's witness was based upon speculation. There was no assurance that the applicant would be willing and able to comply with any of the terms

gré. Le D' Hassan a déclaré que si le demandeur était libéré il pourrait évaluer son cas, mais il n'a offert aucune garantie. Le D' Hassan n'a pris aucune mesure pour faire placer le demandeur en détention psychiatrique contre son gré et pour sa propre protection, considérant que la détention en matière d'immigration suffisait à empêcher le demandeur de se faire violence à lui-même ou de faire violence à d'autres. Le D' Hassan a aussi déclaré que si le demandeur sollicitait volontairement son hospitalisation on ne pouvait le garder contre son gré et qu'en sa qualité de patient, il était tout à fait possible qu'il quitte l'hôpital. Si le demandeur n'était pas hospitalisé contre son gré, il déciderait lui-même s'il prend ses médicaments ou non. Le D' Hassan a indiqué qu'il y avait un risque que le demandeur disparaisse et qu'il ne prenne pas les médicaments prescrits.

[103] Le défendeur soutient que la section d'appel a tenu compte de la situation spécifique du demandeur en tant que malade mental. Le demandeur a fait la démonstration par le passé qu'il peut tout à fait refuser de prendre ses médicaments et quitter l'hôpital pour vivre dans la rue, lorsqu'il n'est pas détenu par l'immigration en attente de son expulsion. Il n'y a aucune garantie qu'un hôpital psychiatrique détienne le demandeur contre son gré ou qu'il réagisse aux médicaments qui pourraient diminuer certaines de ses tendances psychotiques, ou même qu'il les prendrait. Le demandeur considère sa famille canadienne, qui lui accorde un appui important, comme une menace. La section d'appel pouvait tout à fait conclure qu'en l'absence de garantie que le demandeur pouvait être traité même contre son gré au Canada, et au vu de son comportement passé, le demandeur pouvait tout à fait se retrouver dans la rue au Canada s'il n'était pas renvoyé en Jamaïque. Il se peut que ses symptômes soient diminués par de nouveaux médicaments, mais rien dans la preuve ne démontre qu'il sera vraiment guéri.

[104] C'est à regret que le défendeur soutient qu'il n'est pas possible de trouver un équilibre qui assure la sécurité des Canadiens ou l'amélioration de l'état du demandeur. Le régime de traitement présenté par le témoin du demandeur est fondé sur des spéculations. Il n'y a aucune garantie que le demandeur serait disposé à respecter les conditions mentionnées, ou même qu'il en

suggested, and it is not within the Appeal Division's jurisdiction to impose psychiatric detention or forcible psychiatric treatment.

[105] The respondent submits it was open to the Appeal Division to conclude that there was insufficient evidence presented by the applicant to the Appeal Division to make an informed decision on the situation of street people in Canada *vis-à-vis* those in Jamaica. The applicant failed to discharge his onus of presenting evidence of harm suffered by psychiatric patients in Canada, either in institutions or on the streets, to enable the Appeal Division to contextualize the documentary evidence concerning the mistreatment of psychiatric patients or homeless people in Jamaica. Unfortunately, the mistreatment of homeless people, including murder, is not unknown in Canada. Ultimately the applicant's dispute is with the probative value or weight accorded by the Appeal Division in assessing the documentary evidence in light of all of the circumstances of the applicant's case. The respondent submits that such a dispute regarding evidentiary weight does not warrant intervention by this Court.

[106] I have already indicated that the Appeal Division failed to address the applicant's section 7 Charter rights, the implications of *Suresh, supra*, and the appropriate fundamental justice balance for the case before it.

[107] I have also indicated that I believe the member was perverse in his conclusions that the hardships faced by the applicant in Jamaica would not be significantly worse than he faced in Canada where the applicant has a support group and the possibility of treatment.

[108] In this sense, then, I believe the Appeal Division did err in law in the manner in which it exercised its jurisdiction.

[109] I do, however, consider it is incumbent upon the applicant and his supporters to demonstrate that he will

serait capable. De plus, la section d'appel n'a pas compétence pour ordonner la détention à des fins psychiatriques, non plus qu'un traitement psychiatrique administré contre la volonté du demandeur.

[105] Le défendeur soutient que la section d'appel pouvait tout à fait conclure que la preuve présentée par le demandeur ne lui permettait pas d'arriver à une conclusion correcte au sujet de la situation des personnes qui vivent dans la rue au Canada par rapport à celles qui sont dans la même situation en Jamaïque. Le demandeur ne s'est pas acquitté de son fardeau de présenter une preuve au sujet des préjudices subis par les patients psychiatriques au Canada, qu'ils soient dans des établissements ou dans la rue, qui aurait permis à la section d'appel de placer dans son contexte la preuve documentaire au sujet des mauvais traitements infligés aux patients psychiatriques ou aux personnes sans domicile fixe en Jamaïque. Malheureusement, les mauvais traitements infligés aux personnes sans domicile fixe, qui peuvent aller jusqu'à l'assassinat, existent au Canada. En définitive, ce que le demandeur conteste est la valeur probante accordée par la section d'appel dans l'évaluation de la preuve documentaire au vu de toutes les circonstances de l'affaire du demandeur. Le défendeur soutient qu'une telle contestation de la valeur probante ne justifie pas l'intervention de notre Cour.

[106] J'ai déjà dit qu'en évaluant le dossier, la section d'appel n'a pas tenu compte des droits du demandeur en vertu de l'article 7 de la Charte, non plus que des implications de l'arrêt *Suresh*, précité, et de l'équilibre de la justice fondamentale.

[107] J'ai aussi dit que je considérais arbitraires les conclusions du commissaire voulant que les difficultés auxquelles le demandeur serait confronté en Jamaïque ne seraient pas nettement pires que celles qu'il vit au Canada, où il reçoit du soutien et où il existe une possibilité de traitement.

[108] C'est donc en ce sens que je suis d'avis que la section d'appel a commis une erreur de droit dans la façon dont elle a exercé sa compétence.

[109] Toutefois, je considère que le demandeur et les personnes qui l'appuient sont tenus de démontrer qu'il

be taken care of in such a way that he will not pose a danger to the Canadian public. He has demonstrated in the past that he is quite capable of walking away from his family and the medical facilities where he is placed. His treatment and confinement cannot be based upon speculation. These will be matters of vital concern when this matter comes up for redetermination.

[110] Counsel are requested to serve and file any submissions with respect to certification of a question of general importance within seven days of receipt of these reasons for order. Each party will have a further period of three days to serve and file any reply to the submission of the opposite party. Following that, an order will be issued.

sera soigné de telle manière qu'il ne constitue pas un danger pour le public canadien. Par le passé, il a fait la démonstration qu'il était tout à fait capable de quitter sa famille ainsi que les établissements médicaux où il était placé. Son obligation de demeurer en institution et son traitement ne peuvent être fondés sur de la spéculation. Lorsque cette affaire sera réexaminée, ces questions auront une importance vitale.

[110] Dans les sept jours de la réception des présents motifs, les avocats devront signifier et déposer leurs observations sur la certification d'une question de portée générale. Chaque partie disposera de trois jours additionnels pour signifier et déposer ses observations en réponse à celles de la partie adverse. Après ce délai, je délivrerai une ordonnance.

A-38-03
2004 FCA 49

A-38-03
2004 CAF 49

**Mai Ha, Tha Mai Ha, Thien Mai Ha and
Archiepiscopal Corporation of Winnipeg (Appellants)**

**Mai Ha, Tha Mai Ha, Thien Mai Ha et la
Corporation archiepiscopale de Winnipeg
(appelantes)**

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration
(Respondent)**

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

**INDEXED AS: HA v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND
IMMIGRATION) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: HA c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ
ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Linden, Sexton and Malone
J.J.A.—Winnipeg, November 25, 2003; Ottawa, January
30, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Sexton et Malone
J.C.A.—Winnipeg, 25 novembre 2003; Ottawa, 30
janvier 2004.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Appeal from F.C.T.D. decision on judicial review of visa officer's denial of Convention refugees seeking resettlement (CRSR) applications — Officer refused to permit counsel to attend interviews due to Minister's operations memo — Applicants fled Cambodia in 1975 but since then living in Vietnam — Officer determined no longer fearing persecution in Cambodia, locally integrated in Vietnam, having durable solution — Not meeting CRSR definition — Judge held durable solution finding not unreasonable — Agreed with M.C.I. no right to counsel at interviews as would introduce adversarial quality, increase delays, costs — Officer's discretion not fettered by general policy — Questions certified — Appeal allowed — Counsel wishing only to observe interviews for purposes of making written submissions — Standard of review — Pragmatic, functional approach not applicable to procedural fairness — On factors in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), counsel should have been permitted to attend — Nature of officer's discretion considered — Legal issues arose at interview, which was not just fact-finding exercise — Why important lawyer present — Interview at issue not preliminary step in decision-making process — If rejected, could re-apply but would be subjected to higher scrutiny level — Interviews must meet duty of fairness — Significance of officer's decision to appellants — Court's statement in Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) applicants not permitted to be accompanied by counsel, obiter and case distinguished — Observer status for counsel not justifying Minister's efficiency concerns — Memorandum fettered officer's discretion — Thrust of policy mandatory — Not guideline as gave no guidance for exercise of discretion — As case to be redetermined, Court not commenting on whether appellants have durable solution nor, in factual vacuum, on

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Appel d'une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale de rejeter une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent des visas rejetant une demande de résidence permanente au Canada à titre de réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller (RSCCR) — L'agent des visas a refusé d'autoriser l'avocat à assister aux entrevues, et ce, en conformité avec la note du ministre sur les opérations — Les appelantes ont quitté le Cambodge en 1975 et vivent au Vietnam depuis lors — L'agent des visas a conclu que les appelantes n'avaient plus de crainte d'être persécutées au Cambodge, qu'elles avaient une solution durable en dehors du Canada du fait qu'elles étaient intégrées au niveau local au Vietnam — Elles ne rencontrent pas la définition de RSCCR — La juge a décidé que la conclusion de solution durable n'était pas déraisonnable — Elle est d'accord avec le M.C.I. pour affirmer que le fait de permettre aux avocats d'assister aux entrevues introduirait dans le processus un élément contradictoire, sans compter les retards et l'augmentation des coûts — La politique générale n'entrave pas le pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas — Questions certifiées — Appel accueilli — L'avocat a déclaré qu'il désirait assister à l'entrevue à titre d'observateur afin d'être capable de présenter des prétentions écrites — Norme de contrôle — L'analyse pragmatique et fonctionnelle ne s'applique pas à l'équité procédurale — Compte tenu des facteurs précisés dans l'arrêt Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), l'avocat aurait dû être autorisé à assister aux entrevues — Examen de la nature du pouvoir discrétionnaire de l'agent — Questions de nature juridique posées lors de l'entrevue, laquelle ne constituait pas uniquement un exercice

rights CRSRs must generally possess for durable solution — But, on facts of case, duty of fairness dictated appellants be allowed counsel at interviews.

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Appeal from rejection by Motions Judge of application for judicial review of visa officer's denial of application for permanent residence by Convention refugees seeking resettlement — Whether duty of fairness breached by refusal to allow counsel to observe interviews — Whether officer's discretion fettered by Minister's operations memorandum that attendance at interviews limited to individual applicants — Judge held no right to counsel at interviews — Lawyers' presence introducing adversarial quality, causing delays, increasing costs — Discretion not fettered by general policy — Appeal allowed — Content of duty of fairness depends on facts — Pragmatic, functional approach as to review standard inapplicable re: procedural fairness — Officer's duty not involving "considerable exercise of discretion" — Decision having significant legal element — Interview not restricted to fact-finding — Interview not preliminary step in decision-making process — Judicial review not equated to appeal right — Whenever officer considers interview necessary, duty of fairness must be met — No legitimate expectation counsel permitted to attend — While Court not to encumber efficient administration by demanding procedural formality, mere observation by counsel not justifying Minister's efficiency concerns — Appropriate role of counsel

de recherche des faits — Importance de la présence de l'avocat — L'entrevue en litige n'était pas une étape préliminaire du processus décisionnel — Les appelantes peuvent toujours présenter une nouvelle demande de visa après avoir essuyé un refus initial, leur demande ultérieure fera probablement l'objet d'un examen plus minutieux — L'entrevue doit respecter l'obligation d'équité — Importance de la décision de l'agent pour les appelantes — La déclaration de la Cour dans l'arrêt Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) que, aux entrevues des bureaux des visas, le requérant n'est pas en principe autorisé à se présenter avec un avocat n'est qu'un obiter — Distinction faite avec la présente affaire — Le statut d'observateur de l'avocat ne justifie pas les préoccupations d'efficacité du ministre — La politique énoncée dans la note de service a constitué une entrave au pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas — La terminologie de la politique doit être examinée dans son ensemble afin de déterminer si celle-ci est obligatoire — La politique n'est pas une ligne directrice, car elle n'offre aucune aide quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire — Étant donné que cette affaire est renvoyée pour nouvel examen, la Cour croit qu'il y a lieu de ne faire aucun commentaire quant à la question de savoir si les appelantes ont une solution durable — Elle ne doit pas non plus tenter d'établir, en l'absence de faits, quels sont les droits et obligations juridiques que les RSCCR doivent généralement avoir afin de posséder une solution durable — L'obligation d'équité, dans les circonstances particulières de l'espèce, accordait le droit aux appelantes d'être accompagnées par leur avocat à leurs entrevues.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Appel de la décision d'un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale de rejeter une demande de contrôle judiciaire d'un agent des visas rejetant une demande de résidence permanente faite par des réfugiés au sens de la Convention cherchant à se réinstaller — Y a-t-il manquement au devoir d'équité lorsqu'on refuse d'autoriser un avocat à assister à l'entrevue? — La note de service sur les opérations du ministre mentionne que seuls les demandeurs peuvent être présents à l'entrevue — La juge a décidé que le droit à la présence d'un avocat aux entrevues est inexistant — La présence des avocats introduirait dans le processus un élément contradictoire, sans compter les retards et l'augmentation des coûts — La politique générale n'entrave pas le pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas — Appel accueilli — Le contenu de l'obligation d'équité est variable selon les faits en cause — L'analyse pragmatique et fonctionnelle servant à déterminer la norme de contrôle ne s'applique pas à l'équité procédurale — Le devoir de l'agent ne comporte pas un «pouvoir d'appréciation considérable» — La décision comporte un contenu juridique important — L'entrevue ne constitue pas uniquement un exercice de recherche des faits — L'entrevue n'est pas une étape préliminaire du processus décisionnel — Un contrôle

at interviews will depend on particular circumstances — Policy set out in memo invalid as fettered officer's discretion — Not mere guideline as offered no guidance on exercise of discretion — Policy may be mandatory though stated to be for guidance only — Policy memo wrong in law in stating duty of fairness never requires counsel at interviews.

This was an appeal from the Motion Judge's decision denying an application for the judicial review of a visa officer's rejection of an application for permanent residence as Convention refugees seeking resettlement or CRSRs. There were procedural and substantive aspects to this appeal. It was argued that the duty of fairness required, on the facts of this case, that counsel should have been permitted to attend appellants' interviews by the visa officer. Also challenged was the Minister's policy of excluding counsel from such interviews. The argument of substance was that the officer's decision was not in accordance with the legal definition of CRSR.

The three individual appellants are sisters aged from 31 to 42. They are Cambodian citizens. In 1975 they, along with their parents and other siblings fled their native land to escape the Khmer Rouge. They went to Vietnam where they have since lived. In 1986 and 1994 their parents and siblings immigrated to Canada.

In their applications, appellants had explained that they reside in a refugee camp with only one other family. Security is poor and they are afraid to live there. Appellants are prohibited from accepting employment outside the camp. Nor do they have the right to vote, travel or open a business. Their initial application was denied, but a judicial review application was granted on consent, the Minister conceding that the visa

judiciaire n'est pas l'équivalent d'un droit d'appel — Une fois que les agents des visas ont décidé de tenir une entrevue, celle-ci doit respecter l'obligation d'équité — Les appelantes n'avaient aucune attente légitime que leur avocat serait autorisé à assister aux entrevues — Étant donné le rôle limité que les appelantes demandent que leur avocat soit autorisé à jouer lors de l'entrevue, la Cour ne croit pas qu'elle impose un niveau de formalité procédurale qui risque de nuire indûment à une bonne administration et ne croit pas non plus que les préoccupations d'efficacité du ministre soient justifiées — Le rôle approprié de l'avocat lors des entrevues dépend des circonstances particulières — La politique que l'on trouve dans la note de service sur les opérations est invalide parce qu'elle entrave le pouvoir discrétionnaire des agents des visas — La politique n'est pas une ligne directrice, car elle n'offre aucune aide aux agents des visas quant à la manière d'exercer leur pouvoir discrétionnaire — La politique peut être obligatoire bien qu'elle soit censée n'être qu'une ligne directrice — La politique que l'on trouve dans la note de service sur les opérations, qui précise que l'obligation d'équité n'exige pas que les avocats soient autorisés à assister aux entrevues, est invalide en droit.

Le présent appel porte sur une décision d'un juge de la Cour fédérale (la juge des requêtes) rejetant la demande des appelantes pour obtenir le contrôle judiciaire d'une décision d'un agent des visas rejetant leur demande de résidence permanente au Canada à titre de réfugiées au sens de la Convention cherchant à se réinstaller ou RSCCR. Cet appel comporte deux aspects, l'un touchant la forme et l'autre, le fond. Les appelantes soutiennent que, au vu des faits en l'espèce, l'obligation d'équité exigeait que leur avocat soit autorisé à assister aux entrevues avec l'agent des visas. De plus, les appelantes contestent la politique promulguée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) qui prévoit que les avocats ne doivent pas être autorisés à assister à ces entrevues. Le deuxième volet de l'appel porte sur la décision de fond de l'agent des visas, qui conclut que les appelantes ne répondent pas à la définition des RSCCR.

Les trois appelantes sont des sœurs âgées de 31 à 42 ans. Elles sont citoyennes du Cambodge. En 1975, elles furent contraintes, avec leurs parents ainsi que leurs frères et sœurs, de quitter le Cambodge pour échapper au régime des Khmers Rouges. Elles se sont réfugiées au Vietnam, où elles vivent depuis lors. En 1986 et 1994 leurs parents et leurs frères et sœurs ont immigré au Canada.

Dans leur demande de résidence permanente, les appelantes ont déclaré qu'elles vivaient dans un camp de réfugiés où il n'y avait qu'une seule autre famille. Elles ont déclaré que la sécurité dans le camp n'était pas bonne et qu'elles avaient peur d'y vivre. Elles n'étaient pas autorisées à travailler en dehors du camp. Elles ont déclaré qu'elles n'avaient pas droit de vote, de voyager ou de créer une entreprise. Leur demande a été

officer had failed to consider the “compelling reasons” exception (which comes into play if it is established that applicant has compelling reasons for refusing to avail himself of the protection of the country from which he had fled even though persecution there is no longer feared). Their case was reassigned for a fresh interview, to focus on whether they had a well-founded fear of persecution in Cambodia.

Appellant’s Winnipeg counsel faxed the visa officer that he had been instructed to attend at the reinterviews. In reply, the officer wrote counsel that his clients were on the interview list and did not indicate that he would be excluded from the interviews. But, in a subsequent handwritten note, counsel was advised that “we do not allow lawyers or representatives to attend the interviews”. This was in accordance with the Minister’s operations memorandum to “limit attendance at interviews to the individual applicants”. The memo further indicated that this approach was supported by Federal Court case law and that the right to counsel was not provided for by the Act.

The officer determined that appellants no longer feared persecution in Cambodia, the situation there having stabilized over the last quarter century. In his estimation, they were locally integrated in Vietnam and thus had a durable solution outside of Canada. They did not meet the definition of CRSR. Under the statutory scheme, to qualify as a CRSR an individual must: (1) be a Convention refugee; (2) be outside Canada; (3) be seeking admission for the purpose of resettling; and (4) have no possibility of a durable solution outside Canada within a reasonable time period.

Under *Immigration Act*, subsection 2(3), an individual may be considered a Convention refugee even though his fear of persecution has ceased if there are compelling reasons arising out of any previous persecution for refusing to avail himself of the protection of the country that he had departed from. The term “durable solution” is defined by the Regulations as meaning resettlement in the Convention refugee’s country of citizenship or habitual residence in a neighbouring country or in the country of asylum.

The Judge below found the officer erred in finding absence of a well-founded fear of persecution without considering the compelling reasons exception in subsection 2(3), but

rejetée mais une demande de contrôle judiciaire a été accueillie par consentement. Le ministre a admis qu’en arrivant à sa décision l’agent des visas n’avait pas tenu compte de l’exception relative aux «raisons impérieuses» (qui entre en jeu lorsqu’une personne peut établir qu’il existe des raisons impérieuses de refuser de se réclamer de la protection du pays qu’elle a quitté même lorsqu’elle n’a plus à y craindre la persécution). Leurs dossiers ont été réassignés pour de nouvelles entrevues qui devaient porter sur la question de savoir si les appelantes avaient une crainte fondée de persécution au Cambodge.

L’avocat des appelantes à Winnipeg a envoyé une lettre par télécopieur au nouvel agent des visas pour l’informer qu’il lui avait été donné mandat d’assister aux nouvelles entrevues. En réponse, l’agent des visas a envoyé une lettre à l’avocat des appelantes pour l’informer qu’elles avaient été inscrites à l’échéancier des entrevues. Dans cette lettre, l’agent des visas n’indiquait pas que l’avocat ne serait pas autorisé à assister aux entrevues. Mais, dans une note manuscrite, l’avocat a reçu l’avertissement suivant: «Veuillez noter que nous n’autorisons pas les avocats ou représentants à assister aux entrevues». Cela était conforme avec la note du ministre sur les opérations voulant que «seuls les demandeurs sont présents aux entrevues». La note mentionnait de plus que cette pratique était étayée par la jurisprudence de la Cour fédérale et que la Loi ne prévoit pas le droit à un avocat dans ce contexte.

L’agent des visas a conclu que les appelantes n’avaient plus de crainte d’être persécutées au Cambodge puisque la situation y était devenue stable au cours des 25 dernières années. Selon lui, elles avaient une solution durable en dehors du Canada, du fait qu’elles étaient intégrées au niveau local au Vietnam. Les appelantes ne rencontraient pas la définition de RSCCR. En vertu du cadre législatif, une personne doit, pour être placée dans la catégorie de RSCCR: 1) être un réfugié au sens de la Convention; 2) doit se trouver hors du Canada; 3) doit chercher à être admise au Canada pour s’y réinstaller 4) ne doit avoir accès, hors du Canada, à aucune solution durable dans un laps de temps raisonnable.

En vertu du paragraphe 2(3) de la *Loi sur l’immigration*, une personne ne perd pas le statut de réfugié si elle établit qu’il existe des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures de refuser de se réclamer de la protection du pays qu’elle a quitté. L’expression «solution durable» est définie au paragraphe 2(1) au Règlement comme signifiant la réinstallation dans le pays de la citoyenneté ou de la résidence habituelle, dans un pays voisin ou dans le pays d’accueil du réfugié au sens de la Convention.

La juge des requêtes a conclu que l’agent des visas a commis une erreur en décidant que les appelantes n’avaient pas une crainte fondée de persécution, sans se demander s’il y avait

concluded this mistake to be of no consequence since the finding of a durable solution in Vietnam was not unreasonable. As for the duty of fairness, the Motions Judge found that CRSR applicants had no right to counsel at their interviews. She noted the Minister's concerns that permitting lawyers to attend these interviews would introduce an inappropriate adversarial quality while causing delays and increasing costs, but held that written submissions would suffice. The Judge further found that the general policy against lawyers' attendance did not fetter the visa officer's discretion for it was simply a guideline. And while it might seem that the officer's conduct herein reflected an unthinking, fettered adherence to a general policy, there was affidavit evidence that he had actually considered the facts of this particular case. The Judge did, however, certify two questions of general importance: (1) whether the duty of fairness is breached if attendance by counsel at a CRSR interview is denied; and (2) what legal rights must a Convention refugee possess to be considered resettled and thus have a durable solution?

In oral argument, counsel explained that he wanted to attend the interview, not to make oral submissions but to learn the evidence elicited and whether any legal issue had arisen in order to be able to prepare written submissions. If not present, how could he know whether the officer committed any errors of law or elicited all of the relevant evidence? The argument was also made that the policy memorandum was no mere guideline but an inflexible limitation leaving no scope for a visa officer's discretion. Turning to the substantive issue, counsel submitted that an individual cannot possess a durable solution if lacking the rights set out in the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, one of which is a right to employment. It was suggested that although appellants were working at Ho Chi Minh City, they were not legally entitled to do so. And, while free to apply for Vietnamese citizenship, the relevant question was whether they had a reasonable possibility of attaining it within a reasonable time.

lieu d'appliquer l'exception relative aux raisons impérieuses prévue au paragraphe 2(3) de la Loi, mais a toutefois conclu que cette erreur n'était pas fatale, puisque la conclusion de l'agent des visas que les appelantes disposaient d'une solution durable au Vietnam n'était pas déraisonnable. Quant à l'obligation d'équité, la juge des requêtes est arrivée à la conclusion que l'obligation d'équité n'accorde pas aux personnes qui demandent le statut de résident permanent au Canada à titre de RSCCR le droit d'être accompagnées par leur avocat aux entrevues. Elle a aussi repris les préoccupations du ministre voulant que le fait de permettre aux avocats d'assister aux entrevues introduirait dans le processus un élément contradictoire non souhaitable, sans compter les retards et l'augmentation des coûts en conséquence, mais a conclu qu'il suffisait que l'avocat soit autorisé à présenter des prétentions écrites. La juge des requêtes a conclu que la politique générale voulant que les avocats ne soient pas autorisés à assister aux entrevues n'entravait pas le pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas car il ne s'agissait que d'une ligne directrice. Bien qu'il puisse sembler que la conduite de l'agent indiquait une soumission irréfléchie à une politique générale, l'affidavit de l'agent des visas démontrait qu'il avait tenu compte des circonstances particulières du cas. Toutefois, la juge des requêtes a certifié les deux questions de portée générale suivantes: 1) Y a-t-il manquement au devoir d'équité lorsqu'on refuse d'autoriser un avocat à assister à l'entrevue d'un requérant qui demande son admission au Canada à titre de réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller? 2) Quels droits ou obligations un réfugié au sens de la Convention doit-il posséder pour être considéré comme réinstallé de telle sorte qu'il dispose d'une solution durable?

Au cours des plaidoiries, l'avocat des appelantes a déclaré qu'il désirait assister à l'entrevue à titre d'observateur, sans intervenir mais pour voir quelles preuves avaient été présentées afin d'être capable de présenter des prétentions écrites valables. S'il n'assiste pas aux entrevues, l'avocat des appelantes n'aura aucune façon de savoir si l'agent des visas a commis des erreurs de droit ou s'il a posé les questions pertinentes? On a fait valoir que la politique exprimée dans la note de service sur les opérations est une prescription qui ne comporte aucune flexibilité et qui ne laisse aucun pouvoir discrétionnaire à l'agent des visas. Quant à la décision de fond, l'avocat a prétendu que pour avoir une solution durable une personne doit avoir tous les droits prévus dans la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, notamment les droits au travail. Selon les appelantes, même si elles vivaient et travaillaient à Hô-Chi-Minh-Ville au moment de leur entrevue avec l'agent des visas, elles le faisaient illégalement. Bien qu'elles aient eu la possibilité d'obtenir la citoyenneté vietnamienne, la question est de savoir si elles ont une possibilité raisonnable d'obtenir la citoyenneté vietnamienne dans un laps de temps raisonnable.

The Minister's position was that there was no necessity for counsel's presence at these interviews, the purpose of which is to gather facts and not to hear legal arguments. The officer's discretion was not fettered by the memorandum, which established only a flexible, general policy. It was further submitted that the Judge did not err in finding that appellants were resettled in Vietnam.

Held, the appeal should be allowed.

The question certified was problematic in that it asked the Court to pronounce generally as to a right to counsel at these interviews. Since the content of the duty of fairness always depends upon the facts, the Court should only determine whether the duty had been breached in the particular circumstances of this case.

The Motions Judge did not err in failing to resort to the "pragmatic and functional approach" to standard of review. As explained by the Supreme Court of Canada in *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, it is necessary to distinguish between the standard of review of be applied to the ultimate decision and the procedural framework in which the decision was made. This Court could not, however, agree with her conclusion as to the content of the duty of fairness in this case.

Applying the factors mentioned in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, it was concluded that counsel should have been permitted to attend the interview as an observer. A "considerable exercise of discretion" was not involved in this matter. The officer's duty is to determine whether an applicant meets the requirements set out in the Act and Regulations and, while he does possess some residual discretion to reject an application even where all requirements have been met, such discretion could not be characterized as "considerable". In addition, the fact that the decision involved a significant legal element, one of sufficient importance to be certified for consideration by the Federal Court of Appeal, was another reason why counsel should have been allowed to attend. Indeed, the visa officer acknowledged in his affidavit that he had put questions of a legal nature of applicants, e.g. whether they could address his concern that they had a durable solution in Vietnam, a question involving a legal definition. Reference was made to cases in which courts have indicated that, in determining whether the duty of fairness includes a right to counsel, an important consideration is whether the questions are of a legal or complex nature.

Selon le ministre, la présence des avocats n'est pas nécessaire étant donné que l'objectif des entrevues est d'obtenir des demandeurs des informations factuelles et non des arguments juridiques. La note de service sur les opérations, qui énonce une politique générale souple, n'entravait pas le pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas. La juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en concluant que les appelantes étaient réinstallées au Vietnam.

Arrêt: l'appel est accueilli.

La question certifiée par la juge des requêtes est problématique, puisqu'elle sollicite de la Cour une déclaration générale quant au droit des avocats d'assister aux entrevues. Étant donné que le contenu de l'obligation d'équité est variable selon les faits en cause, la Cour doit plutôt répondre à la question de savoir si l'obligation d'équité a été violée au vu des faits particuliers en l'espèce.

La juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en ne recourant pas à «l'analyse pragmatique et fonctionnelle» pour déterminer la norme de contrôle. Comme l'a expliqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, il est nécessaire d'établir une distinction entre la norme de contrôle applicable aux résultats des délibérations du décideur et la manière d'arriver à la décision. Toutefois, la Cour ne partage pas son avis quant au contenu de l'obligation d'équité au vu des circonstances en l'espèce.

Compte tenu des facteurs précisés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, on a conclu que l'avocat aurait dû être autorisé à assister aux entrevues en tant qu'observateur. Il n'existe pas un «pouvoir d'appréciation considérable» en l'espèce. L'agent des visas doit décider si un demandeur satisfait aux critères juridiques fixés par la Loi et le Règlement et bien qu'il possède un quelconque pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'admettre un demandeur qui satisfait à toutes les exigences, on ne peut pas affirmer que ce pouvoir discrétionnaire est «considérable». De plus, le fait que la décision comporte un contenu juridique important, suffisamment important pour qu'il soit certifié pour examen par la Cour d'appel fédérale, est une autre raison pourquoi l'avocat aurait dû être autorisé à assister aux entrevues. En effet, l'agent des visas reconnaît dans son affidavit qu'il a posé aux appelantes des questions de nature juridique, p. ex., répondre à ses préoccupations portant qu'elles disposaient déjà d'une solution durable au Vietnam, ce qui suppose une définition juridique. On a renvoyé à la jurisprudence dans laquelle les tribunaux ont mentionné que, lorsque l'on examine si l'obligation d'équité comprend le droit à l'assistance d'un avocat, un des facteurs les plus importants était celui de savoir si les questions étaient de nature juridique ou complexe.

Denied the opportunity of observing the interview, counsel might not be aware of the officer's legal concerns and so would not be able to effectively address them in the written submissions which he was entitled to prepare. He would not have known that the question of whether appellants had a durable solution in Vietnam had become a major issue at the interview. Refugee status applicants could not be expected to understand legal concepts such as "durable solution" and they might well be incapable of advising counsel that such issue had been raised. And, while the officer had discovered that appellants were no longer in the refugee camp but working as tailors at Ho Chi Minh City, he did not ask whether they were, as a matter of law, entitled to live and work there. Had counsel been present at the interview, he could have dealt with this issue in written submissions.

Finally, the Supreme Court decision in *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, to the effect that an immigrant arriving at an airport has no right to counsel, was distinguished in that the interview here at issue was not a preliminary step in the decision-making process but was rather one of appellants' last chances to make their case.

Baker is authority for the proposition that greater procedural protection is called for where there is no right of appeal from an administrative decision. Judicial review could not be equated to an appeal right. While it is true that, if turned down, appellants could make a fresh visa application, this Court has pointed out that such subsequent applications "are likely to be subject to a higher level of scrutiny than they might otherwise have attracted". So the right to reapply ought not limit the content of the duty of fairness in the instant case. Whenever a visa officer considers an interview to be warranted, it must be conducted in accordance with the duty of fairness.

The visa officer's decision might be of great significance for the appellants. While they may not be in immediate danger, the stability of their situation was unclear. The Minister relied upon this Court's reasons for judgment in *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, but the Court's comments on the procedural content of the duty of fairness were limited to the facts i.e. applicant was not a refugee claimant but a famous actor seeking permanent resident status

À défaut de pouvoir assister à l'entrevue, l'avocat peut ne pas être au fait des préoccupations juridiques précises de l'agent des visas et donc ne pas pouvoir en traiter de façon efficace dans ses prétentions écrites qu'il avait droit de préparer. Il ne saurait pas que la question de savoir si les appelantes disposaient ou non d'une solution durable au Vietnam est devenue une question importante à l'entrevue. Les demandeurs de statut de réfugié ne sont généralement pas capables de comprendre des concepts juridiques comme celui de «solution durable» et, lorsque ces questions sont soulevées lors de l'entrevue, ils peuvent ne pas être en mesure de faire un rapport précis à ce sujet à leur avocat. Bien que l'agent des visas ait appris que les appelantes ne vivaient plus dans le camp des réfugiés, mais en fait qu'elles vivaient et travaillaient dans la confection à Hô-Chi-Minh-Ville, il n'a pas posé la question de savoir si les appelantes avaient le droit de vivre et de travailler à Hô-Chi-Minh-Ville. Si l'avocat avait été présent à l'entrevue, il aurait pu traiter de cette question dans ses prétentions écrites.

Enfin, la déclaration de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dehghani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, portant que les principes de justice fondamentale n'exigent pas qu'un immigrant dispose des services d'un avocat lorsqu'il arrive dans un aéroport canadien peut être distinguée de la présente affaire en ce que l'entrevue en litige en l'espèce n'était pas une étape préliminaire du processus décisionnel mais l'une des dernières chances que les appelantes possèdent de présenter leurs cas.

L'arrêt *Baker* étaye la proposition selon laquelle on doit accorder des protections procédurales plus importantes lorsqu'il n'existe pas de droit d'appel d'une décision administrative. Un contrôle judiciaire n'est pas l'équivalent d'un droit d'appel. Même s'il est vrai que les appelantes peuvent toujours présenter une nouvelle demande de visa après avoir essuyé un refus initial, la Cour a fait remarquer que les demandes ultérieures présentées «feront probablement l'objet d'un examen plus minutieux que ce ne serait le cas en d'autres circonstances». Donc, le droit de renouveler la demande de visa canadien ne devrait pas venir restreindre le contenu de l'obligation d'équité qui est due dans les circonstances de l'espèce. Une fois que les agents des visas ont décidé de tenir une entrevue, celle-ci doit respecter l'obligation d'équité.

La décision de l'agent des visas a potentiellement une grande importance pour les appelantes. Même si les appelantes ne se trouvent pas confrontées à un danger immédiat, la stabilité de leur situation n'est pas complètement claire. Le ministre s'est appuyé sur les motifs du jugement de notre Cour dans l'arrêt *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, mais la Cour y a circonscrit sa décision au sujet du contenu de l'obligation d'équité en la limitant aux

in the self-employed class. The Court's statement in *Chiau*, that, at visa office interviews, "applicants are normally not permitted to be accompanied by counsel" was mere *obiter* since the issue of the right to counsel at interviews did not arise in *Chiau*.

While appellants did not have a legitimate expectation that counsel would be permitted to attend at their interviews, since counsel had been told that "we do not allow lawyers . . . to attend the interviews", it may have been thought futile to point to the particular facts of this case to attempt to convince the officer to reconsider his position.

As to the agency's choice of procedure, while the Court should not impose a level of procedural formality that would unduly encumber efficient administration, appellants are seeking a limited role for counsel at their interviews which would not justify the Minister's efficiency concerns. The duty of fairness does not dictate that counsel be allowed to attend every such interview, only that visa officers consider the particular circumstances. The Court did not have to decide whether there could be circumstances in which a more active, or more limited, role for counsel would be required. In the result, the case must be put before a different officer to interview appellants and reconsider their cases.

The Judge erred in her conclusion that the operations memorandum was a mere guideline. It did operate to fetter the visa officer's discretion to consider the facts of the case in deciding whether to permit counsel to attend. The thrust of the language of the policy must be considered in its entirety to determine whether it is mandatory. While the policy at issue herein was said to provide a "general approach", the overall thrust of the policy was mandatory in nature. The policy suggested that the duty of fairness never requires that counsel be present at interviews and that was an incorrect statement of the law. It leaves the impression that the visa officers need not consider the particular facts of each case. There was no way that it could be classified as a guideline, since it failed to provide any guidance to visa officers as to how to exercise their discretion. The officer's handwritten note to counsel revealed that he considered his discretion fettered by the policy. Finally, no evidence was presented on behalf of the Minister that lawyers have ever been allowed to attend these interviews which again indicates that the policy is mandatory.

faits, c'est-à-dire que le demandeur était un acteur célèbre qui demandait la résidence permanente dans la catégorie des travailleurs autonomes et ne se présentait pas à titre de réfugié au sens de la Convention. La déclaration de la Cour dans l'arrêt *Chiau* que, aux entrevues des bureaux des visas, «le requérant n'est pas en principe autorisé à se présenter avec un avocat» n'est qu'un *obiter* étant donné que l'affaire *Chiau* ne soulevait pas la question du droit à la présence d'un avocat à l'entrevue.

Bien que les appelantes n'aient pas eu une attente légitime que leur avocat serait autorisé à assister aux entrevues car on a répondu à l'avocat de la façon suivante: «nous n'autorisons pas les avocats [. . .] à assister aux entrevues», elles ont pu présumer qu'il serait futile d'essayer d'obtenir de l'agent des visas qu'il réexamine sa décision.

Quant au choix de procédure que l'organisme fait, étant donné le rôle limité que les appelantes demandent que leur avocat soit autorisé à jouer lors de l'entrevue, la Cour ne croit pas qu'elle impose un niveau de formalité procédurale qui risque de nuire indûment à une bonne administration et ne croit pas non plus que les préoccupations d'efficacité du ministre soient justifiées. L'obligation d'équité n'exige pas qu'un avocat soit toujours présent. Elle exige uniquement que les agents des visas doivent examiner les circonstances particulières de chaque cas. La Cour n'a pas à trancher la question de savoir si dans d'autres circonstances il y aurait lieu d'autoriser un rôle plus ou moins important pour l'avocat. Par conséquent, l'affaire doit être renvoyée à un agent des visas différent pour qu'il tienne d'autres entrevues et qu'il réexamine leurs cas.

La juge des requêtes a commis une erreur en interprétant la politique énoncée dans la note de service comme étant une simple ligne directrice. La politique en cause a constitué une entrave au pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas d'examiner les faits particuliers du cas lorsqu'il a décidé s'il devait ou non autoriser l'avocat à assister aux entrevues. La terminologie de la politique doit être examinée dans son ensemble afin de déterminer si celle-ci est obligatoire. Bien que la politique en l'espèce contienne des termes comme «en règle générale», l'objet même de l'ensemble de la politique est de créer une obligation. La politique semble indiquer que l'obligation d'équité n'exige jamais la présence des avocats aux entrevues, ce qui ne représente pas l'état du droit. La politique donne à entendre que les agents des visas n'ont pas l'obligation d'examiner les faits particuliers de chaque cas. Cette politique n'est absolument pas une ligne directrice, car elle n'offre aucune aide aux agents des visas quant à la manière d'exercer leur pouvoir discrétionnaire. La note manuscrite que l'agent des visas a envoyée à l'avocat des appelantes révèle

Because the case was being sent back for redetermination and because new evidence and legal arguments may be introduced, the Court declined to comment on whether appellants have a durable solution in Vietnam. Furthermore, it would be unwise for the Court to set out, in a factual vacuum, all of the legal rights and obligations that CRSRs must generally possess outside of Canada to have a durable solution. The facts of this case were not entirely clear on the record and the second certified question was not answered.

Nor was the first certified question, as framed by the Motions Judge, answered. Instead it was deemed more appropriate to answer the question whether the duty of fairness in this particular case entitled appellants to have counsel attend and observe their interviews. The answer was affirmative; their right to procedural fairness in the determination of their refugee claims had been breached.

The policy set out in the memorandum is invalid as fettering the officer's discretion and duty to consider the facts of each case in deciding whether counsel should be permitted to attend interviews.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Hospital Labour Disputes Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. H.14.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "Convention refugee" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), (2) (as am. *idem*), (3) (as am. *idem*), 8(1).
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) "Convention refugee seeking resettlement" (as am. by SOR/97-184, s. 1), "durable solution" (as enacted *idem*).
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

qu'il estimait que la politique entravait son pouvoir discrétionnaire. Finalement, le ministre n'a présenté en preuve aucun cas où un avocat aurait été autorisé à assister à une telle entrevue, ce qui indique encore une fois que la politique est obligatoire.

Étant donné que cette affaire est renvoyée pour nouvel examen et que de nouveaux arguments juridiques et une nouvelle preuve pourraient être présentés, la Cour croit qu'il y a lieu de ne faire aucun commentaire quant à la question de savoir si les appelantes ont une solution durable au Vietnam. De plus, il ne serait pas sage que notre Cour essaie d'établir, en l'absence de faits, quels sont tous les droits et obligations juridiques que les RSCCR doivent généralement avoir à l'extérieur du Canada afin de posséder une solution durable. Les faits en l'espèce ne sont pas complètement clairs au dossier qui est soumis et la Cour ne répond pas à la deuxième question certifiée.

La Cour ne répond pas non plus à la première question certifiée telle qu'énoncée par la juge des requêtes. La Cour croit qu'il est plus approprié de répondre à la question de savoir si l'obligation d'équité dans les circonstances particulières de l'espèce accordait le droit aux appelantes d'être accompagnées par leur avocat comme observateur à leurs entrevues. Cette question doit recevoir une réponse positive; on a enfreint le droit des appelantes à l'équité procédurale dans le cadre du règlement de leurs revendications en tant que réfugiées.

La politique que l'on trouve dans la note de service sur les opérations est invalide parce qu'elle entrave le pouvoir discrétionnaire des agents des visas ainsi que leur obligation d'examiner les faits particuliers de chaque cas pour décider s'il y a lieu ou non d'autoriser les avocats à assister aux entrevues.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.
Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch. H.14.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention» (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1), (2) (mod., *idem*), (3) (mod., *idem*), 8(1).
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller» (mod. par DORS/97-184, art. 1), «solution durable» (édicte, *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539; (2003), 226 D.L.R. (4th) 193; 50 Admin. L.R. (3d) 1; 304 N.R. 76; 173 O.A.C. 38; *London (City) v. Ayerswood Development Corp.* (2002), 167 O.A.C. 120 (C.A.); *Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *Ainsley Financial Corporation et al. v. Ontario Security Commission et al.* (1994), 21 O.R. (3d) 104; 121 D.L.R. (4th) 79; 28 Admin. L.R. (2d) 1; 6 C.C.L.S. 241; 77 O.A.C. 155 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; (1993), 101 D.L.R. (4th) 654; 10 Admin. L.R. (2d) 1; 20 C.R. (4th) 34; 14 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (2d) 245; 150 N.R. 241; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297; (2000), 195 D.L.R. (4th) 422; 265 N.R. 121 (C.A.); *Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 2 F.C. 413; (2001), 208 D.L.R. (4th) 265; 213 F.T.R. 56; 283 N.R. 173 (C.A.).

CONSIDERED:

Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1990] 1 F.C. 722; (1990), 9 Imm. L.R. (2d) 243; 34 F.T.R. 26 (T.D.).

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 21 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1; *Laroche and Beirsdorfer (Re)* (1981), 131 D.L.R. (3d) 152; 39 N.R. 407 (F.C.A.); *Howard v. Stony Mountain*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539; (2003), 226 D.L.R. (4th) 193; 50 Admin. L.R. (3d) 1; 304 N.R. 76; 173 O.A.C. 38; *London (City) v. Ayerswood Development Corp.* (2002), 167 O.A.C. 120 (C.A.); *Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *Ainsley Financial Corporation et al. v. Ontario Security Commission et al.* (1994), 21 O.R. (3d) 104; 121 D.L.R. (4th) 79; 28 Admin. L.R. (2d) 1; 6 C.C.L.S. 241; 77 O.A.C. 155 (C.A.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; (1993), 101 D.L.R. (4th) 654; 10 Admin. L.R. (2d) 1; 20 C.R. (4th) 34; 14 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (2d) 245; 150 N.R. 241; *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297; (2000), 195 D.L.R. (4th) 422; 265 N.R. 121 (C.A.); *Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 2 C.F. 413; (2001), 208 D.L.R. (4th) 265; 213 F.T.R. 56; 283 N.R. 173 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1990] 1 C.F. 722; (1990), 9 Imm. L.R. (2d) 243; 34 F.T.R. 26 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Housen c. Nikolaisen, [2002] 2 R.C.S. 235; (2002), 21 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1; *Laroche et Beirsdorfer (Re)* (1981), 131 D.L.R. (3d) 152; 39 N.R. 407 (C.A.F.); *Howard c. Établissement Stony*

Institution, [1984] 2 F.C. 642; (1985), 19 D.L.R. (4th) 502; 11 Admin. L.R. 63; 19 C.C.C. (3d) 195; 45 C.R. (3d) 242; 17 C.R.R. 5; 57 N.R. 280 (C.A.).

Mountain, [1984] 2 C.F. 642; (1985), 19 D.L.R. (4th) 502; 11 Admin. L.R. 63; 19 C.C.C. (3d) 195; 45 C.R. (3d) 242; 17 C.R.R. 5; 57 N.R. 280 (C.A.).

AUTHORS CITED

Jones, David P. and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

DOCTRINE

Jones, David P. and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

APPEAL from the decision of a Federal Court Trial Division Judge ([2003] 2 F.C. 620; (2002), 225 F.T.R. 30; 25 Imm. L.R. (3d) 77) dismissing an application for judicial review of a visa officer's denial of applications for permanent residence in Canada as Convention refugees seeking resettlement. Appeal allowed.

APPEL de la décision d'une juge de la Section de première instance de la Cour fédérale ([2003] 2 C.F. 620; (2002), 225 F.T.R. 30; 25 Imm. L.R. (3d) 77) de rejeter une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent des visas rejetant une demande de résidence permanente au Canada à titre de réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller. Appel accueilli.

APPEARANCES:

David Matas for appellants.
Sharlene Telles-Langdon for respondent.

ONT COMPARU:

David Matas pour les appelantes.
Sharlene Telles-Langdon pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

David Matas, Winnipeg, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

David Matas, Winnipeg, pour les appelantes.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

SEXTON J.A.

LE JUGE SEXTON, J.C.A.:

I. Introduction

[1] This is an appeal from the decision of a judge [of the Trial Division] of the Federal Court (the Motions Judge), dismissing the appellants' application for judicial review of the decision of a visa officer at the Canadian High Commission in Singapore (reported at [2003] 2 F.C. 620). The visa officer had denied their application for permanent residence in Canada as Convention refugees seeking resettlement (hereinafter CRSRs).

I. Introduction

[1] Le présent appel porte sur une décision d'une juge de la [section de première instance de la] Cour fédérale (la juge des requêtes) rejetant la demande des appelantes pour obtenir le contrôle judiciaire d'une décision d'un agent des visas du Haut-commissariat du Canada à Singapour ([2003] 2 C.F. 620). L'agent des visas avait rejeté leur demande de résidence permanente au Canada à titre de réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller (ci-après RSCCR).

[2] There are two aspects to this appeal. The first aspect concerns the procedural framework in which the

[2] Cet appel comporte deux volets. Le premier porte sur la procédure utilisée par l'agent des visas pour

visa officer made his determination that the appellants were not CRSRs. In particular, the appellants claim that the duty of fairness required that, in the particular facts of this case, counsel should have been permitted to attend and observe their interviews with the visa officer. As well, the appellants challenge a policy promulgated by the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) which states that counsel should not be permitted to attend visa office interviews, on the basis that it fettered the visa officer's discretion to consider the particular facts of their case. The second aspect of the appeal concerns the visa officer's substantive determination that the appellants did not meet the legal requirements of the definition of CRSR.

II. Facts

[3] The appellants, Mai Ha, Tha Mai Ha, and Thien Mai Ha, are sisters ranging in age from 31 to 42, and are citizens of Cambodia. In 1975, the appellants, along with their parents and three other siblings, were forced to flee Cambodia in order to escape the Khmer Rouge. They fled to Vietnam and have been living there since that time. The appellants' parents and their three siblings subsequently immigrated to Canada in the years 1986 and 1994.

[4] On September 8, 1998, the appellants applied at the Canadian High Commission in Singapore for permanent residence in Canada as CRSRs. Their application was sponsored by the St. Ignatius Refugee Committee, which is associated with the appellant, Archbishopric Corporation of Winnipeg.

[5] In their applications for permanent residence, the appellants stated that they lived in a refugee camp in Vietnam along with only one other family. They stated that the security was poor in the camp and they were afraid to live there. They also stated that they were not entitled to work anywhere except in the camp, and that their casual work in the camp was not enough to support them. They also further indicated that they had no right to vote, travel or open a business.

décider que les appelantes n'étaient pas des RSCCR. Les appelantes soutiennent notamment qu'au vu des faits en l'espèce, l'obligation d'équité exigeait que leur avocat soit autorisé à assister aux entrevues avec l'agent des visas, à titre d'observateur. De plus, les appelantes contestent la politique promulguée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) qui prévoit que les avocats ne doivent pas être autorisés à assister aux entrevues tenues à un bureau des visas. Cette contestation est fondée sur le fait que cette politique entrave le pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas d'examiner les faits particuliers en l'espèce. Le deuxième volet de l'appel porte sur la décision de fond de l'agent des visas, qui conclut que les appelantes ne répondent pas à la définition des RSCCR.

II. Les faits

[3] Les appelantes Mai Ha, Tha Mai Ha et Thien Mai Ha, sont trois sœurs âgées de 31 à 42 ans. Elles sont citoyennes du Cambodge. En 1975, elles furent contraintes, avec leurs parents ainsi que trois autres frères et sœurs, de quitter le Cambodge pour échapper au régime des Khmers Rouges. Elles se sont réfugiées au Vietnam, où elles vivent depuis lors. Par la suite, leurs parents et leurs trois frères et sœurs ont immigré au Canada, en 1986 et en 1994.

[4] Le 8 septembre 1998, les appelantes ont présenté une demande au Haut-commissariat du Canada à Singapour pour obtenir la résidence permanente au Canada à titre de RSCCR. Leur demande était parrainée par le Comité des réfugiés de Saint-Ignace, un organisme associé à la personne morale appelante, la Corporation archiépiscopale de Winnipeg.

[5] Dans leur demande de résidence permanente, les appelantes ont déclaré qu'elles vivaient dans un camp de réfugiés au Vietnam, où il n'y avait qu'une seule autre famille. Elles ont déclaré que la sécurité dans le camp n'était pas bonne et qu'elles avaient peur d'y vivre. Elles ont aussi déclaré qu'elles n'étaient pas autorisées à travailler en dehors du camp, et que le travail qu'elles y faisaient à l'occasion ne suffisait pas à subvenir à leurs besoins. Elles ont aussi déclaré qu'elles n'avaient pas droit de vote, de voyager ou de créer une entreprise.

Initial consideration of the appellants' applications

[6] After submitting their applications, the appellants were interviewed by a visa officer on May 19, 1999. By letter dated August 24, 1999, the visa officer refused their applications.

[7] The appellants applied for judicial review of the visa officer's decision and, on consent of the Minister, the application for judicial review was allowed. The Minister conceded that when the visa officer determined that the appellants no longer had a fear of persecution in Cambodia, he did not consider the "compelling reasons" exception. Generally, a person ceases to be a Convention refugee when he no longer has a fear of persecution in the country from which he has fled. However, there is an exception to this general rule if a person establishes that he has compelling reasons for refusing to avail himself of the protection of the country from which he fled.

[8] As a result of this admitted error, the appellants' files were reassigned to another visa officer. The Computer Assisted Immigration Processing System (CAIPS), the computer system in which notes concerning visa applicants are recorded, indicated that the new interview was to focus on the issue of whether the appellants had a well-founded fear of persecution in Cambodia:

FOR NEW INTERVIEWING OFFICER. . . A NEW INTERVIEW MUST FOCUS ON THE REASONS WHY THE APPLICANT DOES NOT (OR DOES) HAVE A WELL FOUNDED FEAR OF PERSECUTION AND THIS MUST BE DOCUMENTED.

Second consideration of the appellants' applications

[9] On November 10, 2000, the appellants' Winnipeg counsel faxed a letter to the newly assigned visa officer stating that the appellants, through their family in Canada, had instructed him to attend with them at their reinterviews. Consequently, counsel asked that the visa officer inform him of the time and place of the interviews and indicated his understanding that the interview was to focus on the reasons why the appellants do or do not have a well-founded fear of persecution.

Le premier examen des demandes des appelantes

[6] Après le dépôt de leurs demandes, les appelantes ont été reçues en entrevue le 19 mai 1999 par un agent des visas. Dans une lettre datée du 24 août 1999, l'agent des visas rejetait leurs demandes.

[7] Les appelantes ont alors sollicité le contrôle judiciaire de la décision de l'agent des visas et, par consentement du ministre, la demande a été accueillie. Le ministre a admis qu'en arrivant à sa décision que les appelantes n'avaient plus à craindre la persécution au Cambodge, l'agent des visas n'avait pas tenu compte de l'exception relative aux «raisons impérieuses». En général, une personne perd le statut de réfugié lorsqu'elle n'a plus à craindre la persécution dans le pays qu'elle a quitté. Toutefois, on fait exception à cette règle générale lorsqu'une personne peut établir qu'il existe des raisons impérieuses de refuser de se réclamer de la protection du pays qu'elle a quitté.

[8] Suite à l'admission portant sur cette erreur, les dossiers des appelantes ont été transmis à un autre agent des visas. Dans le Système de traitement informatisé des dossiers d'immigration (STIDI), où sont notés les éléments pertinents du dossier des demandeurs de visa, il est mentionné que les nouvelles entrevues devaient porter sur la question de savoir si les appelantes avaient une crainte fondée de persécution au Cambodge:

[TRADUCTION] POUR LE NOUVEL AGENT [. . .] LA NOUVELLE ENTREVUE DOIT PORTER SUR LA QUESTION DE SAVOIR SI LES DEMANDERESSES N'ONT PAS (OU ONT) UNE CRAINTE FONDÉE DE PERSÉCUTION. CET ASPECT DOIT ÊTRE DOCUMENTÉ.

Le deuxième examen des demandes des appelantes

[9] Le 10 novembre 2000, l'avocat des appelantes à Winnipeg a envoyé une lettre par télécopieur au nouvel agent des visas pour l'informer que les appelantes, agissant par l'entremise de leur famille au Canada, lui avaient donné mandat de les accompagner lors de leurs nouvelles entrevues. En conséquence, l'avocat demandait que l'agent des visas l'informe du lieu et de l'heure des entrevues et il ajoutait qu'il comprenait que les entrevues devaient porter sur la question de savoir si les appelantes avaient ou n'avaient pas une crainte fondée de persécution.

[10] On November 20, 2000, the visa office sent a letter to the appellants' counsel advising him that the appellants were on the interview list. In this letter, the visa office did not give any indication that counsel's attendance would not be permitted at the interviews.

[11] Three separate interviews for each of the appellants were scheduled for February 28, 2001.

[12] On February 7, 2001, counsel for the appellants faxed another letter to the visa officer indicating that, as previously stated, he would be attending the interviews of the appellants.

[13] The visa officer received this faxed letter on February 8, 2001. On the same day, the visa officer replied to counsel for the appellants by writing a short note on the bottom right hand corner of counsel's February 7, 2001 letter. The handwritten note simply stated: "Please note that we do not allow lawyers or representatives to attend the interviews. You may wait in the waiting room but you will not be allowed to attend the interview."

[14] The visa officer also recorded his decision not to allow counsel to attend the interview in CAIPS. He stated:

handwritten reply prepared—representatives/lawyers are not allowed to attend the I/V.

[15] The Minister had published an operations memorandum entitled "Interaction with Practitioners (Lawyers and Consultants)" which stated the policy on the attendance of counsel at interviews. The memorandum stated:

The general approach is to limit attendance at interviews to the individual applicants and visa officers should follow this approach which appears to be supported by case law in the Federal Court. The doctrine of fairness does not require that counsel be present at interviews nor does the Immigration Act provide for the right to counsel in this context.

[16] The appellants' interviews took place as scheduled on February 28, 2001, without the attendance of counsel. The interviews were conducted in

[10] Le 20 novembre 2000, le bureau des visas a envoyé une lettre à l'avocat des appelantes pour l'informer qu'elles avaient été inscrites à l'échéancier des entrevues. Dans cette lettre, le bureau des visas n'indiquait pas que l'avocat ne serait pas autorisé à assister aux entrevues.

[11] Trois entrevues individuelles, une pour chacune des appelantes, ont été prévues le 28 février 2001.

[12] Le 7 février 2001, l'avocat des appelantes a envoyé une autre lettre par télécopieur à l'agent des visas, confirmant ce qu'il lui avait déjà déclaré, savoir qu'il se présenterait aux entrevues avec les appelantes.

[13] L'agent des visas a reçu cette lettre le 8 février 2001. Le même jour, il a répondu à l'avocat des appelantes par une courte note inscrite en bas et à droite de la lettre du 7 février 2001. Cette note manuscrite est brève: [TRADUCTION] «Veuillez noter que nous n'autorisons pas les avocats ou représentants à assister aux entrevues. Vous pourrez attendre dans la salle d'attente, mais vous ne serez pas autorisé à assister à l'entrevue.»

[14] L'agent des visas a inscrit dans le STIDI cette décision de ne pas autoriser l'avocat à assister à l'entrevue:

[TRADUCTION] préparé réponse manuscrite—les représentants/avocats ne sont pas autorisés à assister à l'entrevue.

[15] Dans une note du ministre sur les opérations intitulée «Politique sur les intervenants (avocats et consultants)» qui énonce la politique portant sur la présence des avocats aux entrevues, on trouve ceci:

En règle générale, seuls les demandeurs sont présents aux entrevues. Les agents des visas doivent adopter cette pratique qui semble être étayée par la jurisprudence de la Cour fédérale. La doctrine d'équité n'exige pas la présence de l'avocat à l'entrevue, et la Loi ne prévoit pas le droit à un avocat dans ce contexte.

[16] Les entrevues des appelantes ont eu lieu comme prévu le 28 février 2001, en l'absence de leur avocat. Les entrevues se sont déroulées en vietnamien, avec l'aide

Vietnamese via an interpreter. At these interviews, the visa officers learned that the appellants were living in a rented house in Ho Chi Minh City and working as tailors in this house. The visa officer was aware that there was a system of residence control in Vietnam, but made no inquiry as to whether the appellants' living arrangements were legally in accordance with this system. The visa officer also learned that the appellants had not applied for citizenship in Vietnam. At the interviews, each of the appellants indicated that other people had tried to obtain citizenship in Vietnam but were unsuccessful. Although the visa officer considered that the appellants had a right to apply for Vietnamese citizenship, he had no idea what the outcome of these applications would be.

[17] The visa officer made typewritten notes during the interview. After the interview, he pasted these notes into CAIPS. These notes taken during the interview indicate that the visa officer decided that the appellants no longer had a fear of persecution in Cambodia because the situation there had become stable in the last 25 years. He also wrote that they had a durable solution outside of Canada because they were locally integrated in Vietnam. Finally, he noted that the appellants are free to apply for Vietnamese citizenship.

[18] By letter dated April 11, 2001, he reported these conclusions to the appellants and indicated that their applications for permanent residence had been refused. He stated that the appellants did not meet the definition of CRSR because they did not demonstrate a well-founded fear of persecution. Furthermore, the appellants had another durable solution because they had "become permanently resettled in Vietnam."

[19] The appellants applied for judicial review of the visa officer's decision in the Federal Court. Before discussing the decision of the Motions Judge, however, I think it is useful to set out the relevant statutory scheme.

III. Statutory Scheme

[20] The appellants applied for permanent residence status on the basis that they were CRSRs in Canada. At

d'un interprète. À cette occasion, l'agent des visas a été informé que les appelantes avaient loué une maison à Hô-Chi-Minh-Ville, où elles vivaient et travaillaient dans la confection. L'agent des visas savait qu'il existait un système d'enregistrement de la résidence au Vietnam, mais il ne s'est pas inquiété de savoir si la situation des appelantes respectait cette réglementation. L'agent des visas a aussi été informé que les appelantes n'avaient pas demandé la citoyenneté au Vietnam. Lors des entrevues, chacune des appelantes a déclaré que d'autres personnes avaient tenté sans succès d'obtenir la citoyenneté vietnamienne. Même si l'agent des visas considérait que les appelantes avaient le droit de demander la citoyenneté vietnamienne, il n'avait aucune idée du résultat possible de ces demandes.

[17] L'agent des visas a dactylographié ses notes au cours de l'entrevue, qu'il a par la suite transférées dans le STIDI. Les notes prises au cours de l'entrevue font ressortir que l'agent des visas a conclu que les appelantes n'avaient plus de crainte d'être persécutées au Cambodge, puisque la situation y était devenue stable au cours des 25 dernières années. Il a aussi écrit qu'elles avaient une solution durable en dehors du Cambodge, du fait qu'elles étaient intégrées au niveau local au Vietnam. Finalement, il a inscrit que les appelantes pouvaient demander la citoyenneté vietnamienne.

[18] Dans une lettre datée du 11 avril 2001, il a transmis ses conclusions aux appelantes et les a informées que leurs demandes de résidence permanente étaient rejetées. Il a ajouté que les appelantes ne rencontraient pas la définition de RSCCR, parce qu'elles n'avaient pas démontré une crainte fondée de persécution. Elles avaient aussi une autre solution durable, parce qu'elles étaient «réinstallées en permanence au Vietnam».

[19] Les appelantes ont sollicité le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de la décision de l'agent des visas. Toutefois, avant de discuter de la décision de la juge des requêtes, je crois qu'il y a lieu d'exposer le cadre législatif pertinent.

III. Le cadre législatif

[20] Les appelantes ont sollicité le statut de résident permanent au Canada en se fondant sur le fait qu'elles

the relevant time, CRSR was defined in subsection 2(1) [as am. by SOR/97-184, s. 1] of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172 (the Regulations):

2. (1) . . .

“Convention refugee seeking resettlement” means a person. . . who is a Convention refugee

(a) who is outside Canada,

(b) who is seeking admission to Canada for the purpose of resettling in Canada, and

(c) in respect of whom there is no possibility, within a reasonable period of time, of a durable solution. [Emphasis added.]

[21] This definition indicates that in order for a person to be considered a CRSR, four requirements must be met. First, the person must be a Convention refugee. Second, the person must be outside Canada. Third, the person must be seeking admission to Canada for the purpose of resettling. Fourth, the person must have no possibility of a durable solution outside Canada within a reasonable period of time.

[22] Only the first and fourth requirements—that a person must be a Convention refugee and not have a durable solution outside Canada—require further elucidation for the purposes of this appeal.

1. The person must be a Convention refugee

[23] First, the relevant portions of the definition of Convention refugee in subsection 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the Act) provide as follows:

2. (1) . . .

“Convention refugee” means any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

étaient des RSCCR. À l'époque pertinente, on trouvait la définition de RSCCR au paragraphe 2(1) [mod. par DORS-97-184, art. 1] du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172 (le Règlement):

2. (1) [. . .]

«réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller» Personne [. . .] qui est un réfugié au sens de la Convention:

a) qui se trouve hors du Canada;

b) qui cherche à être admis au Canada pour s'y réinstaller;

c) à l'égard duquel aucune solution durable n'est réalisable dans un laps de temps raisonnable. [Non souligné dans l'original.]

[21] Cette définition démontre qu'une personne doit, pour être placée dans la catégorie de RSCCR, satisfaire à quatre critères. Premièrement, elle doit être un réfugié au sens de la Convention. Deuxièmement, elle doit se trouver hors du Canada. Troisièmement, elle doit chercher à être admise au Canada pour s'y réinstaller. Quatrièmement, elle ne doit avoir accès, hors du Canada, à aucune solution durable dans un laps de temps raisonnable.

[22] Seuls les premier et quatrième critères, savoir que la personne doit être un réfugié au sens de la Convention et qu'elle doit n'avoir accès hors du Canada à aucune solution durable, doivent être examinés aux fins de cet appel.

1. La personne doit être un réfugié au sens de la Convention

[23] Premièrement, voici les extraits pertinents de la définition de réfugié au sens de la Convention, que l'on trouve au paragraphe 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (la Loi):

2. (1) [. . .]

«réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

a) qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) is outside the country of the person's nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, . . .

. . .

(b) has not ceased to be a Convention refugee by virtue of subsection (2),

[24] Subsection 2(2) [as am. *idem*] of the Act sets out how a person ceases to be a Convention refugee. The relevant portions of subsection 2(2) state:

2. . . .

(2) A person ceases to be a Convention refugee when

. . .

(e) the reasons for the person's fear of persecution in the country that the person left, or outside of which the person remained, cease to exist.

[25] However, subsection 2(3) [as am. *idem*] provides an exception to paragraph 2(2)(e) by providing that even when the reasons for a person's fear of persecution have ceased, he may still be considered a Convention refugee if there are compelling reasons. Subsection 2(3) stated:

2. . . .

(3) A person does not cease to be a Convention Refugee by virtue of paragraph (2)(e) if the person establishes that there are compelling reasons arising out of any previous persecution for refusing to avail himself of the protection of the country that the person left, or outside of which the person remained, by reason of fear of persecution.

2. The person must have no possibility of a durable solution outside Canada

[26] The other requirement that a person must meet before being considered a CRSR is that the person not have the possibility within a reasonable period of time of a durable solution outside of Canada. "Durable solution" is defined in subsection 2(1) [as enacted by SOR/97-184, s. 1] of the Regulations as follows:

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

[. . .]

b) qui n'a pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe (2).

[24] Le paragraphe 2(2) [mod., *idem*] de la Loi décrit comment une personne perd le statut de réfugié au sens de la Convention. Voici l'extrait pertinent du paragraphe 2(2):

2. [. . .]

(2) Une personne perd le statut de réfugié au sens de la Convention dans les cas où:

[. . .]

e) les raisons qui lui faisaient craindre d'être persécutée dans le pays qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée ont cessé d'exister.

[25] Toutefois, le paragraphe 2(3) [mod., *idem*] introduit une exception à l'alinéa 2(2)e), en prévoyant que même si les raisons motivant la crainte de persécution ont disparu, une personne ne perd pas le statut de réfugié au sens de la Convention s'il existe des raisons impérieuses. Le paragraphe 2(3) est rédigé comme suit:

2. [. . .]

(3) Une personne ne perd pas le statut de réfugié pour le motif visé à l'alinéa (2)e) si elle établit qu'il existe des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures de refuser de se réclamer de la protection du pays qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée de crainte d'être persécutée.

2. La personne doit n'avoir, hors du Canada, aucune possibilité de solution durable

[26] L'autre exigence à satisfaire pour être placé dans la catégorie de RSCCR consiste à être un réfugié à l'égard duquel aucune solution durable hors du Canada n'est réalisable dans un laps de temps raisonnable. La notion de «solution durable» est définie au paragraphe 2(1) [édictee par DORS/97-184, art. 1] du Règlement, comme suit:

2. (1) . . .

“durable solution”, in respect of a Convention refugee seeking resettlement means

. . .

(b) the resettlement of the Convention refugee in the Convention refugee’s country of citizenship or of habitual residence in a neighbouring country or in the country of asylum. . . .

2. (1) [. . .]

«solution durable» À l’égard d’un réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller, s’entend:

[. . .]

b) soit de sa réinstallation dans le pays de sa citoyenneté ou de sa résidence habituelle, dans un pays voisin ou dans le pays d’accueil;

IV. Decision Below

[27] The Motions Judge dismissed the application for judicial review of the visa officer’s decision not to grant the appellants permanent residence status as CRSRs. First, the Motions Judge found, and the Minister conceded, that the visa officer erred in finding that the appellants did not have a well-founded fear of persecution and thus were not Convention refugees without considering the compelling reasons exception in subsection 2(3) of the Act. However, the Motions Judge determined that this error was irrelevant because the visa officer’s conclusion that the appellants had a durable solution in Vietnam was neither unreasonable nor patently unreasonable.

[28] Next, after considering the factors outlined in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*), for determining the content of the duty of fairness, the Motions Judge concluded that the duty of fairness does not give persons applying for permanent residence status in Canada as CRSRs the right to have counsel attend their interviews. In particular, the Motions Judge noted that a visa officer’s decision is administrative rather than judicial in nature and involves the exercise of considerable discretion. Furthermore, there is no right under the Act to obtain permanent resident status. The Motions Judge also noted the Minister’s concerns that permitting counsel to attend interviews would introduce an inappropriate adversarial quality to the process, cause delays and increase costs. According to the Motions Judge, it was sufficient that counsel was allowed to make written submissions. The attendance of counsel at the

IV. La décision en première instance

[27] La juge des requêtes a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision de l’agent des visas de ne pas accorder la résidence permanente aux appelantes à titre de RSCCR. Premièrement, la juge des requêtes a conclu que l’agent des visas a commis une erreur en décidant que les appelantes n’avaient pas une crainte fondée de persécution et donc n’étaient pas des réfugiées au sens de la Convention, sans se demander s’il y avait lieu d’appliquer l’exception relative aux raisons impérieuses prévue au paragraphe 2(3) de la Loi. Le ministre l’a aussi admis. La juge des requêtes a toutefois conclu que cette erreur n’était pas fatale, puisque la conclusion de l’agent des visas que les appelantes disposaient d’une solution durable au Vietnam n’était ni déraisonnable, ni manifestement déraisonnable.

[28] Ensuite, après avoir appliqué les facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*), pour définir le contenu de l’obligation d’équité, la juge des requêtes est arrivée à la conclusion que l’obligation d’équité n’accorde pas aux personnes qui demandent le statut de résident permanent au Canada à titre de RSCCR le droit d’être accompagnées par leur avocat aux entrevues. La juge a notamment déclaré que la décision de l’agent des visas est de nature administrative et non judiciaire et qu’elle suppose un pouvoir discrétionnaire étendu. De plus, la Loi ne confère aucun droit d’obtenir la résidence permanente. La juge des requêtes a aussi repris les préoccupations du ministre voulant que le fait de permettre aux avocats d’assister aux entrevues introduirait dans le processus un élément contradictoire non souhaitable, sans compter les retards et l’augmentation des coûts en conséquence. La juge des

interview was unnecessary because the matters a visa officer will inquire into at the interview will be within the applicant's knowledge and ability to answer.

[29] Finally, the Motions Judge found that the general policy that counsel cannot attend interviews did not fetter the visa officer's discretion. The statement in the operations memorandum was simply a guideline. Decision-makers are entitled to issue guidelines and other non-binding instruments. However, visa officers are always obliged to consider the particular facts of each case when deciding whether or not to allow counsel to attend at interviews. In this case, the Motions Judge noted that while the language of the CAIPS notes and the February 8 response to counsel's request to attend the interview were consistent with an unthinking, fettered adherence to general policy, the affidavit evidence of the visa officer illustrated that he considered the particular facts of the case.

[30] The Motions Judge certified the following two questions of general importance [at paragraph 97]:

1. Is the duty of fairness breached when a visa office refuses to allow counsel to attend at the interview of an applicant seeking admission to Canada as a Convention refugee seeking resettlement?
2. What legal rights or obligations must a Convention refugee possess outside of Canada in order to be considered resettled so as to have a "durable solution"?

V. Issues

[31] *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 and *Baker, supra*, clearly indicate that once a question of general importance is certified, the appeal is not limited to these certified questions but rather concerns the judgment below as a whole. As a result, the issues in this appeal are as follows:

requêtes a conclu qu'il suffisait que l'avocat soit autorisé à présenter des prétentions écrites. La présence de l'avocat à l'entrevue n'était pas nécessaire, puisque les sujets que l'agent des visas aborde durant l'entrevue sont des sujets concernant le demandeur auxquels il peut répondre.

[29] Finalement, la juge des requêtes a conclu que la politique générale voulant que les avocats ne soient pas autorisés à assister aux entrevues n'entravait pas le pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas. La déclaration contenue dans la note de service sur les opérations n'était qu'une ligne directrice. Les décideurs peuvent établir des lignes directrices et autres textes non obligatoires. Toutefois, les agents des visas doivent toujours tenir compte des faits particuliers de chaque cas avant de décider si oui ou non ils autoriseront les avocats à assister aux entrevues. En l'espèce, la juge des requêtes a fait remarquer que même si le texte des notes STIDI et la réponse du 8 février à la demande de l'avocat d'assister aux entrevues indiquaient une soumission irréfléchie à une politique générale, l'affidavit de l'agent des visas démontrait qu'il avait tenu compte des circonstances particulières du cas.

[30] La juge des requêtes a certifié les deux questions de portée générale suivantes [au paragraphe 97]:

1. Y a-t-il manquement au devoir d'équité lorsqu'un agent des visas refuse d'autoriser un avocat à assister à l'entrevue d'un requérant qui demande son admission au Canada à titre de réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller?
2. Quels droits ou obligations un réfugié au sens de la Convention doit-il posséder en dehors du Canada pour être considéré comme réinstallé de telle sorte qu'il dispose d'une «solution durable»?

V. Les questions en litige

[31] Les arrêts *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 et *Baker*, précité, établissent clairement que lorsqu'une question de portée générale est certifiée, la Cour d'appel n'est pas contrainte par le libellé de la question et elle est habilitée à examiner l'ensemble du jugement porté en appel. En conséquence, les questions en litige dans cet appel sont les suivantes:

1. Did the Motions Judge err in finding that the visa officer did not breach his duty of fairness to the appellants in the particular circumstances of this case when he decided that counsel could not attend the interviews?

2. Did the Motions Judge err in finding that the operations memorandum did not operate as a fetter on the visa officer's discretion to permit counsel to attend interviews?

3. What legal rights or obligations must a Convention refugee possess outside Canada in order to be considered resettled so as to have a durable solution?

VI. Appellants' Arguments

[32] First, the appellants argued that the duty of fairness required that counsel be allowed to attend the appellants' interviews in the particular circumstances of this case. When asked during oral argument about the role that counsel would play at the interview, counsel for the appellants responded that they were simply asking that counsel be able to observe the interview without making any oral submissions at that time. According to counsel, in order for his ability to make written legal submissions to the visa officer meaningful, it is crucial for him to attend the interview in order to know what evidence has or has not been elicited as well as if any particular legal issue has arisen and needs to be addressed.

[33] According to the appellants, the particular facts of this case especially demonstrate the need for counsel to have attended their interviews. This is the appellants' second judicial review application. Their first application was successful on the grounds that the visa officer made a legal error by failing to apply the compelling circumstances exception when determining whether the appellants had a well-founded fear of persecution. Importantly, the Minister admitted that the newly appointed visa officer, whose decision is at issue in this case, made the exact same legal error. Without attending the interviews, counsel for the appellants had no way of

1. La juge des requêtes a-t-elle commis une erreur en concluant que l'agent des visas n'avait pas enfreint son obligation d'équité envers les appelantes dans les circonstances particulières de ce cas lorsqu'il a décidé que leur avocat ne pouvait assister aux entrevues?

2. La juge des requêtes a-t-elle commis une erreur en concluant que la note de service sur les opérations ne constituait pas une entrave au pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas d'autoriser l'avocat à assister aux entrevues?

3. Quels droits ou obligations un réfugié au sens de la Convention doit-il posséder en dehors du Canada pour être considéré comme réinstallé de telle sorte qu'il dispose d'une solution durable?

VI. Le point de vue des appelantes

[32] Premièrement, les appelantes soutiennent qu'au vu des circonstances particulières de leurs cas, l'obligation d'équité exigeait qu'on autorise leur avocat à assister aux entrevues. Lorsqu'on lui a demandé au cours des plaidoiries quel rôle l'avocat aurait joué aux entrevues, l'avocat des appelantes a déclaré qu'elles demandaient tout simplement que leur avocat puisse assister à l'entrevue à titre d'observateur, sans intervenir. Selon l'avocat, il était crucial qu'il soit autorisé à assister à l'entrevue pour voir quelles preuves avaient été présentées, ou non présentées, ainsi que pour prendre note de toute question juridique soulevée à laquelle il devait réagir. Ce n'est qu'ainsi qu'il serait capable de présenter à l'agent des visas des prétentions écrites valables.

[33] Selon les appelantes, les faits particuliers de leurs cas démontrent tout particulièrement qu'il était nécessaire que leur avocat assiste aux entrevues. Il s'agit de leur deuxième demande de contrôle judiciaire. La première a été accueillie parce que l'agent des visas avait commis une erreur de droit en n'appliquant pas l'exception relative aux raisons impérieuses lorsqu'il a décidé si les appelantes avaient une crainte fondée de persécution. Il est important de noter que le ministre a admis que le nouvel agent des visas, dont la décision est contestée ici, a commis exactement la même erreur de droit. Comme il n'avait pas assisté aux entrevues,

knowing—other than by relying on clients who may not understand immigration law or the legal significance of issues discussed at the interview—whether or not the visa officer made any legal errors or elicited all of the relevant evidence. Consequently, counsel will not know that affidavit evidence or supplementary written submissions may be necessary until after the visa officer's decision has already been rendered, and the only remedy is a judicial review application. The ability to make meaningful written submissions on legal and factual issues is especially crucial given that visa officers handle a myriad of duties and receive only minimal training in the specific area of refugees.

[34] Second, the appellants argued that the operations memorandum setting out a policy that counsel should not attend interviews was not simply a guideline expressing rough rules of thumb. Rather, the policy in the operations memorandum was an inflexible limitation leaving no scope for the visa officer's discretion to consider the merits of individual cases. As evidence of this, the appellants pointed to the CAIPS notes and the February 8th handwritten note from the visa officer to counsel for the appellants, which demonstrated that the visa officer viewed the policy as applying to all cases.

[35] Third, with respect to the visa officer's substantive determination that the appellants already had a durable solution in Vietnam, the appellants argued that in order for them to have a durable solution outside Canada such that they are not CRSRs, they must not simply be factually integrated in Vietnam but they must also possess certain basic legal entitlements in Vietnam. In particular, the appellants argued that persons with a durable solution must have all of the rights set out in the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (the Convention), such as the rights to employment, housing, education, person status and a right against *refoulement*. According to the appellants, while as a matter of fact,

l'avocat des appelantes n'avait aucune façon de savoir si l'agent des visas avait commis des erreurs de droit ou s'il avait posé les questions pertinentes, sauf en se fondant sur les dires de ses clientes qui pouvaient ne pas comprendre le droit de l'immigration ou les questions juridiques importantes discutées à l'entrevue. En conséquence, l'avocat ne peut savoir quelle preuve doit être présentée par affidavit ou quelles prétentions écrites additionnelles peuvent être nécessaires avant que l'agent des visas ait déjà rendu sa décision, alors que le seul remède est une demande de contrôle judiciaire. Étant donné que les agents des visas ont une kyrielle de fonctions et qu'ils ne reçoivent que peu de formation par rapport à la question des réfugiés, la possibilité pour l'avocat de présenter des prétentions écrites valables au sujet des questions de fait et de droit est particulièrement importante.

[34] Deuxièmement, les appelantes soutiennent que la note de service sur les opérations qui indique que la politique est de ne pas autoriser les avocats à assister aux entrevues n'est pas une simple ligne directrice prévoyant une approche peu précise. En fait, la politique exprimée dans la note de service sur les opérations est une prescription qui ne comporte aucune flexibilité et qui ne laisse aucun pouvoir discrétionnaire à l'agent des visas d'examiner chaque cas au mérite. À l'appui de cette assertion, les appelantes font ressortir le contenu des notes STIDI et de la note manuscrite du 8 février que l'agent des visas a envoyé à leur avocat, qui démontrent que ce dernier considérait que la politique s'appliquait dans tous les cas.

[35] Troisièmement, s'agissant de la décision de fond de l'agent des visas qui porte que les appelantes disposaient d'une solution durable au Vietnam, les appelantes soutiennent que pour qu'elles aient une solution durable hors du Canada qui les rendrait inadmissibles au statut de RSCCR, il ne suffit pas qu'elles soient intégrées au Vietnam en fait mais elles doivent aussi avoir certains droits fondamentaux au Vietnam. Les appelantes soulignent notamment que pour avoir une solution durable une personne doit avoir tous les droits prévus dans la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention), savoir les droits au travail, au logement et à l'école, ainsi qu'un statut

they may have been living and working in Ho Chi Minh City at the time of the interview with the visa officer, they were not legally entitled to do this.

[36] Furthermore, the appellants argued that the visa officer also erred in finding that the appellants had a possibility of attaining Vietnamese citizenship within a reasonable period of time based on the fact that they were free to apply for Vietnamese citizenship. According to the appellants, the relevant question is not whether they are free to apply; the relevant question is whether they have a reasonable possibility of actually attaining Vietnamese citizenship within a reasonable period of time. As a result, the visa officer's decision should also be set aside on this basis.

VII. Respondent's Arguments

[37] First, the respondent argued that the Motions Judge did not err in finding that the duty of fairness does not require a visa officer to allow counsel to attend at the interviews of applicants seeking admission to Canada as CRSRs. The decision of a visa officer to grant or not grant an applicant status as a permanent resident is administrative, involving the exercise of considerable discretion. If applicants are denied admission to Canada, they are not deprived of any right or benefit nor does such a decision result in their *refoulement*. The attendance of counsel is not necessary because the purpose of interviews is to obtain facts about applicants not legal arguments. As well, counsel for the appellants had a meaningful opportunity to participate by making written legal submissions. The attendance of counsel at interviews would only result in increased costs and increase the length of each interview, correspondingly reducing the number of interviews that can be scheduled.

[38] Second, the respondent argued that the Motions Judge did not err in finding that the operations memorandum did not operate as a fetter on the visa officer's discretion to permit counsel to attend interviews. The operations memorandum establishes a

juridique et la protection contre le refoulement. Selon les appelantes, même si en fait elles vivaient et travaillaient à Hô Chi Minh-ville au moment de leur entrevue avec l'agent des visas, elles le faisaient illégalement.

[36] De plus, les appelantes ont soutenu que l'agent des visas a commis une erreur en concluant qu'elles avaient la possibilité d'obtenir la citoyenneté vietnamienne dans un laps de temps raisonnable, se fondant pour ce faire sur le fait qu'elles avaient le droit d'en faire la demande. Selon les appelantes, la question n'est pas de savoir si elles ont le droit de faire la demande, mais bien si elles ont une possibilité raisonnable d'obtenir la citoyenneté vietnamienne dans un laps de temps raisonnable. En conséquence, la décision de l'agent des visas devrait être annulée.

VII. Le point de vue de l'intimé

[37] Premièrement, l'intimé soutient que la juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en concluant que l'obligation d'équité n'exige pas de l'agent des visas qu'il autorise les avocats à assister aux entrevues des demandeurs d'admission au Canada à titre de RSCCR. La décision d'un agent des visas d'accorder ou non à un demandeur le statut de résident permanent est de nature administrative, en ce sens qu'elle suppose l'exercice d'un pouvoir d'appréciation considérable. Si les demandeurs se voient refuser l'admission au Canada, ils ne sont pas privés d'un droit ou d'un bénéfice. Une telle décision n'a pas non plus comme résultat leur refoulement. La présence des avocats n'est pas nécessaire étant donné que l'objectif des entrevues est d'obtenir des demandeurs des informations factuelles et non des arguments juridiques. De plus, l'avocat des appelantes avait une occasion valable de participer en présentant ses prétentions écrites. Le fait d'autoriser les avocats à assister aux entrevues n'aurait comme résultat que d'augmenter les coûts ainsi que le temps consacré à chaque entrevue, ce qui fait qu'on pourrait faire un nombre moins grand d'entrevues.

[38] Deuxièmement, l'intimé soutient que la juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en concluant que la note de service sur les opérations n'entravait pas le pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas d'autoriser un avocat à assister aux entrevues. La note de service sur

flexible general policy and does not preclude visa officers from considering the particular circumstances of each individual case. Furthermore, the affidavit of the visa officer indicates that he did not view the policy in the operations memorandum as fettering his discretion.

[39] Third, the respondent argued that provided a refugee has some level of integration in the country of first asylum, such as access to housing and employment, and is neither at risk in the country of asylum nor at risk of *refoulement*, then he or she should be considered resettled for the purposes of having a durable solution outside Canada. The Motions Judge did not err in finding that the visa officer's conclusion that the appellants were already resettled in Vietnam because they live and work as tailors in Ho Chi Minh City was not unreasonable. In any case, the visa officer also concluded that the appellants had the possibility of a durable solution because they could apply for Vietnamese citizenship. The Motions Judge did not make a reviewable error in reaching this decision.

VIII. Analysis

Issue 1: Did the Motions Judge err in finding that the visa officer did not breach his duty of fairness to the appellants in the particular circumstances of this case when he decided that counsel could not attend the interview?

[40] At the outset, I would like to note that the question certified by the Motions Judge is problematic because it requires this Court to make a general pronouncement as to whether the duty of fairness generally requires that counsel should be allowed to attend the interviews of all applicants seeking admission to Canada as CRSRs. The certified question reads:

Is the duty of fairness breached when a visa officer refuses to allow counsel to attend at the interview of an applicant seeking admission to Canada as a Convention refugee seeking resettlement?

les opérations énonce une politique générale souple et elle n'interdit pas aux agents des visas d'examiner les circonstances particulières de chaque cas. De plus, l'affidavit de l'agent des visas indique qu'il ne considérerait pas que la politique énoncée dans la note de service sur les opérations entravait son pouvoir discrétionnaire.

[39] Troisièmement, l'intimé soutient que dès qu'un réfugié est intégré d'une certaine manière dans son premier pays d'asile, par exemple s'il a accès à un logement et à un emploi, et qu'il n'est pas soumis dans son pays d'asile à un risque, y compris le risque de refoulement, on doit considérer qu'il est réinstallé parce que possédant une solution durable hors du Canada. La juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en décidant que la conclusion de l'agent des visas que les appelantes étaient réinstallées au Vietnam parce qu'elles vivaient à Hô-Chi-Minh-Ville et y travaillaient dans la confection n'était pas déraisonnable. De toute façon, l'agent des visas a aussi conclu que les appelantes avaient une possibilité de solution durable du fait qu'elles pouvaient demander la citoyenneté vietnamienne. La juge des requêtes n'a pas commis d'erreur susceptible de révision en arrivant à sa décision.

VIII. Analyse

Question 1: La juge des requêtes a-t-elle commis une erreur en concluant que l'agent des visas n'avait pas enfreint son obligation d'équité envers les appelantes dans les circonstances particulières de ce cas lorsqu'il a décidé que leur avocat ne pouvait assister aux entrevues?

[40] Je voudrais d'abord faire remarquer que la question certifiée par la juge des requêtes est problématique, puisqu'elle sollicite de la Cour une déclaration générale quant à la question de savoir si l'obligation d'équité exige que les avocats soient autorisés à assister aux entrevues de tous les demandeurs d'admission au Canada à titre de RSCCR. La question certifiée est rédigée comme suit:

Y a-t-il manquement au devoir d'équité lorsqu'un agent des visas refuse d'autoriser un avocat à assister à l'entrevue d'un requérant qui demande son admission au Canada à titre de réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller?

Since the content of the duty of fairness will always vary depending upon the facts, the Court must instead answer the question of whether the duty of fairness was breached in the particular circumstances of this case. According to L'Heureux-Dubé J., speaking for the Supreme Court of Canada in *Baker, supra*, at paragraph 21: "As I wrote in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682, 'the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case.' All of the circumstances must be considered in order to determine the content of the duty of procedural fairness."

[41] The fact that the content of the duty of fairness must be determined on the particular facts of each case is also supported by Jones and de Villars in *Principles of Administrative Law* (3rd ed., 1999), at pages 297-298:

In conclusion, neither the principles of natural justice nor the Charter entitle a person to representation by counsel in all proceedings by all administrative tribunals or statutory delegates. Both the common law principles of natural justice and constitutionally entrenched fundamental justice require a decision-maker to consider whether, in the circumstances of each individual case, a party before the decision-maker is entitled to counsel. Decision-makers who deny representation to counsel in circumstances which the court later rules are sufficiently serious or complex so as to require counsel, or in which there is a sufficiently difficult question of law that the party cannot adequately present his case without representation by counsel, will be reviewable on both natural justice grounds and on the basis of a breach of fundamental justice. Each case turns on its own unique circumstances, because there is neither an absolute right to counsel nor an absolute discretion to deny counsel. [Emphasis added.]

Standard of Review

[42] When the Motions Judge determined that the duty of fairness did not require the attendance of counsel at the interviews, she did not discuss "standard of review" or "pragmatic and functional approach" but instead proceeded to make her own determination as to the content of the duty of fairness by applying the factors in

Étant donné que le contenu de l'obligation d'équité est variable selon les faits en cause, la Cour doit plutôt répondre à la question de savoir si l'obligation d'équité a été violée au vu des faits particuliers en l'espèce. Selon le juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant pour la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Baker*, précité, au paragraphe 21: «Comme je l'écrivais dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la p. 682, "la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas". Il faut tenir compte de toutes les circonstances pour décider de la nature de l'obligation d'équité procédurale.»

[41] Le fait que le contenu de l'obligation d'équité doit être déterminé au vu des faits de chaque cas ressort aussi du texte suivant de Jones et de Villars, aux pages 297 et 298 de *Principles of Administrative Law* (3^e éd., 1999):

[TRANSLATION]

En conclusion, les principes de justice naturelle et la Charte n'accordent pas un droit de représentation par avocat dans toutes les procédures devant tous les tribunaux administratifs ou les délégués en vertu d'une loi. Les principes de justice naturelle en common law, ainsi que ceux de justice fondamentale qui sont inscrits dans la Constitution, exigent d'un décideur qu'il examine la question de savoir si, au vu des circonstances de chaque cas, une partie devant lui a droit à l'assistance d'un avocat. Les décideurs qui n'accordent pas ce droit dans des circonstances où le tribunal juge par la suite que les questions étaient assez sérieuses et complexes pour exiger la présence d'un avocat, ou lorsqu'il existe des questions de droit suffisamment difficiles qu'une partie ne peut présenter son dossier adéquatement sans l'assistance d'un avocat, verront leurs décisions révisées à la fois pour des motifs de justice naturelle et sur la base d'une violation de la justice fondamentale. Chaque affaire dépend de ses propres faits, puisqu'il n'existe pas de droit absolu à l'assistance d'un avocat, non plus qu'un pouvoir discrétionnaire absolu de ne pas l'autoriser. [Non souligné dans l'original.]

La norme de contrôle

[42] Lorsque la juge des requêtes a conclu que l'obligation d'équité n'exigeait pas que l'avocat assiste aux entrevues, elle n'a pas parlé de la «norme de contrôle» ou de «l'analyse pragmatique et fonctionnelle». En fait, elle est arrivée à sa propre conclusion quant au contenu de l'obligation d'équité en appliquant les

Baker, supra. In my opinion, the Motions Judge was correct in not applying the pragmatic and functional approach to determine the standard of review in this case. Since the issue at hand involves a determination of the content of the duty of fairness that the visa officer owed to the appellants as opposed to the visa officer's ultimate determination on the merits of the case, the pragmatic and functional approach need not be applied and the Motions Judge was correct in proceeding to conduct her own determination as to the content of the duty of fairness.

[43] In *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 21, the Supreme Court of Canada stated that: “[i]n every case where a statute delegates power to an administrative decision-maker, the reviewing judge must begin by determining the standard of review on the pragmatic and functional approach.” However, the Court clarified this statement in *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539 (*C.U.P.E.*), by distinguishing between the standard of review to be applied to the ultimate decision of an administrative decision-maker as opposed to the procedural framework in which the decision was made. In *C.U.P.E., supra*, the Ontario Minister of Labour's appointment of a labour arbitrator was being challenged on the grounds that it was not consistent with subsection 6(5) of the *Hospital Labour Disputes Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. H.14, and that it was not made in accordance with the duty of procedural fairness. Binnie J., speaking for a majority of the Court stated at paragraphs 100, 102 and 103:

The second order of business is to isolate the Minister's acts or omissions relevant to procedural fairness, a broad category which extends to, and to some extent overlaps, the traditional principles of natural justice. . . . The unions, for example, question whether the Minister was right to refuse to consult with them before making the appointments. These questions go to the procedural framework within which the Minister made the s. 6(5) appointments, but are distinct from the s. 6(5) appointments themselves. It is for the courts, not the Minister, to provide the legal answer to procedural fairness questions. It is only the ultimate exercise of the Minister's discretionary s. 6(5) power of appointment itself that is subject to the “pragmatic and functional” analysis, intended to assess the degree of deference intended by the legislature to be paid by the courts to the statutory decision maker, which is what we

facteurs de l'arrêt *Baker*, précité. Selon moi, la juge des requêtes a eu raison de ne pas utiliser l'analyse pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle en l'espèce. Étant donné que la question en litige implique qu'on détermine quel est le contenu de l'obligation d'équité que l'agent des visas a envers les appelantes, et non la décision ultime de l'agent des visas au vu des mérites de l'affaire, il n'est pas nécessaire d'utiliser l'analyse pragmatique et fonctionnelle et la juge des requêtes a eu raison d'arriver à sa propre décision quant au contenu de l'obligation d'équité.

[43] Dans l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 21, la Cour suprême du Canada déclare que: «[c]haque fois que la loi délègue un pouvoir à une instance administrative décisionnelle, le juge de révision doit commencer par déterminer la norme de contrôle applicable selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle». Toutefois, la Cour a précisé cette déclaration dans l'arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539 (*S.C.F.P.*), en établissant une distinction entre la norme de contrôle applicable aux résultats des délibérations du décideur plutôt qu'à la manière d'arriver à la décision. Dans l'arrêt *S.C.F.P.*, précité, le ministre du Travail de l'Ontario avait nommé un arbitre du travail et cette nomination était contestée au motif qu'elle ne respectait pas le paragraphe 6(5) de la *Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux*, L.R.O. 1990, ch. H.14, et qu'il y avait eu manquement à l'équité procédurale. Parlant au nom de la majorité de la Cour, le juge Binnie déclare ceci, aux paragraphes 100, 102 et 103:

La deuxième étape consiste à isoler les actes ou omissions du ministre qui touchent à l'équité procédurale, une catégorie générale qui comprend et, dans une certaine mesure, chevauche les principes traditionnels de la justice naturelle [. . .] Par exemple, les syndicats se demandent si le ministre a eu raison de refuser de les consulter avant de faire les désignations. Ces questions concernent le cadre procédural à l'intérieur duquel le ministre a fait les désignations fondées sur le par. 6(5), sans toutefois porter sur les désignations mêmes qui ont été faites en vertu de ce paragraphe. Il appartient aux tribunaux judiciaires et non au ministre de donner une réponse juridique aux questions d'équité procédurale. Seul l'exercice en dernière analyse du pouvoir discrétionnaire de désignation conféré au ministre par le par. 6(5) est assujéti à l'analyse «pragmatique et fonctionnelle» qui vise à déterminer le degré de déférence

call the “standard of review”.

...

The content of procedural fairness goes to the manner in which the Minister went about making his decision, whereas the standard of review is applied to the end product of his deliberations.

On occasion, a measure of confusion may arise in attempting to keep separate these different lines of enquiry. Inevitably some of the same “factors” that are looked at in determining the requirements [underlining in original] of procedural fairness are also looked at in considering the “standard of review” [underlining in original] of the discretionary decision itself. Thus in *Baker, supra*, a case involving the judicial review of a Minister’s rejection of an application for permanent residence in Canada on human and compassionate grounds, the Court looked at “all the circumstances” on both accounts, but overlapping factors included the nature of the decision being made (procedural fairness, para. 23; standard of review, para. 61); the statutory scheme (procedural fairness, at para. 24; standard of review, at para. 60); and the expertise of the decision maker (procedural fairness, at para. 27; standard of review, at para. 59). Other factors, of course did not overlap. . . . The point is that, while there are some common “factors”, the object of the court’s inquiry in each case is different. [Underlining added.]

[44] The fact that the pragmatic and functional approach need not be applied to questions of procedural fairness is also supported by the Ontario Court of Appeal in *London (City) v. Ayerswood Development Corp.* (2002), 167 O.A.C. 120 (C.A.), at paragraph 10:

When considering an allegation of a denial of natural justice, a court need not engage in an assessment of the appropriate standard of review. Rather, the court is required to evaluate whether the rules of procedural fairness or the duty of fairness have been adhered to. The court does this by assessing the specific circumstances giving rise to the allegation and by determining what procedures and safeguards were required in those circumstances in order to comply with the duty to act fairly.

[45] While the Motions Judge took the right approach by proceeding to determine the content of the duty of fairness without determining the standard of review on a

dont le législateur a voulu que les tribunaux judiciaires fassent montre à l’égard du décideur légal, lequel degré constitue ce qu’on appelle la «norme de contrôle».

[. . .]

L’équité procédurale concerne la manière dont le ministre est parvenu à sa décision, tandis que la norme de contrôle s’applique au résultat de ses délibérations.

La tentative de maintenir séparés ces différents genres de questions peut parfois engendrer une certaine confusion. Force est de constater que certains «facteurs» utilisés pour déterminer les exigences [souligné dans l’original] de l’équité procédurale servent également à déterminer la «norme de contrôle» [souligné dans l’original] applicable à la décision discrétionnaire elle-même. Ainsi, dans l’affaire *Baker*, précitée, qui portait sur le contrôle judiciaire du rejet par le ministre d’une demande de résidence permanente au Canada fondée sur des raisons d’ordre humanitaire, la Cour a examiné «toutes les circonstances» à ces deux égards, mais il y avait chevauchement de certains facteurs, dont la nature de la décision rendue (équité procédurale, par. 23; norme de contrôle, par. 61), le régime législatif (équité procédurale, par. 24; norme de contrôle, par. 60), et l’expertise du décideur (équité procédurale, par. 27; norme de contrôle, par. 59). Il est évident que d’autres facteurs ne se recoupaient pas. [. . .] Il reste que, même s’il existe certains «facteurs» communs, l’objet de l’examen du tribunal judiciaire diffère d’un cas à l’autre. [Soulignement ajouté.]

[44] Le fait qu’il n’est pas nécessaire d’appliquer l’analyse pragmatique et fonctionnelle aux questions d’équité procédurale ressort aussi de l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario *London (City) v. Ayerswood Development Corp.* (2002), 167 O.A.C. 120 (C.A.), au paragraphe 10:

[TRADUCTION] En examinant une allégation de déni de justice naturelle, un tribunal n’a pas à procéder à une évaluation de la norme de contrôle appropriée. Le tribunal doit plutôt examiner si les règles d’équité procédurale ou l’obligation d’équité ont été respectées. Le tribunal répond à cette question en évaluant les circonstances particulières qui ont donné naissance à l’allégation et en déterminant quelles procédures et garanties étaient nécessaires dans les circonstances pour respecter l’obligation d’agir avec équité.

[45] Bien que la juge des requêtes ait adopté la bonne approche pour circonscrire le contenu de l’obligation d’équité sans chercher à déterminer la norme de contrôle

pragmatic and functional approach, I disagree with her ultimate determination regarding the content of the duty of fairness in the circumstances of this case. Since in *C.U.P.E., supra*, the Supreme Court held that procedural fairness questions are questions of law, the standard of review to be applied by this Court when reviewing the determination of the Motions Judge that the duty of fairness did not include a right to counsel is correctness. See *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235.

Content of the Duty of Fairness in the Circumstances of this Case

[46] In my opinion, the factors elucidated in *Baker, supra* for determining the content of the duty of fairness demonstrate that the appellants' counsel should have been allowed to attend and observe the interview.

(i) The nature of the decision being made and the process followed in making it

[47] The first factor identified by the Court in *Baker, supra*, is the nature of the decision being made and the process followed in making it. The Motions Judge found that this factor did not indicate that the content of the duty of fairness should be increased in this case on the basis that the nature of the decision being made was administrative and involved the "considerable exercise of discretion." With respect, I disagree that a "considerable exercise of discretion" is involved in this case. Ultimately, the visa officer must determine whether applicants meet the relevant legal requirements as set out in the Act and Regulations. Even if the visa officer has some residual discretion to deny an applicant who meets all of the requirements contained in the Act and Regulations for admissibility (and thus does not fall into any of the inadmissible classes of persons), which was not argued in this case, in my opinion, such a discretion should not be characterized as considerable.

[48] Furthermore, I note that in the particular circumstances of this case, the nature of the decision being made by the visa officer has a significant legal

au moyen de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, je ne partage pas son avis quant au contenu de l'obligation d'équité au vu des circonstances en l'espèce. Étant donné que dans l'arrêt *S.C.F.P.*, précité, la Cour suprême a décidé que les questions liées à l'équité procédurale sont des questions de droit, la norme de contrôle que notre Cour doit appliquer en examinant la décision de la juge des requêtes voulant que l'obligation d'équité n'établissait pas un droit à l'assistance d'un avocat est celle de la décision correcte. Voir l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235.

Le contenu de l'obligation d'équité dans les circonstances en l'espèce

[46] Selon moi, les facteurs précisés dans l'arrêt *Baker*, précité, pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité démontrent que l'avocat des appelantes aurait dû être autorisé à assister aux entrevues en tant qu'observateur.

(i) La nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir

[47] Le premier facteur précisé par la Cour dans l'arrêt *Baker*, précité, est la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir. La juge des requêtes a conclu que ce facteur ne justifiait pas un élargissement du contenu de l'obligation d'équité en l'espèce, au motif que la décision à rendre était administrative, en ce sens qu'elle suppose «l'exercice d'un pouvoir d'appréciation considérable». Avec égards, je ne suis pas d'avis qu'il existe un «pouvoir d'appréciation considérable» en l'espèce. En définitive, l'agent des visas doit décider si un demandeur satisfait aux critères juridiques fixés par la Loi et le Règlement. Même si l'agent des visas avait un quelconque pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'admettre un demandeur qui satisfait à toutes les exigences de la Loi et du Règlement (et qui donc ne tombe dans aucune des catégories de personnes non admissibles), ce qui n'a pas été plaidé en l'instance, selon moi on ne pourrait dire que ce pouvoir discrétionnaire est considérable.

[48] De plus, je note qu'au vu des circonstances particulières en l'espèce, la nature de la décision de l'agent des visas a un contenu juridique important, ce qui

element, which suggests that counsel should have been allowed to attend the interview. The appellants were successful in a prior judicial review application on the grounds that the visa officer made a legal error by concluding that the appellants did not have a well-founded fear of persecution, without considering the compelling reasons exception in subsection 2(3) of the Act. The Minister has conceded that the visa officer made the same legal error in this case. Also, there is a serious legal question, that has been certified for consideration by this Court, as to whether the meaning of durable solution extends to the appellants' situation in Vietnam.

[49] During the interview, the visa officer asked the appellants questions of a legal character. The visa officer stated the following in his affidavit:

I specifically considered Article 20 of the Law on Nationality of Vietnam (the "Law") which states, in part, that "a foreign citizen or stateless person who is residing in Vietnam and makes an application for granting Vietnamese nationality may be granted Vietnamese nationality" if he/she satisfies certain conditions, which are listed under that Article. I considered the conditions of the Article and the definitions contained in the Law, and I put this Law before the Applicants in order for them to respond to it. From my review of the relevant Article, I found that the Applicants were eligible to apply for citizenship in Vietnam, and after reading the relevant Article the Applicants did not raise any doubts as to their eligibility under the Law. [Emphasis added.]

In the circumstances of this case, where the visa officer has clearly indicated that he "put" questions of a legal nature before the appellants, this strongly suggests that counsel should have been present. The interview in this case was about more than simply establishing the facts; it also involved the consideration of legal issues.

[50] Furthermore, speaking again of the interview, the visa officer stated in his affidavit:

I then explained to each of the Appellants my concerns. Their fears are not well founded and there is another durable solution as they are resettled in Vietnam. I explained that I believed that they are permanently resettled in Vietnam and that they are basically "de facto" citizens. I asked each Applicant if she has anything to address my concerns

indique que l'avocat aurait dû être autorisé à assister aux entrevues. Les appelantes ont eu gain de cause dans une demande de contrôle judiciaire antérieure, au motif que l'agent des visas avait commis une erreur de droit en concluant qu'elles n'avaient pas une crainte fondée de persécution sans considérer l'exception relative aux raisons impérieuses contenue au paragraphe 2(3) de la Loi. Le ministre a admis que l'agent des visas a commis la même erreur de droit en l'espèce. De plus, il y a une question juridique grave qui a été certifiée pour notre examen, savoir si la définition de solution durable s'applique à la situation des appelantes au Vietnam.

[49] Au cours de l'entrevue, l'agent des visas a posé aux appelantes des questions de nature juridique. L'agent des visas déclare ceci dans son affidavit:

[TRADUCTION] J'ai tenu compte notamment de l'article 20 de la Loi sur la nationalité au Vietnam (la Loi) qui déclare entre autres qu'un «citoyen étranger ou une personne apatride qui réside au Vietnam et fait une demande de nationalité vietnamienne peut l'obtenir» si elle satisfait à certaines conditions, qui sont énumérées dans l'article. J'ai examiné ces conditions, ainsi que les définitions qui se trouvent dans la Loi, et j'ai présenté le texte aux requérantes afin d'obtenir leurs commentaires. Au vu de mon examen de l'article pertinent, j'ai conclu que les requérantes pouvaient demander la citoyenneté vietnamienne et, après avoir lu l'article pertinent, les requérantes n'ont soulevé aucun doute quant au fait qu'elles soient éligibles en vertu de la Loi. [Non souligné dans l'original.]

Dans les circonstances de l'espèce, sachant que l'agent des visas a indiqué clairement qu'il avait posé des questions de nature juridique aux appelantes, il ressort avec une grande probabilité que l'avocat aurait dû être présent. En l'espèce, les entrevues devaient faire plus que déterminer des faits, car elles impliquaient aussi l'examen de questions de droit.

[50] De plus, parlant toujours de l'entrevue, l'agent des visas déclare ceci dans son affidavit:

[TRADUCTION] J'ai alors expliqué mes préoccupations à chacune des appelantes. Leurs craintes ne sont pas fondées et elles possèdent une autre solution durable puisqu'elles sont réinstallées au Vietnam. J'ai expliqué que je croyais qu'elles étaient réinstallées en permanence au Vietnam, où elles étaient au fond des citoyennes «de facto». J'ai demandé à chacune

and she did not really address them.

In my opinion, the fact that the visa officer asked the appellants at their interviews if they had anything to address his concerns that they already had a durable solution in Vietnam, which is a legal definition, also suggests that the attendance of counsel at the interview would have been of great assistance in this case. Even though the appellants have only asked that counsel be allowed to observe the interview, this opportunity to observe will alert counsel to the visa officer's legal concerns, which he can later address in written submissions.

[51] In the past when the courts have addressed the issue of whether the duty of fairness includes a right to counsel in particular circumstances, one of the primary factors considered was whether the questions are of a legal or complex nature such that the individual's ability to participate effectively without a lawyer was in question. See for example: *Laroche and Beirsdorfer (Re)* (1981), 131 D.L.R. (3d) 152 (F.C.A.); and *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642 (C.A.), at page 662. As the previous analysis indicates, the interview had a substantial legal component.

[52] In making the argument that the duty of fairness does not require that counsel should be permitted to attend visa office interviews, the respondent relied heavily on the fact that lawyers are free to make written submissions. However, without having an opportunity to observe the interview, counsel may not be aware of the visa officer's particular legal concerns in order to be able to address them effectively in written submissions. For example, during oral arguments, counsel for the appellants argued that the CAIPS notes in this case indicated that the second interview of the appellants was to focus on whether or not they had a well-founded fear of persecution. However, in this case, the issue of whether or not the appellants had a durable solution in Vietnam ended up being a major issue in the interview. Without observing the interview where the issue of durable solution was discussed, counsel cannot be

d'elles si elles avaient quelque chose à présenter face à mes préoccupations et je n'ai pas vraiment reçu de réponse.

Selon moi, le fait que l'agent des visas ait demandé aux appelantes lors de leurs entrevues si elles avaient quelque chose à répondre à ses préoccupations portant qu'elles disposaient déjà d'une solution durable au Vietnam, ce qui suppose une définition juridique, nous suggère aussi qu'en l'espèce la présence de l'avocat à l'entrevue aurait été fort utile. Même si les appelantes ne demandaient pour leur avocat que le statut d'observateur aux entrevues, sa présence lui aurait permis de savoir quelles étaient les préoccupations juridiques de l'agent des visas et il aurait pu rédiger ses prétentions écrites en conséquence.

[51] Par le passé, lorsque les tribunaux ont examiné si l'obligation d'équité comprend le droit à l'assistance d'un avocat dans des circonstances données, un des facteurs les plus importants était celui de savoir si les questions étaient de nature juridique ou complexe, faisant qu'on pouvait mettre en question la capacité d'une personne à avoir une participation efficace sans l'assistance d'un avocat. Voir, par exemple: *Laroche et Beirsdorfer (Re)* (1981), 131 D.L.R. (3d) 152 (C.A.F.); et *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642 (C.A.), à la page 662. Comme l'analyse qui précède l'indique, l'entrevue avait une composante juridique importante.

[52] En soutenant que l'obligation d'équité n'exige pas qu'on autorise les avocats à assister aux entrevues des bureaux de visa, l'intimé s'est appuyé essentiellement sur le fait que les avocats peuvent soumettre des prétentions écrites. Toutefois, à défaut de pouvoir observer l'entrevue, les avocats peuvent ne pas être au fait des préoccupations juridiques précises de l'agent des visas et donc ne pas pouvoir en traiter de façon efficace dans leurs prétentions écrites. Par exemple, l'avocat des appelantes a soutenu, au cours de sa plaidoirie, que les notes STIDI en l'espèce portaient que la deuxième entrevue des appelantes devait cibler la question de savoir si elles avaient une crainte fondée de persécution. Toutefois, en l'espèce la question de savoir si les appelantes disposaient ou non d'une solution durable au Vietnam est devenue une question importante à l'entrevue. Sans avoir observé l'entrevue au moment

expected to have been aware of the need to address this issue in his written submissions. Applicants for refugee status will often not understand legal concepts such as durable solution and, if such issues arise during the interview, may not be able to effectively report this to counsel.

[53] Furthermore, since counsel was unable to observe the interviews in this case, he was also unaware of whether all of the relevant evidence had been elicited. For example, the visa officer learned of the fact that the appellants were no longer living in the refugee camp but were, as a matter of fact, living and working as tailors in Ho Chi Minh City. However, the visa officer did not inquire into whether the appellants were entitled, as a matter of law, to live and work in Ho Chi Minh City. In these circumstances, if counsel were aware that this arose as a legal issue at the interview, he could have provided written submissions on the appellants' legal status in Vietnam.

[54] Finally, the appellants' interviews with the visa officers cannot be classified as taking place at a preliminary stage in the decision-making process, and in this way, the Supreme Court of Canada's decision in *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053 (*Dehghani*) that the principles of fundamental justice did not include the right to counsel in the case of an immigrant arriving at a Canadian airport and being interviewed upon arrival is distinguishable from the present case. In *Dehghani, supra*, the Supreme Court was considering whether a person should be entitled to counsel at the pre-hearing or pre-inquiry stage of the process. In making its determination, the Court specifically relied on the fact that *Dehghani* would be later entitled to a full inquiry at which he would have the right to have counsel present. In this case, the interview is one of the appellants' last chances to make their case to the visa officer. Unlike in *Dehghani, supra*, they do not get another hearing where they will be entitled to have counsel present.

où la question de la solution durable a été abordée, l'avocat ne peut savoir qu'il doit traiter de cette question dans ses prétentions écrites. Les demandeurs de statut de réfugié ne sont pas généralement capables de comprendre des concepts juridiques comme celui de solution durable et, lorsque ces questions sont soulevées lors de l'entrevue, ils peuvent ne pas être mesure de faire un rapport précis à ce sujet à leur avocat.

[53] De plus, comme l'avocat n'a pu observer les entrevues en l'espèce, il ne pouvait savoir non plus si toute la preuve pertinente avait été obtenue. Par exemple, l'agent des visas a appris que les appelantes ne vivaient plus dans le camp des réfugiés, mais en fait qu'elles vivaient et travaillaient dans la confection à Hô-Chi-Minh-Ville. Toutefois, l'agent des visas n'a pas posé la question de savoir si les appelantes avaient le droit de vivre et de travailler à Hô-Chi-Minh-Ville. Dans de telles circonstances, si l'avocat avait su que cette question juridique était soulevée à l'entrevue, il aurait pu traiter dans ses prétentions écrites du statut juridique des appelantes au Vietnam.

[54] Finalement, les entrevues des appelantes avec l'agent des visas ne se situent pas à l'étape préliminaire du processus de décision. Par conséquent, la déclaration de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053 (*Dehghani*), portant que les principes de justice fondamentale n'exigent pas qu'un immigrant dispose des services d'un avocat lorsqu'il arrive dans un aéroport canadien et qu'il est soumis à un interrogatoire, peut être distinguée de la présente affaire. Dans l'arrêt *Dehghani*, précité, la Cour suprême a examiné la question de savoir si une personne devait être autorisée à obtenir l'assistance d'un avocat à l'étape du processus qui précède l'audience ou l'enquête. En prenant sa décision, la Cour s'est appuyée spécifiquement sur le fait que *Dehghani* obtiendrait une enquête complète où il aurait droit à l'assistance d'un avocat. En l'espèce, l'entrevue est l'une des dernières chances que les appelantes possèdent de présenter leurs cas à l'agent des visas. Contrairement à la situation dans l'arrêt *Dehghani*, précité, elles n'auront pas d'office une autre audience où elles auraient droit à l'assistance de leur avocat.

(ii) The nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which the decision-maker operates

[55] According to *Baker, supra*, at paragraph 24, the fact that there is no right of appeal from the visa officer's decision suggests that greater procedural protections should be afforded to the appellants in this case. While people applying for permanent resident status as CRSRs may bring judicial review applications, importantly, the scope of the reviewing judge's authority may be limited with respect to the substantive issues of the case, and therefore cannot be equated to an appeal right.

[56] The respondent argued that the fact that the appellants are entitled to reapply for a visa if their applications are initially unsuccessful also lowers the content of the duty of fairness. In *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297 (C.A.) (*Chiau*), this Court considered this argument [at paragraph 39]:

Moreover, a refusal to issue a visa is not final, in the sense that the individual may always apply again. However, it must also be acknowledged that, when an applicant is refused a visa under paragraph 19(1)(c.2) of the Act, subsequent applications by that person are likely to be subject to a higher level of scrutiny than they might otherwise have attracted. [Emphasis added.]

Not only will a subsequent application be subject to a higher degree of scrutiny, but also there is no guarantee that the visa officer will decide to interview the appellants in a subsequent application. As a result, simply because the appellants can theoretically continue to apply for Canadian visas *ad infinitum* should not serve to limit the content of the duty of fairness that they are owed in the circumstances of this case where the visa officer decided that their cases merited interviews. Similarly, simply because visa officers are not obliged to interview all applicants in all cases does not diminish the procedural protections that they owe to those applicants whom they do decide to interview. Once visa officers decide to conduct an interview, they must do so in accordance with the duty of fairness.

(ii) La nature du régime législatif et les termes de la loi en vertu de laquelle agit le décideur en question

[55] Selon l'arrêt *Baker*, précité, au paragraphe 24, le fait qu'il n'existe pas de droit d'appel de la décision de l'agent des visas va dans le sens d'accorder des protections procédurales plus importantes aux appelantes en l'espèce. Bien que les personnes qui sollicitent le statut de résident permanent à titre de RSCCR peuvent présenter des demandes de contrôle judiciaire, il est important de noter que la portée de la compétence du juge chargé de ce contrôle peut être restreinte quant au fond de l'affaire et que, par conséquent, il ne s'agit pas de l'équivalent d'un droit d'appel.

[56] L'intimé soutient que le fait que les appelantes peuvent toujours présenter une nouvelle demande après avoir essuyé un refus initial vient diminuer le contenu de l'obligation d'équité. Dans l'arrêt *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (*Chiau*), notre Cour a examiné cet argument [au paragraphe 39]:

Au reste, le refus de délivrer un visa n'est pas définitif, en ce sens que l'intéressé peut toujours présenter une nouvelle demande. Toutefois, il faut également reconnaître que lorsqu'un visa est refusé à un demandeur en vertu de l'alinéa 19(1)c.2) de la Loi, les demandes ultérieures présentées par lui feront probablement l'objet d'un examen plus minutieux que ce ne serait le cas en d'autres circonstances. [Non souligné dans l'original.]

Non seulement une demande ultérieure fera-t-elle l'objet d'un examen plus minutieux, mais rien ne garantit que l'agent des visas saisi de la demande recevra les appelantes en entrevue. Par conséquent, le simple fait que les appelantes peuvent en théorie renouveler leur demande de visa canadien *ad infinitum* ne devrait pas venir restreindre le contenu de l'obligation d'équité qui leur est dû dans les circonstances de l'espèce, où l'agent des visas a décidé que leurs cas méritaient la tenue d'entrevues. De la même façon, le simple fait que les agents des visas ne sont pas tenus de recevoir tous les demandeurs en entrevue dans tous les cas ne vient pas restreindre les protections procédurales dues aux demandeurs qu'ils décident de recevoir en entrevue. Une fois que les agents des visas ont décidé de tenir une entrevue, celle-ci doit respecter l'obligation d'équité.

[57] Subsection 8(1) of the Act provides:

8. (1) Where a person seeks to come into Canada, the burden of proving that that person has a right to come into Canada or that his admission would not be contrary to this Act or the regulations rests on that person.

Since subsection 8(1) places an onus on the appellants, the Motions Judge found that the visa officer did not have an obligation to inquire into whether the appellants were legally entitled to work and live outside of the refugee camp in Vietnam. In these circumstances, it is important that counsel should be able to observe the interview so that if any relevant evidence is not elicited at this time this can be dealt with in written submissions to the visa officer. While in *Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 2 F.C. 413 (C.A.) (*Khan*) this Court found that the fact that the onus is on the visa applicant to establish admissibility tended to reduce the content of the duty of fairness, this case is distinguishable in that it did not deal with the special case of an applicant seeking admission to Canada as a refugee nor did it deal with the issue of whether the content of the duty of fairness included the right to have counsel attend at an interview.

(iii) The importance of the decision to the individual or individuals affected

[58] Given that the appellants were applying for permanent residence status on the basis that they are CRSRs, the visa officer's decision to grant the appellants' application is potentially of great significance. Even though the appellants have lived in Vietnam for many years and may not be in immediate danger there, based on the available evidence, the stability of their situation in Vietnam is not entirely clear. Indeed, the appellants argued that they are living and working in Ho Chi Minh City illegally. They submit that, legally, they are only entitled to live and work at a refugee camp which they consider to be unsafe. At the interview, the visa officer did not inquire into whether it was legal for the appellants to live and work in Vietnam. The appellants, not being lawyers, should not be

[57] Le paragraphe 8(1) de la Loi est rédigé comme suit:

8. (1) Il incombe à quiconque cherche à entrer au Canada de prouver qu'il en a le droit ou que le fait d'y être admis ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements.

Étant donné que le paragraphe 8(1) indique clairement que le fardeau incombe aux appelantes, la juge des requêtes a conclu que l'agent des visas n'avait aucune obligation de s'enquérir de la question de savoir si les appelantes avaient une autorisation légale de vivre et de travailler ailleurs que dans le camp de réfugiés au Vietnam. Dans ces circonstances, il était important que l'avocat puisse assister aux entrevues comme observateur afin de pouvoir traiter dans ses prétentions écrites adressées à l'agent des visas de toute preuve pertinente qui n'était pas ressortie à ce moment-là. Bien que notre Cour ait conclu, dans l'arrêt *Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 2 C.F. 413 (C.A.) (*Khan*), que le fait que le demandeur de visa a le fardeau d'établir son admissibilité tendait à limiter le contenu de l'obligation d'équité, cet arrêt peut être distingué en ce qu'il ne traitait pas d'une personne demandant à être admise au Canada à titre de réfugié, non plus que de la question de savoir si le contenu de l'obligation d'équité comprenait le droit à la présence d'un avocat à l'entrevue.

(iii) L'importance de la décision pour les personnes visées

[58] Étant donné le fait que les appelantes demandaient le statut de résident permanent à titre de RSCCR, une décision de l'agent des visas d'accueillir leur demande avait potentiellement une grande importance. Même si les appelantes vivaient au Vietnam depuis plusieurs années et qu'elles ne s'y trouvaient pas confrontées à un danger immédiat, la stabilité de leur situation au Vietnam n'est pas complètement claire au vu de la preuve disponible. En fait, les appelantes ont soutenu qu'elles étaient en situation illégale en vivant et travaillant à Hô-Chi-Minh-Ville. Elles soutiennent que selon la législation elles n'ont droit que de vivre et de travailler au camp de réfugiés, un endroit qu'elles ne considèrent pas être sécuritaire. Lors de l'entrevue, l'agent des visas ne s'est pas enquis de la question de

expected to be able to address these issues during the interview.

[59] When considering the importance of the decision to the appellants, the Motions Judge made the following statement [at paragraph 76]: “While, on a subjective basis, the decision is of great significance to an applicant, on an objective basis a negative decision does not deprive an applicant of any right or benefit. This factor, therefore, does not support enlargement of the content of the duty of fairness.” With respect, the Motions Judge failed to appreciate the significance of the fact that the appellants are applying for admission to Canada as Convention refugees.

[60] The respondent also relied on the following statement of this Court in *Chiau, supra*, at paragraphs 38 and 41:

First, it is necessary to consider the seriousness of the impact on the individual of an adverse administrative decision. The visa officer’s decision in this case did not deprive the appellant of any legal right, since non-citizens have no right at common law or under statute to enter Canada (*Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at page 733), although the statutory scheme under which immigration control is administered does not leave admission decisions to the untrammelled discretion of the Minister or her officials. Nor did Mr. Chiau have any connection with Canada that rendered the refusal of a visa a particular hardship.

...

While, as I have noted, it was not disputed that the duty of fairness applies to the determination of visa applications, the nature of the individual interests at stake in this case suggests that the procedural content of the duty to which the appellant was entitled before the visa officer rendered his decision was at the lower end of the spectrum. [Emphasis added.]

Not only did *Chiau, supra*, not deal with the issue of whether the duty of fairness included the right to counsel, but also the Court limited its conclusion regarding the content of the duty of fairness to the

savoir si les appelantes étaient dans la légalité en vivant et travaillant au Vietnam. Les appelantes ne sont pas des avocates et on ne pouvait s’attendre à ce qu’elles traitent de ces questions au cours de l’entrevue.

[59] En examinant l’importance de la décision pour les appelantes, la juge des requêtes a fait la déclaration suivante [au paragraphe 76]: «Subjectivement, la décision est d’une grande importance pour le requérant, mais objectivement une décision négative ne prive pas le requérant d’un droit ou d’un avantage. Ce facteur n’autorise donc pas un élargissement du contenu de l’obligation d’équité.» Avec égards, la juge des requêtes n’a pas bien évalué le fait que les appelantes demandaient à être admises au Canada à titre de réfugiées au sens de la Convention.

[60] L’intimé s’est aussi appuyé sur la déclaration suivante de notre Cour dans l’arrêt *Chiau*, précité, aux paragraphes 38 et 41:

D’abord, il est nécessaire de considérer la gravité des conséquences d’une décision administrative défavorable pour la personne concernée. La décision de l’agent des visas dans la présente affaire ne privait pas l’appelant d’un droit quelconque, puisque les non-ressortissants n’ont pas un droit d’entrée au Canada qui leur serait conféré par la common law ou par la loi (*Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la p. 733), encore que le régime législatif en vertu duquel est administré le contrôle de l’immigration ne laisse pas les décisions d’admission au seul bon vouloir du ministre ou de ses fonctionnaires. M. Chiau n’avait pas non plus avec le Canada des liens propres à transformer en pénible épreuve pour lui le refus d’un visa.

[...]

Comme je l’ai indiqué, il n’a pas été contesté que l’obligation d’équité s’applique aux décisions portant sur les demandes de visa, mais la nature des intérêts individuels en jeu dans la présente affaire donne à penser que le contenu procédural de l’obligation à l’accomplissement de laquelle l’appelant avait droit avant que l’agent des visas ne rende sa décision se trouvait à l’extrémité inférieure du registre. [Non souligné dans l’original.]

L’arrêt *Chiau*, précité, ne traitait pas de la question de savoir si l’obligation d’équité comprenait le droit à l’assistance d’un avocat. De plus, la Cour a circonscrit sa décision au sujet du contenu de l’obligation d’équité en

particular facts in that case, which differ substantially from those in the case at bar. In *Chiau, supra*, importantly, Chiau was a famous Asian actor, and he was not applying for status as a Convention refugee but rather he was applying for status as a permanent resident in the self-employed class. Furthermore, the Court's statement at paragraph 43 of the judgment that, as a matter of fact, "applicants are normally not permitted to be accompanied by counsel" at visa office interviews cannot be taken as a conclusion that, as a matter of law, the duty of fairness normally does not require the attendance of counsel at interviews, especially where someone is applying for status as a Convention refugee. In any event, because the *Chiau* case did not involve any issue of the right to have counsel present at interviews, this statement must be taken as *obiter*.

[61] In *Baker, supra*, the Supreme Court of Canada expressly recognized that a person does not necessarily have to have a legal entitlement to enter or remain in Canada in order to be entitled to increased procedural protections. Rather, the Court simply stated [at paragraph 25]: "[T]he more important the decision is to the lives of those affected and the greater its impact on that person or those persons, the more stringent the procedural protections that will be mandated." The fact that the appellants are applying for permanent resident status as Convention refugees suggests that this decision is potentially of great importance in their lives.

(iv) Legitimate expectations of the appellants

[62] While it is true that the visa officer waited until February to inform counsel that he could not attend the interview even though counsel indicated his intention to attend as early as November, I do not think that this was sufficient to give the appellants a legitimate expectation that counsel would be permitted to attend their interviews.

[63] In any case, I think it is relevant that when the visa officer eventually responded to counsel, he stated: "Please note that we do not allow lawyers or representatives to attend the interviews." This letter leaves the impression that counsel are never allowed to

la limitant aux faits particuliers de l'affaire, qui sont substantiellement différents de ceux en l'espèce. M. Chiau était un acteur asiatique célèbre et il ne se présentait pas à titre de réfugié au sens de la Convention. Il demandait la résidence permanente dans la catégorie des travailleurs autonomes. De plus, la déclaration de la Cour au paragraphe 43 du jugement qui porte qu'en tant que question de fait «le requérant n'est pas en principe autorisé à se présenter avec un avocat» aux entrevues des bureaux des visas ne peut être transformée en conclusion voulant qu'en tant que question de droit l'obligation d'équité n'exige pas normalement la présence des avocats aux entrevues, surtout si quelqu'un présente sa demande à titre de réfugié au sens de la Convention. De toute façon, cette déclaration est *obiter* étant donné que l'affaire *Chiau* ne soulevait pas la question du droit à la présence d'un avocat à l'entrevue.

[61] Dans l'arrêt *Baker*, précité, la Cour suprême du Canada reconnaît expressément qu'une personne ne doit pas nécessairement disposer d'un droit à entrer ou à demeurer au Canada afin d'obtenir une protection procédurale accrue. La Cour a simplement déclaré que [au paragraphe 25]: «Plus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses.» Le fait que les appelantes demandent la résidence permanente au Canada à titre de réfugié au sens de la Convention indique que la décision est potentiellement d'une grande importance dans leur vie.

(iv) Les attentes légitimes des appelantes

[62] Bien qu'il soit vrai que l'agent des visas a attendu jusqu'en février pour informer l'avocat qu'il ne pouvait assister à l'entrevue, nonobstant le fait que ce dernier lui avait signalé son intention d'assister dès novembre, je ne crois pas que cela suffise pour dire que les appelantes avaient une attente légitime que leur avocat serait autorisé à assister aux entrevues.

[63] De toute façon, je crois qu'il est pertinent de noter que l'agent des visas a répondu de la façon suivante à l'avocat: [TRADUCTION] «Veuillez noter que nous n'autorisons pas les avocats ou représentants à assister aux entrevues.» Cette lettre donne l'impression

attend interviews, which is inaccurate as a matter of law. As a matter of law, the respondent has conceded that visa officers must consider the particular facts of each case before making a determination as to whether counsel should be allowed to attend an interview. As a result of this general statement that counsel cannot attend interviews, the appellants may have assumed it would be futile to attempt to ask the visa officer to reconsider his decision by pointing to particular facts in their case.

(v) The choice of procedure made by the agency

[64] According to *Baker, supra*, some consideration also has to be given to the fact that an agency has chosen a particular procedure. In this case, the respondent has argued that it introduced the general policy that counsel should not attend interviews because permitting counsel to attend would introduce many efficiency concerns, such as increased costs and increased time spent on each interview, leaving less time for other interviews. According to *Khan, supra*, in determining the content of the duty of fairness the Court must guard against imposing a level of procedural formality that would unduly encumber efficient administration.

[65] In addressing this factor, I note that, in the circumstances of this case, the appellants are only requesting that counsel be allowed to observe their interviews. They are not requesting that counsel be able to make oral submissions or object to questions during the interviews. Given the limited role that counsel will play during the interview, I do not think that this Court is imposing a level of procedural formality that would unduly encumber efficient administration, and I do not think that the respondent's efficiency concerns are warranted. I also note that the fact that the respondent allows counsel to attend similar interviews which take place in Canada is also a relevant consideration. The respondent has not argued that the system in Canada has become inefficient as a result of the attendance of counsel. Finally, this Court is not saying that the duty of fairness will always require the attendance of counsel. Visa officers are required to consider the particular circumstances of each case.

que les avocats ne sont jamais autorisés à assister aux entrevues, ce qui est inexact en droit. L'intimé a admis qu'en droit, les agents des visas doivent examiner les faits particuliers de chaque cas avant de décider si l'avocat sera ou non autorisé à assister à l'entrevue. Étant donné cette déclaration générale voulant que les avocats ne sont pas autorisés à assister aux entrevues, les appelantes ont pu présumer qu'il serait futile d'essayer d'obtenir de l'agent des visas qu'il réexamine sa décision en faisant état des faits particuliers de leurs cas.

(v) Les choix de procédure que l'organisme fait

[64] Selon l'arrêt *Baker*, précité, il faut accorder une certaine importance au fait qu'un organisme a choisi une procédure donnée. En l'espèce, l'intimé soutient qu'il a publié une politique générale voulant que les avocats ne puissent assister aux entrevues étant donné que leur présence créerait des problèmes d'efficacité, notamment une augmentation des coûts et du temps consacré à chaque entrevue, ce qui fait qu'on pourrait faire un nombre moins grand d'entrevues. Selon l'arrêt *Khan*, précité, lorsqu'elle détermine le contenu de l'obligation d'équité, la Cour doit se garder d'imposer un niveau de formalité procédurale qui risque de nuire indûment à une bonne administration.

[65] En examinant ce facteur, je note qu'en l'espèce tout ce que les appelantes demandent c'est que leur avocat soit autorisé à assister aux entrevues en tant qu'observateur. Elles ne demandent pas qu'il soit autorisé à plaider ou à présenter des objections aux questions posées au cours de l'entrevue. Étant donné le rôle limité que l'avocat jouera au cours de l'entrevue, je ne crois pas que notre Cour impose un niveau de formalité procédurale qui risque de nuire indûment à une bonne administration. Je ne crois pas non plus que les préoccupations d'efficacité de l'intimé soient justifiées. Je note aussi comme considération pertinente le fait que l'intimé autorise les avocats à assister à ce type d'entrevues lorsqu'elles ont lieu au Canada. L'intimé n'a pas soutenu que le système était devenu inefficace au Canada par suite de la présence des avocats. Finalement, la Cour ne déclare pas que l'obligation d'équité exige toujours la présence d'un avocat. Les agents des visas doivent examiner les circonstances particulières de chaque cas.

(vi) Conclusion as to the content of the duty of fairness in this case

[66] Considering all of these factors together, in my opinion, the duty of fairness in this case includes the right to have counsel attend and observe the appellants' interviews. Observing the interview provides counsel with an opportunity to learn of any legal issues that arise which can later be addressed in written submissions. Furthermore, if relevant evidence is not elicited during the interview, counsel can subsequently file an affidavit with the visa officer. Importantly, the respondent has not challenged the fact that counsel is entitled to make written submissions; on the contrary, it has relied on this as negating the need for counsel to attend the interview. In the circumstances of this case, in order for counsel to have a meaningful ability to make written submissions on the appellants' behalf, he should be able to observe the interview.

[67] Finally, I also note that the appellants' counsel was willing to attend the interview during the scheduled time. I do not think that the duty of fairness requires that the visa officer should have to reschedule the interview to accommodate counsel, provided that the appellants receive sufficient advance notice of the date and time of the interview. Also, in this case, the appellants have obtained their own counsel.

[68] Concluding this issue, the duty of fairness depends on the particular circumstances of each case. Factors that are significant in one case may or may not be significant in another case. On the facts of this case, the duty of fairness required that counsel should be allowed to attend the appellants' interviews in order to observe and take notes. This does not, however, mean that counsel are always permitted to attend interviews. All that the appellants requested in this case was that their lawyer be allowed to attend the interviews in order to observe. As a result, I do not decide whether in other circumstances a more active or more limited role for counsel would be required.

(vi) Conclusion quant au contenu de l'obligation d'équité en l'espèce

[66] Selon moi, si je prends tous ces facteurs dans leur ensemble, l'obligation d'équité en l'espèce comprend le droit à la présence d'un avocat comme observateur au cours des entrevues des appelantes. Le fait d'être observateur à l'entrevue donne l'occasion à l'avocat de prendre connaissance des questions de droit qui sont soulevées, qu'il peut par la suite aborder dans ses prétentions écrites. De plus, si une preuve pertinente ne ressort pas au cours de l'entrevue, l'avocat peut subséquemment déposer un affidavit auprès de l'agent des visas. Il est important de noter que l'intimé n'a pas contesté le fait que l'avocat peut présenter des prétentions écrites. Au contraire, l'intimé s'appuie sur ce fait pour déclarer qu'il n'était pas nécessaire que l'avocat soit présent à l'entrevue. Au vu des circonstances de l'espèce, l'avocat doit pouvoir être observateur aux entrevues afin d'avoir la capacité réelle de présenter des prétentions écrites au nom des appelantes.

[67] Finalement, je note aussi que l'avocat des appelantes était disposé à assister aux entrevues selon l'échéancier prévu. Je ne crois pas que l'obligation d'équité exige que l'agent des visas change son échéancier pour accommoder l'avocat, à condition que les appelantes aient un avis suffisant de la date et de l'heure de l'entrevue. De plus, en l'espèce les appelantes ont leur propre avocat.

[68] Pour conclure cette question, disons que l'obligation d'équité dépend des circonstances particulières de chaque affaire. Les facteurs qui sont significatifs dans une affaire peuvent ne pas l'être dans une autre. Au vu des faits en l'espèce, l'obligation d'équité exigeait qu'on autorise l'avocat à assister aux entrevues des appelantes en tant qu'observateur et qu'il puisse prendre des notes. Ceci ne veut toutefois pas dire que les avocats doivent toujours être autorisés à assister aux entrevues. Tout ce que les appelantes demandaient en l'espèce était que leur avocat soit autorisé à assister aux entrevues à titre d'observateur. En conséquence, je ne tranche pas la question de savoir si dans d'autres circonstances il y aurait lieu d'autoriser un rôle plus ou moins important pour l'avocat.

[69] Because the appellants were denied their right to procedural fairness during the interview, the case must be sent back to a different visa officer to hold another interview and reconsider the appellants' cases.

Issue 2: Did the Motions Judge err in finding that the operations memorandum did not operate as a fetter on the visa officer's discretion to permit counsel to attend interviews?

[70] Since there is no provision in the Act expressly providing a right to counsel in the circumstances of this case, whether or not counsel is permitted to attend a particular interview is within the discretion of the visa officer. However, both the previous analysis as well as the Supreme Court of Canada's decision in *Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560, indicate that this discretion must be exercised in a manner that is consistent with the duty of fairness. Visa officers must consider the particular facts of each case to determine the content of the duty of fairness.

[71] While administrative decision-makers may validly adopt guidelines to assist them in exercising their discretion, they are not free to adopt mandatory policies that leave no room for the exercise of discretion. In each case, the visa officer must consider the particular facts.

[72] In my opinion, the motions judge erred when interpreting the policy contained in the operations memorandum. In my opinion, the policy at issue is more than a mere guideline and it operated as a fetter on the visa officer's discretion to consider the particular facts of the case when deciding whether to permit counsel to attend the interviews.

[73] In *Ainsley Financial Corporation et al. v. Ontario Securities Commission et al.* (1994), 21 O.R. (3d) 104 (C.A.) (*Ainsley*), the Court offered some guidance on how to determine whether a policy is or is not mandatory [at page 110]:

[69] Étant donné qu'on n'a pas respecté l'équité procédurale due aux appelantes au cours de l'entrevue, l'affaire doit être renvoyée à un agent des visas différent pour qu'il tienne d'autres entrevues et qu'il réexamine leurs cas.

Question 2: La juge des requêtes a-t-elle commis une erreur en concluant que la note de service sur les opérations ne constituait pas une entrave au pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas d'autoriser l'avocat à assister aux entrevues?

[70] Comme le droit à l'assistance d'un avocat dans les circonstances de l'espèce n'est prévu expressément nulle part dans la Loi, la question de savoir si un avocat sera autorisé à assister à une entrevue donnée est laissée au pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas. Toutefois, l'analyse à laquelle je viens de procéder ainsi que l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560, font ressortir que ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé d'une façon qui respecte l'obligation d'équité. Les agents des visas doivent examiner les faits particuliers de chaque cas pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité.

[71] Bien que les décideurs administratifs puissent valablement adopter des lignes directrices pour les aider dans l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires, ils n'ont pas la liberté d'adopter des politiques obligatoires ne laissant aucune place à cet exercice. Dans chaque cas, l'agent des visas doit examiner les faits particuliers.

[72] Selon moi, la juge des requêtes a commis une erreur en interprétant la politique énoncée dans la note de service sur les opérations. Je suis d'avis que la politique en cause n'est pas une simple ligne directrice et qu'elle a constitué une entrave au pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas d'examiner les faits particuliers du cas lorsqu'il a décidé s'il devait ou non autoriser l'avocat à assister aux entrevues.

[73] Dans l'arrêt *Ainsley Financial Corporation et al. v. Ontario Securities Commission et al.* (1994), 21 O.R. (3d) 104 (C.A.) (*Ainsley*) la Cour a cherché à élucider comment on pouvait déterminer si une politique était obligatoire ou non [à la page 110]:

There is no bright line which always separates a guideline from a mandatory provision having the effect of law. At the centre of the regulatory continuum, one shades into the other. Nor is the language of the particular instrument determinative. There is no magic to the use of the word “guideline”, just as no definitive conclusion can be drawn from the use of the word “regulate”. An examination of the language of the instrument is but a part, albeit an important part, of the characterization process. In analyzing the language of the instrument, the focus must be on the thrust of the language considered in its entirety and not on isolated words or passages. [Emphasis added.]

In *Ainsley, supra*, the Court ultimately found that a policy adopted by the Ontario Securities Commission was mandatory in nature even though, on its face, the policy stated that the Commission would merely be “guided” by the policy.

[74] Although the policy in this case also contains words, such as “general approach” and “should”, that if considered in isolation might suggest that the policy is merely a guideline, the thrust of the policy as a whole is that it is mandatory in nature. The policy provides as follows:

The general approach is to limit attendance at interviews to the individual applicants and visa officers should follow this approach which appears to be supported by case law in the Federal Court. The doctrine of fairness does not require that counsel be present at interviews nor does the Immigration Act provide a right to counsel in this context.

Importantly, the policy seems to indicate that the duty of fairness never requires that counsel be present at interviews, which the previous analysis indicates is an incorrect statement of the law. The policy provides absolutely no indication that visa officers have a duty to consider the particular circumstances of each case when deciding whether or not the duty of fairness mandates that counsel be allowed to attend an interview. Overall, the policy leaves the impression that visa officers do not have a duty to consider the particular facts of each case.

[75] Furthermore, the policy does not articulate guidelines or criteria to assist visa officers in determining

[TRADUCTION] Il n’y a pas toujours de ligne claire qui sépare une ligne directrice d’une prescription obligatoire ayant l’effet d’une disposition législative. Au centre de l’univers réglementaire, ces deux réalités se confondent. La terminologie du texte en cause ne permet pas non plus de trancher la question. L’utilisation des termes «ligne directrice» n’a rien de magique, et on ne peut non plus tirer une conclusion définitive de l’utilisation du terme «réglementer». Bien qu’important, l’examen de la terminologie d’un texte n’est qu’une partie du processus visant à en déterminer la portée. En analysant la terminologie d’un texte, il faut toujours la replacer dans son contexte et non en isoler certains termes ou passages. [Non souligné dans l’original.]

Dans l’arrêt *Ainsley*, précité, la Cour a en définitive conclu qu’une politique de la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario était obligatoire étant donné sa nature, même si son libellé précisait que la Commission serait simplement «guidée» par la politique.

[74] Bien que la politique en l’espèce contienne aussi des termes comme «en règle générale» et «doivent», qui pris hors contexte peuvent donner à croire que la politique n’est qu’une ligne directrice, l’objet même de l’ensemble de la politique est de créer une obligation. La politique prévoit ceci:

En règle générale, seuls les demandeurs sont présents aux entrevues. Les agents des visas doivent adopter cette pratique qui semble être étayée par la jurisprudence de la Cour fédérale. La doctrine d’équité n’exige pas la présence de l’avocat à l’entrevue, et la Loi ne prévoit pas le droit à un avocat dans ce contexte.

Il est important de noter que la politique semble indiquer que l’obligation d’équité n’exige jamais la présence des avocats aux entrevues, ce qui ne représente pas l’état du droit au vu de l’analyse à laquelle je viens de procéder. La politique n’indique nullement que les agents des visas ont l’obligation d’examiner les circonstances particulières de chaque cas lorsqu’ils doivent décider si oui ou non l’obligation d’équité exige que les avocats soient autorisés à assister aux entrevues. Dans son ensemble, la politique donne clairement à entendre que les agents des visas n’ont pas l’obligation d’examiner les faits particuliers de chaque cas.

[75] De plus, la politique ne donne aucune ligne directrice et n’énonce aucun critère qui pourraient aider

whether or not to exercise their discretion to allow counsel to attend interviews, but rather simply provides that counsel should not be allowed to attend. This policy cannot possibly be classified as a guideline because it provides no guidance to visa officers as how to exercise their discretion other than to deny the attendance of counsel in all cases. The policy as a whole leaves the impression that it is intended to be mandatory.

[76] The objective evidence that is available on the record also indicates that the visa officer viewed the policy as fettering his discretion to consider the particular circumstances of the case. The visa officer's handwritten reply to counsel for the appellants on February 8, 2002 provided: "Please note that we do not allow lawyers or representatives to attend the interviews. You may wait in the waiting room but you will not be able to attend the interview." Importantly, the handwritten note does not simply state that counsel in this case would not be permitted to attend the interviews of the appellants; rather, it goes further and indicates that all lawyers are not allowed to attend interviews. There is absolutely no indication in this handwritten note that the visa officer considered the particular facts of the appellants' case. The visa officer's notes, as recorded in CAIPS, also provide insight into how he viewed the policy at issue. His notes simply state: "representatives/lawyers are not allowed to attend the interview."

[77] Finally, the respondent presented no evidence that lawyers have ever been allowed to attend these interviews which also indicates that the policy is mandatory as opposed to a mere guideline. As a result, the Motions Judge committed a legal error when interpreting whether the policy at issue was mandatory in nature and thus operated to fetter the visa officer's discretion in this case.

[78] Importantly, as previously mentioned, decision-makers are free to enact guidelines to assist them in the exercise of the discretion as long as these

les agents des visas à déterminer s'ils utiliseront ou non leur pouvoir discrétionnaire d'autoriser les avocats à assister aux entrevues. Elle déclare simplement que les avocats ne sont pas autorisés à assister. Cette politique n'est absolument pas une ligne directrice, car elle n'offre aucune aide aux agents des visas quant à la manière d'exercer leur pouvoir discrétionnaire. Elle dit simplement que les avocats ne sont autorisés à assister dans aucun cas. Dans son ensemble, la politique laisse l'impression qu'elle est de nature obligatoire.

[76] La preuve objective consignée au dossier indique aussi que l'agent des visas considérait que la politique entravait son pouvoir discrétionnaire d'examiner les circonstances particulières en l'espèce. La note manuscrite que l'agent des visas a envoyée en réponse à l'avocat des appelantes le 8 février 2002 est rédigée ainsi: [TRADUCTION] «Veuillez noter que nous n'autorisons pas les avocats ou représentants à assister aux entrevues. Vous pourrez attendre dans la salle d'attente, mais vous ne serez pas autorisé à assister à l'entrevue.» Il est important de noter que cette note manuscrite n'indique pas seulement qu'en l'espèce l'avocat n'était pas autorisé à assister aux entrevues des appelantes; elle va plus loin et porte qu'aucun avocat n'est autorisé à assister aux entrevues. Rien dans cette note manuscrite n'indique que l'agent des visas aurait examiné les faits particuliers des cas des appelantes. Les notes de l'agent des visas inscrites dans le STIDI permettent aussi de comprendre comment il appréhendait la politique en cause. Ces notes portent simplement que «les représentants/avocats ne sont pas autorisés à assister à l'entrevue».

[77] Finalement, l'intimé n'a présenté en preuve aucun cas où un avocat aurait été autorisé à assister à une telle entrevue, ce qui indique aussi que la politique est obligatoire et qu'elle n'est pas une simple ligne directrice. En conséquence, la juge des requêtes a commis une erreur de droit en analysant la question de savoir si la politique en cause était obligatoire et si elle constituait une entrave au pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas en l'espèce.

[78] Comme je l'ai déjà mentionné, il est important de noter que les décideurs peuvent adopter des lignes directrices qui leur sont utiles dans l'exercice de leur

guidelines are not mandatory and as long as visa officers consider the particular facts of each case in determining the content of the duty of fairness. An example of a validly worded guideline is provided in *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722 (T.D.), at page 739:

It is important . . . that officers realize that these guidelines are not intended as hard and fast rules. They will not answer all eventualities, nor can they be framed to do so. Officers are expected to consider carefully all aspects of cases, use their best judgement [*sic*], and make the appropriate recommendations.

Issue 3: What legal rights or obligations must a Convention refugee possess outside of Canada in order to be considered resettled so as to have a durable solution?

[79] Because this case is being sent back for redetermination by a different visa officer and because new evidence and legal arguments may well be introduced that were not before this Court, I think the Court should avoid commenting on whether the appellants do or do not have a durable solution in Vietnam. Furthermore, it would be unwise and inappropriate for this Court to attempt to set out in a factual vacuum all of the legal rights and obligations that CRSRs must generally possess outside of Canada, in all cases, in order to have a durable solution. Whether an applicant has a durable solution will depend in large measure on the facts of each case. Because the facts in the present case are not entirely clear on the record before this Court, and because the visa officer must now make a new determination, I decline to answer the second certified question.

IX. Conclusion

[80] I decline to answer the first certified question as framed by the Motions Judge:

Is the duty of fairness breached when a visa office refuses to allow counsel to attend at the interview of an applicant seeking admission to Canada as a Convention refugee seeking resettlement?

pouvoir discrétionnaire, en autant que ces lignes directrices ne sont pas obligatoires et que les agents des visas tiennent compte des faits particuliers de chaque cas en déterminant le contenu de l'obligation d'équité. On trouve un exemple d'une ligne directrice correctement rédigée dans *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722 (1^{re} inst.), à la page 739:

Il importe . . . que les agents comprennent bien que les présentes lignes directrices ne sont pas des règles strictes. Elles n'envisagent pas toutes les possibilités, tel n'est pas leur objet d'ailleurs. Les agents doivent étudier avec soin les cas sous tous leurs aspects, faire preuve de discernement et présenter la recommandation qui convient.

Question 3: Quels droits ou obligations un réfugié au sens de la Convention doit-il posséder en dehors du Canada pour être considéré comme réinstallé de telle sorte qu'il dispose d'une solution durable?

[79] Étant donné que cette affaire est renvoyée pour nouvel examen par un agent des visas différent et que de nouveaux arguments juridiques et une nouvelle preuve dont notre Cour n'a pas été saisie pourraient être présentés, je crois qu'il y a lieu de ne faire aucun commentaire quant à la question de savoir si les appelantes ont ou non une solution durable au Vietnam. De plus, il ne serait pas sage et il serait même inapproprié que notre Cour essaie d'établir, en l'absence de faits, quels sont tous les droits et obligations juridiques que les RSCCR doivent généralement avoir à l'extérieur du Canada, dans tous les cas, afin de posséder une solution durable. La question de savoir si un requérant possède ou non une solution durable dépend en large mesure des faits de chaque cas. Étant donné que les faits en l'espèce ne sont pas complètement clairs au dossier qui nous est soumis, et parce que l'agent des visas doit maintenant procéder à un nouvel examen, je ne répondrai pas à la deuxième question certifiée.

IX. Conclusion

[80] Je ne répondrai pas à la première question certifiée telle qu'énoncée par la juge des requêtes:

Y a-t-il manquement au devoir d'équité lorsqu'un agent des visas refuse d'autoriser un avocat à assister à l'entrevue d'un requérant qui demande son admission au Canada à titre de réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller?

Instead, I think it is more appropriate to answer the question whether the duty of fairness owed to the appellants in the particular circumstances of this case entitled them to have counsel attend and observe their interviews. This question should be answered in the affirmative. As a result, the appellants' right to procedural fairness in the determination of their refugee claims has been breached. The appellants were entitled to have their counsel observe their interviews in order that he could make effective written submissions on their behalf.

[81] Because of my answer to the first certified question, it is unnecessary to answer the second certified question:

What legal rights or obligations must a Convention refugee possess outside of Canada in order to be considered resettled so as to have a "durable solution"?

[82] Finally, I find that the policy contained in the operations' memorandum, stating that counsel should not attend interviews, is invalid because it fettered the visa officer's discretion and duty to consider the particular facts of each case when deciding whether counsel should be permitted to attend interviews.

[83] This appeal should be allowed with costs both here and below. The appellants' cases should be sent back to another visa officer to hold new interviews and reconsider the appellants' claims.

LINDEN J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

Je crois qu'il est plus approprié de répondre à la question de savoir si l'obligation d'équité due aux appelantes dans les circonstances particulières de l'espèce leur accordait le droit d'être accompagnées par leur avocat comme observateur à leurs entrevues. Cette question doit recevoir une réponse positive. En conséquence, on a enfreint le droit des appelantes à l'équité procédurale dans le cadre du règlement de leurs revendications en tant que réfugiées. Les appelantes avaient le droit à la présence de leur avocat comme observateur aux entrevues, afin que ce dernier puisse présenter des prétentions écrites valables en leur nom.

[81] Étant donné la réponse que je donne à la première question certifiée, il n'est pas nécessaire que je réponde à la deuxième:

Quels droits ou obligations un réfugié au sens de la Convention doit-il posséder en dehors du Canada pour être considéré comme réinstallé de telle sorte qu'il dispose d'une «solution durable»?

[82] Finalement, je conclus que la politique que l'on trouve dans la note de service sur les opérations, qui précise que les avocats ne sont pas autorisés à assister aux entrevues, est invalide parce qu'elle entrave le pouvoir discrétionnaire des agents des visas ainsi que leur obligation d'examiner les faits particuliers de chaque cas pour décider s'il y a lieu ou non d'autoriser les avocats à assister aux entrevues.

[83] L'appel est accueilli, avec dépens en première instance et en appel. Les dossiers des appelantes sont renvoyés à un autre agent des visas, pour qu'il procède à de nouvelles entrevues et réexamine leurs demandes.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE MALONE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

2003 FCA 265
A-39-02

2003 CAF 265
A-39-02

The Registrar of the Indian Register, Indian and Northern Affairs Canada and The Attorney General of Canada (*Appellants*)

Le registraire du registre des Indiens, Affaires indiennes et du Nord Canada et le Procureur général du Canada (*appelants*)

v.

c.

John Jeremiah Sinclair (*Respondent*)

John Jeremiah Sinclair (*intimé*)

A-239-02

A-239-02

John Jeremiah Sinclair (*Appellant*)

John Jeremiah Sinclair (*appelant*)

v.

c.

The Registrar of the Indian Register, Indian and Northern Affairs Canada and The Attorney General of Canada (*Respondents*)

Le registraire du registre des Indiens, Affaires indiennes et du Nord Canada et le Procureur général du Canada (*intimés*)

INDEXED AS: CANADA (REGISTRAR, INDIAN REGISTER) v. SINCLAIR (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (REGISTRAIRE, REGISTRE DES INDIENS) c. SINCLAIR (C.A.)

Court of Appeal, Desjardins, Nadon and Sexton JJ.A.—Ottawa, June 11, 2003.

Cour d'appel, juges Desjardins, Nadon et Sexton, J.C.A.—Ottawa, le 11 juin 2003.

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Questions referred to Trial Division — Facts highly disputed — Trial Division lacking jurisdiction to hear matter — Federal Court Act, s. 18.3(1) jurisdiction not extending to questions involving disputed facts — Court of Appeal therefore unable to hear matter — Appeals, cross-appeal, decisions of Trial Division, reference quashed.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Questions soumises à la Section de première instance — Faits très contestés — La Section de première instance n'avait pas compétence pour instruire l'affaire — La compétence conférée par l'art. 18.3(1) de la Loi sur la Cour fédérale ne s'étend pas aux questions qui font intervenir des faits contestés — La Cour d'appel n'était donc pas en mesure d'instruire l'affaire — Les appels, l'appel incident, les ordonnances de la Section de première instance et le renvoi ont été annulés.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.3 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 14.3(5) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4; (2nd Supp.), c. 27, s. 10; S.C. 1990, c. 16, s. 14; c. 17, s. 25; 1992, c. 51, s. 54; 1998, c. 30, s. 14; 1999, c. 3, s. 69).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.3(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 14.3(5) (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 4; (2^e suppl.), ch. 27, art. 10; L.C. 1990, ch. 16, art. 14; ch. 17, art. 25; 1992, ch. 51, art. 54; 1998, ch. 30, art. 14; 1999, ch. 3, art. 69).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Air Canada v. Canada (Commissioner of Official Languages) (1999), 241 N.R. 157 (F.C.A.); *Immigration Act (Canada) (Re)* (1991), 137 N.R. 64 (F.C.A.); *Martin Service Station Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 2 S.C.R. 996; (1976), 67 D.L.R. (3d) 294; 76 CLLC 130; 9 N.R. 257.

APPEALS and CROSS APPEAL from Trial Division decisions (*Canada (Registrar, Indian Register) v. Sinclair*, [2002] 3 F.C. 292; (2001), 212 D.L.R. (4th) 169; [2002] 3 C.N.L.R. 21; 215 F.T.R. 194; *Canada (Registrar, Indian Register) v. Sinclair* (2001), 200 D.L.R. (4th) 347; [2001] 4 C.N.L.R. 11; 203 F.T.R. 275) answering two questions referred to the Court concerning registrability on the Indian Register. Appeals and cross-appeal quashed.

APPEARANCES:

John B. Edmond for appellants in A-39-02, respondents in A-239-02.
Marc LeClair and *Michelle LeClair-Harding* for respondent in A-39-02, appellant in A-239-02.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellants in A-39-02, respondents in A-239-02.
Marc LeClair, Ottawa, for respondent in A-39-02, appellant in A-239-02.

The following are the reasons for judgment of the Court rendered in English by

[1] DESJARDINS J.A.: We are of the view that this reference was not properly brought before the Trial Division. The questions referred by the (Acting) Registrar of the Indian Register were as follows:

1. Would I err in law in deciding that, under the provisions of the *Indian Act*, the Respondent is not entitled to have his name

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS CITÉES:

Air Canada c. Canada (Commissaire aux langues officielles) (1999), 241 N.R. 157 (C.A.F.); *Loi sur l'immigration (Canada) (Re)* (1991), 137 N.R. 64 (C.A.F.); *Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 2 R.C.S. 996; (1976), 67 D.L.R. (3d) 294; 76 CLLC 130; 9 N.R. 257.

APPELS et APPEL INCIDENT à l'encontre d'ordonnances de la Section de première instance (*Canada (Registraire, Registre des Indiens) c. Sinclair*, [2002] 3 C.F. 292; (2001), 212 D.L.R. (4th) 169; [2002] 3 C.N.L.R. 21; 215 F.T.R. 194; *Canada (Registraire, Registre des Indiens) c. Sinclair* (2001), 200 D.L.R. (4th) 347; [2001] 4 C.N.L.R. 11; 203 F.T.R. 275) qui répondaient à deux questions soumises à la Cour et portant sur la possibilité d'inscription au registre des Indiens. Appels et appel incident annulés.

ONT COMPARU:

John B. Edmond, pour les appelants dans le dossier A-39-02, et les intimés dans le dossier A-239-02.
Marc LeClair et *Michelle LeClair-Harding*, pour l'intimé dans le dossier A-39-02, et l'appellant dans le dossier A-239-02.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada, pour les appelants dans le dossier A-39-02, et les intimés dans le dossier A-239-02.
Marc LeClair, Ottawa, pour l'intimé dans le dossier A-39-02, et l'appellant dans le dossier A-239-02.

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

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Nous sommes d'avis que ce renvoi n'a pas été valablement introduit devant la Section de première instance. Les questions soumises par le registraire (intérimaire) du registre des Indiens étaient les suivantes:

1. [TRADUCTION] En décidant que le défendeur n'a pas le droit de voir son nom inscrit au registre des Indiens et d'obtenir un

entered on the Indian Register and assigned an Indian Registry number under the said Act?

2. In the event the first question is answered in the negative, would I err in law in deleting the Respondent's name and Indian registry number from the Indian Register pursuant to section 5(3) of the *Indian Act*, prior to the Respondent exhausting his protest and appeals against my decision under sections 14.2 and 14.3 of the *Indian Act*, on the basis that the deletion of his name and registry number would, (but for the existence of an interlocutory injunction issued on the 16th of February, 1999 by the Associate Chief Justice of the Federal Court of Canada restraining me from deleting the Respondent's name pending the final disposition of the within proceeding in the Trial Division), cause the Respondent to lose access to the benefits available to him as a Registered Indian residing in the Province of Alberta, pending the determination of his appeals.

[2] Both questions require clarification on the status of Isabelle Courtoreille prior to the signature of Treaty No. 8.

[3] The facts of this case are highly disputed and cannot be entertained by the Trial Division, considering that eventually an appeal lies from the decision of the Registrar of the Indian Register (after protest) to the provincial courts as provided in subsection 14.3(5) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4; (2nd Supp.), c. 27, s. 10; S.C. 1990, c. 16, s. 14; c. 17, s. 25; 1992, c. 51, s. 54; 1998, c. 30, s. 14; 1999, c. 3, s. 69] of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

[4] The jurisdiction of the Trial Division, under a reference by a federal board, commission or other tribunal, is stated in subsection 18.3(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] and is limited to "any question or issue of law, of jurisdiction or of practice and procedure". That subsection indeed provides:

18.3(1) A federal board, commission or other tribunal may at any stage of its proceedings refer any question or issue of law, of jurisdiction or of practice and procedure to the Trial Division for hearing and determination. [Our emphasis.]

[5] This jurisdiction does not extend to questions which involve disputed facts raised in this reference (*Air*

numéro de registre des Indiens en vertu des dispositions de la *Loi sur les Indiens*, commettrais-je une erreur de droit?

2. À supposer que la première question reçoive une réponse négative, le fait de retrancher le nom du défendeur et son numéro de registre du registre des Indiens en vertu du paragraphe 5(3) de la *Loi sur les Indiens* avant que le défendeur ait épuisé ses protestations et appels de ma décision en vertu des articles 14.2 et 14.3 de la *Loi sur les Indiens*, constituerait-il une erreur de droit, étant donné que le fait de retrancher son nom et son numéro de registre aurait comme résultat de faire perdre au défendeur les avantages auxquels il a droit en tant qu'Indien inscrit résidant dans la province de l'Alberta avant qu'on ait tranché ses appels (l'injonction interlocutoire du 16 février 1999 du juge en chef associé de la Cour fédérale du Canada m'interdit de retrancher le nom du défendeur avant qu'on ait tranché la procédure en cours devant la Section de première instance)?

[2] Les deux questions requièrent des éclaircissements sur le statut d'Isabelle Courtoreille antérieurement à la signature du Traité n° 8.

[3] Les circonstances de la présente affaire sont très contestées et ne peuvent être examinées par la Section de première instance, puisqu'un appel pourrait éventuellement être interjeté à l'encontre de la décision du registraire du registre des Indiens (après protestation) devant les tribunaux provinciaux ainsi que le prévoit le paragraphe 14.3(5) [édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 4; (2^e suppl.), ch. 27, art. 10; L.C. 1990, ch. 16, art. 14; ch. 17, art. 25; 1992, ch. 51, art. 54; 1998, ch. 30, art. 14; 1999, ch. 3, art. 69] de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

[4] La compétence de la Section de première instance, dans un renvoi introduit par un office fédéral, est conférée par le paragraphe 18.3(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] et se limite à «toute question de droit, de compétence ou de pratique et procédure». Voici le texte de cette disposition:

18.3(1) Les offices fédéraux peuvent, à tout stade de leurs procédures, renvoyer devant la Section de première instance pour audition et jugement toute question de droit, de compétence ou de pratique et procédure. [Non souligné dans l'original.]

[5] Cette compétence ne s'étend pas aux questions qui font intervenir les faits contestés soulevés dans le présent

Canada v. Canada (Commissioner of Official Languages) (1999), 241 N.R. 157 (F.C.A.); *Immigration Act (Canada) (Re)* (1991), 137 N.R. 64 (F.C.A.); *Martin Service Station Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 2 S.C.R. 996).

[6] The Trial Division lacked jurisdiction to hear the reference as brought by the Registrar of the Indian Register. We therefore cannot hear this matter.

[7] The appeals, the cross-appeal, the decisions of the Trial Division and the reference will be quashed [[2002] 3 F.C. 292 and (2001), 200 D.L.R. (4th) 347].

[8] There will be no costs in the circumstances.

renvoi (Air Canada c. Canada (Commissaire aux langues officielles) (1999), 241 N.R. 157 (C.A.F.); *Loi sur l'immigration (Canada) (Re)* (1991), 137 N.R. 64 (C.A.F.); *Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 2 R.C.S. 996).

[6] La Section de première instance n'avait pas compétence pour instruire le renvoi introduit par le registraire du registre des Indiens. Nous ne pouvons donc instruire la présente affaire.

[7] Les appels, l'appel incident, les ordonnances de la Section de première instance et le renvoi seront annulés [[2002] 3 C.F. 292 et (2001), 200 D.L.R. (4th) 347].

[8] Vu les circonstances, il ne sera pas adjugé de dépens.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fca/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Persons

Applicant has made application for order pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 84(2) that he should be released from detention—During continued hearings of this application, applicant requested opportunity to make submissions as to applicability of IRPA, s. 78—IRPA, s. 84(2) not containing any provision as to procedure to be followed in detention review—Former Immigration Act, s. 40.1(10) provided on hearing of such application, judge designated to hear application would examine *in camera* and in absence of person making application and any counsel, any evidence or information presented to Minister in relation to national security or safety of persons, and then provide person making application with statement summarizing evidence or information available to designated judge—Summary prepared having regard to whether evidence or information should not be disclosed on grounds disclosure would be injurious to national security, or to safety of persons—Notwithstanding absence of similar provision in current Act, same procedure remains applicable (*Mahjoub v. M.C.I.*, 2003 FC 928)—“Proceedings” commenced by issuance of security certificate continue at least so long as subject of certificate remains in detention or released on bail pending removal—Since application for release part of continuing proceedings pursuant to which applicant detained, IRPA, s. 78(e), (h) remain applicable—In addition, requirements of IRPA, s. 84(2) necessitate incorporation of s. 78 procedures—IRPA, s. 78 applies to detention review hearings pursuant to IRPA, s. 84(2)—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 78, 84(2)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 40.1(10) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4).

ALMREI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (DES-5-01, 2003 FC 1523, Blanchard J., order dated 29/12/03, 8 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Appellant claimed refugee status in Canada—Immigration and Refugee Board (Board) rejected claim—Appellant applied

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

for judicial review of decision, but application dismissed ((2002), 226 F.T.R. 238 (F.C.T.D.))—Appellant now appeals from judicial review decision—Whether Applications Judge erred in holding that, having reserved decision, Board became *functus officio* when panel members sign written reasons for decision and transmit document to registrar—Oral delivery of reasons of decision from bench sufficiently formal act marking panel’s final decision, after which members cannot change their minds—Counsel for Minister conceded that if panel not *functus officio* on November 7, 2001 when panel dictated reasons, Board’s decision must be set aside—Breached duty of fairness when it failed to consider, or to refer in reasons to, material submitted to Board on behalf of appellant on November 20, 2001, two days before it signed written reasons for decision—Judicial review allowed.

AVCI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-8-03, 2003 FCA 359, Evans J.A., judgment dated 30/9/03, 4 pp.)

Application for directions pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 72 as to whether applicants permitted to file memorandum of argument exceeding 30 pages in length—Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules, r. 10(2)(e) requiring applicant to file memorandum of argument—Not prescribing maximum length, but r. 4(1) providing Federal Court Rules, 1998, particularly Part III, apply to applications for leave—Rule 70 providing memorandum of fact and law not to exceed 30 pages in length—While not specifically referring to memoranda of argument, rule of general application—On its face, r. 70 only governing content, format, length of memoranda filed for purpose of applications and summary judgment motions, but long-standing practice of Court to apply 30-page limit on all memoranda submitted by parties—General rule limiting length of written submissions justified to enable Court to control own process, avoid prolix, redundant submissions that would inevitably impede timely disposition of immigration proceedings, intended to be dealt with in summary manner—Direction: as general rule memoranda of argument not to exceed 30 pages unless leave

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

first obtained by motion in writing establishing special circumstances—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 70(4) (as am. by SOR/2002-417, s. 9), 72—Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22 (as am. by SOR/2002-232, s. 1), rr. 4(1), 10(1)(e).

CHUNG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6883-03, 2003 FC 1150, Lafrenière P., direction dated 3/10/03, 3 pp.)

STATUS IN CANADA*Convention Refugees*

Application for judicial review of Refugee Division decision applicant, her spouse and her children, all Peruvian citizens, not Convention refugees—Applicant's spouse contesting panel's findings separately—Applicant claims to have well-founded fear of persecution based on membership in particular social group, family, because of ties to husband, subject of persecution by Shining Path (SP), corrupt members of military and drug traffickers—Panel attached no credibility to principal applicant's testimony, concluding that in any case problems experienced had no connection to any of five grounds in Convention, but actually related to collusion between rebels, drug traffickers, and corrupt members of military—Application dismissed—Court recently considered similar situation in *Stefanov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] F.C.J. No. 954 (QL), in which applicant claimed refugee status because refused to alter software he had created in order to assist organized crime group to embezzle money—Therein, judge said that since evidence did not establish applicant's opposition to corruption based on political position which would engage machinery of state government, [TRANSLATION] "the applicant's action on this isolated incident does not establish a political position rooted in political conviction"—Conclusions applicable in case at bar—Question of government protection only arises if claimant has first established connection between his or her fear and one of grounds in definition, which is not case here.

MEJIA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4645-02, 2003 FC 1180, Tremblay-Lamer J., order dated 10/10/03, 6 pp.)

Judicial review of Refugee Division decision applicant did not qualify as "Convention refugee" under Immigration and Refugee Protection Act, s. 96 or as "person in need of protection" under s. 97—Applicant claimed well-founded fear of persecution for political opinions and membership in particular social group and exposed to risk of being subject to torture and threat to life or risk of cruel and unusual treatment or punishment—Panel concluded truthfulness of certain facts alleged by applicant not established—Question whether panel erred in unfairly discounting applicant's credibility regardless

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

of evidence and testimony—Application dismissed—Panel properly based conclusions on discrepancies between applicant's testimony, statement at point of entry, personal information form and documentary evidence—Also not patently unreasonable for panel to conclude fact applicant destroyed passport used and air ticket deprived panel of information that could have confirmed or negated applicant's allegations about route to Canada—Panel made no patently unreasonable error in determining applicant's credibility—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97.

KANDOT V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5858-02, 2003 FC 1275, Beaudry J., order dated 31/10/03, 11 pp.)

Permanent Residents

Applicant seeking judicial review of visa officer's decision refusing application for permanent residence in Canada—Visa officer's refusal letter showed applicant awarded 69 units of assessment, one unit short of minimum required—Background for this commentary fact applicant had made claim for Convention refugee status in Canada; that application withdrawn in 1994 and certificate of departure issued to applicant on July 14, 1994—Applicant denied having been refused prior admission to Canada, as permanent resident, in 1995 until "finally admitted that refusal had taken place"—Applicant now argues visa officer committed error in manner in which assessed personal suitability, specifically by failing to consider fact applicant had previously lived and worked in Canada for period of three years—Applicant also argues visa officer erred by "double counting" English language proficiency in assessing personal suitability—Record suggests visa officer placed too much weight on applicant's delay in acknowledging prior application for permanent residence in Canada—This unwarranted emphasis apparently tainted visa officer's assessment of applicant's personal suitability—Applicant's personal suitability should be assessed primarily on her ability to become successfully established in Canada—Applicant entitled to objective assessment of that factor and record casts doubt on its existence—Judicial review allowed.

MALOVANA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-463-02, 2003 FC 1159, Heneghan J., order dated 6/10/03, 6 pp.)

Judicial review of decision of Appeals Division of Immigration and Refugee Board (Board) rejecting applicant's appeal of visa officer's decision to refuse to grant his wife, Thi Kim Trang Huynh, permanent resident status in Canada—Board rejected appeal on basis excluded member of family class, pursuant to Immigration Regulations, s. 4(3)—Whether Board misinterpreted or misapprehended evidence before it, thereby committing reviewable error—Respondent raises two preliminary procedural questions based upon fact only

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

affidavit filed in support of application that of applicant's former solicitor: (1) what, if any, significance, should be given to fact applicant failed to file own affidavit in support of this judicial review; and (2) should affidavit of former solicitor be struck from record?—Except on motions, affidavits shall be confined to facts within personal knowledge of deponent—Affidavit must be free from argumentative materials and deponent must not interpret evidence previously considered by tribunal or draw legal conclusions—If affidavit does not meet these requirements, application can only succeed if error apparent on face of record—Here, only first paragraph and first half of second paragraph within deponent's personal knowledge, rest either based on information and belief or argumentative—Accordingly, every other paragraph will be struck from record—Particularly troubling paragraph 10 of former solicitor's affidavit in which he made allegation Board member, whose decision being reviewed in this application, responsible for previous appellant's suicide—This kind of cavalier accusation has no business in affidavit, let alone affidavit by senior member of immigration bar—Turning now to central issue, in reasons, Board placed significant weight upon conclusion that "no satisfactory explanation" had been provided as to why couple were engaged for only few weeks—Applicant has urged Court to find this constitutes reviewable error for two reasons—First, applicant submitted that he proposed to Ms. Huynh several months before wedding—Applicant testified her first response was that she needed to ask her parents, and submitted that, within his culture, this constituted unofficial acceptance of proposal—Therefore, applicant argues engagement was several months rather than several weeks long—Second, applicant submitted Board failed to consider applicant's testimony wedding date had been chosen by other family members in order to comply with family's cultural and religious beliefs—Board not obliged to accept applicant's testimony accurate portrayal of cultural background of engagement and marriage—However, as no suggestion in reasons Board found applicant not credible witness, his explanation constituted relevant evidence which Board obliged to consider—If evidence rejected, Board bound to outline its reasons for doing so in clear and unmistakable terms—Here, no indication in reasons, nor any explanation as to why testimony rejected—As such, Board committed reviewable error—Judicial review allowed—Immigration Regulations, SOR/78-172, s. 4(3) (as am. by SOR/93-44, s. 4).

LY V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5945-02, 2003 FC 1184, von Finckenstein J., order dated 10/10/03, 10 pp.)

COPYRIGHT**INFRINGEMENT**

Action for infringement of copyright on programs broadcast on evening of May 28, 1999, on Canal Indigo, Viewers'

COPYRIGHT—Concluded

Choice and ESPN 2 (Hilton-Ouellet boxing match at Molson Centre in Montréal, and broadcasts of two other fights)—Plaintiff alleging that on evening in question defendants, without right and without its permission, presented televised event to their clientele—Plaintiff requesting permanent injunction be issued and claiming compensatory and exemplary damages against each of defendants—Action dismissed against 9012-4314 Québec Inc. (Hippo Club); action against other defendants allowed in part—Sports event not a "work" within meaning of Copyright Act—Nevertheless, television reproduction of event comparable to "cinematographic work" as set out in Act, s. 2—Herein, plaintiff assumed direction and coordination of all arrangements necessary to production and logging of programs broadcast on May 28, 1999, on Indigo and Viewers' Choice networks, respectively—Plaintiff also assumed all production costs—Plaintiff therefore only owner of copyright in programs in question—Also owner of copyright in program broadcast on ESPN 2, pursuant to agreement with ESPN 2—Plaintiff has requisite interest, under Act, s. 36(1), to institute proceedings against defendants in its own name for infringement of exclusive rights given to it under Act, s. 3—Plaintiff's copyright in three works in question protected until May 28, 2049, pursuant to Act, s. 11.1—Plaintiff did not authorize public performance on evening of May 28, 1999, of works upon which it has exclusive rights with exception of cases in which royalty fees had been paid—In Quebec, 71 licensed commercial establishments were found to be "in violation"—As result of numerous out-of-court settlements, only seven defendants to action remaining—Based on evidence, not established that Hippo Club presented ESPN 2 broadcast to its clientele on evening of May 28, 1999—However, evidence establishing infringement of copyright by other defendants—Court agrees to determine amount of compensatory damages according to plaintiff's lost profits—Amount had been calculated at rate of \$12.50 *per* "legal seat" in accordance with amount charged by cable affiliates, less 40%, because amount of royalty to which plaintiff entitled under agreement on division of receipts with relevant services and cable affiliates set at 60%—Given fact that plaintiff, services involved as well as cable affiliates had informed would-be offenders in advance that they risked legal proceedings, exemplary damages appropriate herein (\$500 *per* defendant)—Plaintiff entitled to costs against each of other defendants—Copyright Act, R.S.C., (1985), c. C-42, s. 2 "work", "cinematographic work" (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 1), 3 (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62; 1993, c. 44, s. 55; 1997, c. 24, s. 3), 11.1 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 60; 1997, c. 24, s. 9), 36.

INTERBOX PROMOTION CORP. V. 9012-4314 QUÉBEC INC. (T-1788-99, 2003 FC 1254, Martineau J., judgment dated 27/10/03, 39 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Case involving seven identical applications for judicial review of umpire's decision—Umpire dismissed Employment Insurance Commission's (Commission) appeals and upheld board of referees' decision that sums received by respondents did not constitute earnings within meaning of Employment Insurance Regulations (Regulations), s. 35(2)—Other applications for judicial review attached to docket number A-685-01, that of Gaston Roch, master file—Laiterie Dallaire (division of Les Aliments Parmalat Inc.), respondents' employer, decided in 1998 to reorganize its production and to discontinue production of fluid milk and industrial milk—To do so, employer implemented downsizing program—In order to minimize negative impact of reorganization and with approval of union representing respondents, it obtained financial assistance from Emploi-Québec as part of program referred to as "*Plan d'aménagement et de réduction du temps du travail*" ["Work Time Reduction and Distribution Plan" (ARTT plan or plan)]—As result of severance, respondents received various termination benefits such as vacation pay, sick leave credits and severance pay, worth \$24,177, and allocation itself not disputed—Amounts involved herein those paid as part of ARTT plan—Respondent, Gaston Roch, received total amount of \$12,000 in installments over 36-month period—On October 26, 1998, respondent applied for employment insurance benefits, indicating had left his employment on October 14, 1998—Benefit period established for him beginning October 18, 1998—In second letter dated May 25, 2000, Commission informed respondent that receipt of sum of \$12,000 under ARTT plan would modify allocation calculated previously—Total income increased from \$24,177 to \$36,177—Consequently, no benefit would be paid to him from October 18, 1998 to November 13, 1999—Benefit period would be extended by 52 weeks and would end on October 14, 2000—Respondent contested decision, alleging that sum of \$12,000 not earnings because money did not come from his employer—On November 17, 2000, board of referees rescinded Commission's decision—Board allowed respondent's appeal and found sum received not earnings but rather relief grant pursuant to Regulations, s. 35(7)(c)—Commission appealed decision to umpire—Latter dismissed board of referees' finding termination benefits were relief grant—Found amount received under plan not earnings under Regulations, s. 35(2) because benefit received had no relationship to respondents' past or present work—Must be determined, first, whether sum received by respondent under ARTT plan "earnings" within meaning of Employment Insurance Act, ss. 19, 54(s) and Regulations, s. 35—Act, s. 19 providing that if claimant receives earnings during period for which benefits claimed, amount must be deducted from these benefits—Must be determined if amount of \$12,000 earnings within meaning of Regulations, s. 35—Based on case law, earnings within meaning of Act and Regulations correspond to whatever is earned by employee as result of his work, i.e. in

EMPLOYMENT INSURANCE—Continued

return for his work—Amount not in consideration of work done in traditional sense can be earnings within meaning of Act and Regulations on condition that amount comparable to earnings and that "certain connection" or a "sufficient connection" between claimant's employment and sum received—Herein, money received came from third party and not from employer, although paid by employer—This factor, however, does not detract from employment relationship as Regulations, s. 35(1) provides that money may be received "from an employer or any other person" (definition of "income")—Employer receiving money from Emploi-Québec bound to make payments in accordance with Plan, i.e., to those employees who agreed to free up hours of work for benefit of other employees—Money received as incentive in order to encourage those who received it to give up their work hours—Even if no specific equivalence between sum received and former salary, and even if received when respondents had already left their jobs, sum of \$12,000 had all characteristics of earnings—Earnings include any receipt or consideration received for work done—If, as result of variable market conditions, worker receives sum of money on condition that he give up his work or that he surrender his hours of work to another employee, amount that he receives has effect of compensating for his diminished earnings—Amount received represents compensation for his undertaking not to work—Also mitigates situation in which workers find themselves when no longer receiving salary—Sum becomes consideration for not working—Does not necessarily correspond to same amount as salary, but makes up for its absence—At same time, amount one of conditions of termination of employment and has all of characteristics of earnings even if, in sense, not earnings within traditional meaning because no work done in consideration for amount received—No reason why notion of earnings cannot be adapted to labour market conditions if determined that sum received, even from third party, comparable to consideration for freeing up position—Umpire right to say that sum received "benefit based on a commitment not to resume a given position"—Incorrect, however, for him to state that "benefit has nothing to do with the beneficiary's past or present work"—Herein, respondent waived his hours of work in favour of somebody else—Not waiving right to reinstatement—Giving up his employment—True that in giving up his hours of work, respondent giving up his seniority, and that seniority was right recognized by collective agreement which operates under aegis of legislation—Cannot be argued that amounts received conditional upon waiver of rights in collective agreement not "earned by" respondent's employment—Collective agreement product of negotiation—Thus, when claimant waives benefit therein, can be said that he is waiving right that pertains to his conditions of work, but not right given to him by law—Essentially, amount paid under ARTT plan constitutes earnings because has all of characteristics of such given variable conditions of job market

EMPLOYMENT INSURANCE—Continued

—In alternative, respondent submits that board of referees' decision to effect that amount received was relief grant within meaning of Regulations, s. 35(7)(c) reasonable and that umpire erred in overturning it—To determine whether amount relief grant, Court has held that three factors must be analyzed; (1) circumstances giving rise to loss, (2) type of loss for which compensation being paid and (3) nature of compensatory scheme: *Canada (Attorney General) v. King*, [1996] 2 F.C. 940 (F.C.A.)—With respect to first test, true that, as respondent argues, definitive interruption in one part of production of company for which respondent was working could constitute unusual or irregular circumstances—However, with respect to second test, type of loss incurred by respondents essentially voluntary—Consented to reduction of work hours and to layoff—Not unexpected and sudden loss, for example—But with respect to third test, umpire correctly understood from terms of memorandum of agreement that [TRANSLATION] “The main objective of the ARTT plan was not to compensate for a loss suffered by the beneficiary but instead to ensure that the hours he was freeing up would provide employment for another worker and that the beneficiary would not attempt to resume employment with the employer”—Umpire set aside board of referees' decision that amounts received constituted relief grant—Error in law for board of referees to characterize amount received as such, and umpire's intervention warranted—If amount in question earnings, which of allocation measures applicable?—Given conclusion reached by board of referees and umpire, their decisions are silent on manner in which earnings should be paid—Therefore no reason to refer to it—True that amount of \$12,000 paid to respondent in three installments over three years—However, in light of earlier finding that these are “earnings paid or payable . . . by reason of . . . separation from an employment”, allocation must be effected in accordance with s. 36(9), which applies “regardless . . . of the period in respect of which the earnings are purported to be paid or payable”—Applications for judicial review should be allowed with costs, and cases must be returned to Commission for reallocation of amounts received in accordance with Regulations, s. 36(9)—Employment Insurance Regulations, SOR/96-332, s. 35 (as am. by SOR/97-31, s. 18)—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 19, 54.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. ROCH (A-685-01, A-684-01, A-686-01, A-687-01, A-688-01, A-689-01, A-690-01, A-691-01, 2003 FCA 356, Desjardins J.A., judgment dated 26/9/03, 32 pp.)

Judicial review of decisions of Umpire, dated January 18, 2002, under Employment Insurance Act—Applicants' appeals to Umpire heard jointly and Umpire released one set of reasons applying to all seven claimants—Employment Insurance Commission (Commission) assessed penalties

EMPLOYMENT INSURANCE—Continued

against applicants—Appeals from Commission to Board of Referees (Board) dismissed—Appellants then appealed from Board to Umpire—Umpire allowed appeals and remitted matter to differently constituted Board—Matters considered by second Board on December 6, 2000—Before second Board, Commission introduced into evidence reporting cards not before first Board—Board accepted cards submitted by Commission on basis “this is a ‘Case *de novo*’”—Applicants appealed December 6, 2000 decisions of second Board to Umpire—Umpire held hearings before second Board *de novo*, reporting cards properly submitted—Dismissed appeal—Whether Board entitled to proceed to hear matter *de novo* therefore allowing new evidence—Whether reconsideration hearing *de novo* will depend on terms on which matter remitted by Umpire and on requirements of procedural fairness—Providing no overriding unfairness, open to Umpire to specify manner in which matter remitted for reconsideration to proceed—If procedure fair, number of options open to Umpire when remitting matter for redetermination—Except in most unusual circumstances, procedurally unfair to remit matter for reconsideration for sole purpose of giving one party opportunity to introduce new evidence that could have been introduced at prior hearing—Because of way in which Umpire remitted matter and because of fairness concerns, second Board should not have received new evidence from Commission—Words in Umpire's decision “to the extent that the issue is remitted to Board differently constituted for appropriate finding as to whether the Commission has submitted support evidence upon which to base its ruling” are in past tense—These words not envisaging introduction of new evidence before second Board—In addition, unfair to allow new evidence in this case—Applications for judicial review allowed—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23.

FRANCELLA V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-455-02, A-199-02, A-450-02, A-451-02, A-452-02, A-453-02, A-454-02, 2003 FCA 441, Rothstein J.A., judgment dated 21/11/03, 9 pp.)

Judicial review of Tax Court of Canada decision ([2002] T.C.J. No. 415) that for period at issue applicant held insurable employment or employment giving rise to pension entitlement—Contract of employment requiring existence of subordination relationship between payer and employees—Concept of control key test used in measuring extent of relationship—Control of result and control of worker should not be confused—In case at bar applicant controlled results—Control over actual performance of duties did not exist—Work to be done involved delivering vehicle to customer and delivery service not subject to any control in performance of delivery duties—Apart from freedom to refuse delivery offer, delivery service not in any way dependent on applicant to

EMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

obtain work—At most risked, for example, not having services used again if services provided or work performed inadequate—Legally incorrect to conclude relationship of subordination, and consequently contract of employment, existed when relationship between parties involved sporadic calls for services of persons not in any way bound to provide them, who could refuse them as they saw fit—Concluding contract of employment existed in such circumstances also not without serious and burdensome practical consequences for payer, especially as more often than not conclusion and resulting assessment for fringe benefits, such as income tax, employment insurance and pension plan, which payer must pay, retroactive in nature—Conclusion that no relationship of subordination existed sufficient to allow instant application, since existence of relationship essential feature of contract of employment—Judicial review allowed.

D & J DRIVEWAY INC. v. M.N.R. (A-512-02, 2003 FCA 453, Létourneau J.A., judgment dated 26/11/03, 7 pp.)

FISHERIES

Applicant seeks judicial review of Minister of Fisheries and Oceans' (respondent) decision denying applicant's request for reissuance of exploratory snow crab licence—Applicant now seeks order setting aside decision together with order respondent redetermine request for reissuance in accordance with reasons of Court in present application—Further, applicant seeks order respondent proceed on basis he had received licence for M.V. *Sandy Joanne* in 1998, rather than some authorization for use of vessel as replacement vessel in relation to any prior licence held by him—Whether respondent committed reviewable error in denying applicant's appeal—Decision under review governed by Fisheries Act (Act), s. 7(1)—In present case, applicant had pursued appeal before Regional Licensing Appeal Committee and appeal to Appeal Board followed referral by respondent—Decision under review vulnerable on basis Appeal Board failed to address fundamental factual matter raised by applicant's appeal—This error compounded when respondent failed to address same question—Respondent then made decision based on misapprehension of facts—In result, respondent made decision grounded on erroneous finding of fact, made without regard to material before him—Accordingly, such situation justifies intervention by this Court—Factual matter in issue whether applicant was requesting new exploratory crab licence or merely reissuance of licence that had been previously issued for M.V. *Sandy Joanne* in October 1998—Essential factual determination not determined by Appeal Board nor by respondent in decision—In present case, decision under review is respondent's decision, communicated in letter of September 6, 2002—Letter said respondent "has made a decision based on a thorough review of all available

FISHERIES—Concluded

information"—Reasonable to infer report and recommendation of Appeal Board one basis for respondent's decision—Present case raising question about manner in which Appeal Board and then respondent treated evidence, rather than issue about reasonableness of decision—Appeal Board's mandate to determine whether applicant has been treated fairly in accordance with Departmental policies and whether "extenuating circumstances" existed for deviating from established policies, practices and procedures—Appeal Board failed to discharge mandate, as it merely summarized material presented before it and then made brief recommendations, without addressing whether October 1998 licence for M.V. *Sandy Joanne* only authorization for use of replacement vessel under licence issued for M.V. *Bear Cove Point*, or whether it was separate and independent licence—In this judicial review application, applicant filed affidavit including copies of licence issued in 1998 for M.V. *Bear Cove Point* and for M.V. *Sandy Joanne*—Applicant noted each licence had different reference number, permitted fishing in different areas and referred to different fishing vessels—Applicant pointed out neither Appeal Board's report nor other material relied on by respondent, including Harrison memorandum, addressed vessel replacement practices of Department—Failure of Appeal Board to address practices and procedures concerning replacement of one vessel for another, on existing licence, seriously undermines respondent's argument applicant had received only one licence, that is for M.V. *Bear Cove Point*, and M.V. *Sandy Joanne* only replacement vessel—If respondent's argument in this regard correct, Appeal Board should have addressed Department's failure to follow usual procedures for replacement of vessel on earlier licence—In conclusion, judicial review allowed on grounds decision by respondent based on erroneous finding of fact, arising from misapprehension by Appeal Board of material before it, specifically concerning status of M.V. *Sandy Joanne*, whether it was operating as replacement vessel or under independent licence issued in October 1998—Since essential factual determination not addressed, decision cannot stand—Judicial review allowed—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 7(1).

FENNELLY v. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (T-1705-02, 2003 FC 1087, Heneghan J., order dated 24/9/03, 22 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Dividends*

Appellant Banner Pharmacaps NRO Ltd. (Banner) appealing Tax Court decision dismissing its appeal of assessment under Income Tax Act (Act) for 1996 taxation year—Banner's appeal cannot succeed unless one of two

INCOME TAX—Concluded

alternative propositions established: (1) Banner not required to include in 1996 income dividend in amount of \$5,647,775 declared by its wholly owned Canadian subsidiary, Banner Gelatin Products (Canada) Ltd. (Banner Canada) on February 15, 1996; (2) principal business of Banner in 1996 making of loans—Resolution declaring dividend on February 15, 1996 valid—Tax Court Judge reached correct conclusion, but for wrong reasons—First, clear result of combined operation of Act, s. 12(1)(j) and s. 82(1)(a)(ii)(A) that such dividends taxable only when received, not when merely receivable—Therefore, Banner required to include dividend in 1996 income only if received dividend in 1996—Second, legal effect of delivery of promissory note depends upon all relevant facts, important fact being intention of maker of note as determined by evidence—Important evidence resolution declaring dividend—Resolution must be presumed to express intention of Banner Canada because no evidence to contrary—As promissory note in fact delivered as resolution required, impossible to conclude dividend not paid when supposed to be paid, on February 15, 1996—It follows Banner required to include amount of dividend in income for 1996 year—As to whether principal business of Banner making of loans, no evidence ever advanced money to another party on condition money be repaid, and thus no evidence made any loans at all, much less that Banner carried on money-lending business—Appeal dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985, (5th Supp.), c. 1, ss. 12(1)(j), 82(1)(a)(ii)(A).

BANNER PHARMACAPS NRO LTD. v. CANADA (A-124-03, 2003 FCA 367, Sharlow J.A., judgment dated 2/10/03, 4 pp.)

PENALTIES

Application for judicial review of Tax Court of Canada (T.C.C.) decision reducing penalty incurred by respondent under Income Tax Act, s. 163(2) and reducing interest levied on penalty accordingly—Respondent knowingly participated in scheme organized by certain employees of Canada Customs and Revenue Agency, inserting false information in Agency's computer system, thereby granting unauthorized tax credit and deductions—Respondent thus obtained credit for married persons and dependants and deductions for maintenance when had never been married and had never had children—However, Court reduced amount of penalty based on applicant's ability to pay—Application allowed—S. 163(2) conferring no discretion on Minister or Court as to amount of penalty or interest—T.C.C. could neither reduce penalties nor interest levied on those penalties—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 163(2) (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 189).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. SIMARD (A-404-02, 2003 FCA 427, Noël J.A., judgment dated 14/11/03, 5 pp.)

NATIVE PEOPLES

Present case concerns two motions—First motion made by plaintiff follows on previous order T-430-01 and proposes method of inviting and assessing claims to settlement agreement—Motion in generally acceptable form except as to description of class of persons who should be invited to file claims—Clear that class restricted to those persons who were or became members of Samson Band between June 1987 and May 1988, both inclusive, whose *per capita* distributions for that period held by Government of Canada and with whom Samson Band may have purported to have effected settlement (at least 118 such persons)—Since previous order decided purported settlement cannot be set up against plaintiff, and others of class, fact of having entered into such settlement not condition of membership—From materials before Court, it appears there are other persons for whom government may be holding funds some or all which may relate to *per capita* distributions for other years; such persons clearly not included in class in so far as their claims may go beyond 1987-1988 *per capita* distribution—They are said to number 213 but not clear what, if any, part of funds being held for them relates to 1987-1988 *per capita* distribution—They would of course be members of class with regard to any such part, but not for any balance—Second motion in T-354-01 brought by Samson Band—Not entirely clear what is being sought but it appears to be either stay or revision of March 2003 order and leave to intervene in proceedings in T-430-01 leading to determination of individual claims of members of class—Motion ill-founded—No case made for stay of March order and no attempt made to satisfy classic three-part test—In so far as varying that order concerned, since case being appealed, it would be improper to do anything in that regard—Finally, no basis for permitting Band to intervene or have standing in determination of individual claims—Previous order has determined Band has no interest in moneys held by government for members of class and Band's participation in claims process would only serve to further delay resolution of matter that has already gone on for far too long—Evidence did not establish payments were for same amounts which were being held by Crown in respect of *per capita* distributions—Accordingly, Band's claim dismissed—Motion of plaintiff under r. 369, for terms respecting distribution of amounts in issue and manner in which individual claimants may take their claims, granted—Motion brought by plaintiff Samson Cree Nation, under r. 369 for stay or revision of March 2003 order, and leave to intervene in proceedings leading to determination of individual claims of members of class, dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 369.

SAMSON CREE NATION V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T-354-01, 2003 FC 1170, Hugessen J., order dated 9/10/03, 8 pp.)

Judicial review of decision by adjudicator appointed pursuant to Canada Labour Code (Code), s. 242, that labour relations between applicant and employees fall within federal

NATIVE PEOPLES—Concluded

jurisdiction as integral part of primary federal jurisdiction over Indians or lands reserved for Indians—Here, applicant engaged in activities of federal nature—Applicant's activities relate to "Indianness" of its members, even though many of those members not status Indians—One of main goals of applicant's society "to fight for treaty rights and status for those currently disenfranchised under Indian Act"—This objective, combined with applicant's primary position members of Aboriginal ancestry entitled to similar benefits as those with status under Indian Act, and fact applicant primarily funded by federal government, means applicant's primary function falls under federal jurisdiction over "Indians, and land reserved for Indians"—Judicial review dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 242—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5.

NEW BRUNSWICK ABORIGINAL PEOPLES COUNCIL v. CANADA (ADJUDICATOR, LABOUR CODE) (T-1872-02, 2003 FC 1181, Pinard J., order dated 10/10/03, 5 pp.)

PATENTS**INFRINGEMENT**

Application by H. Lundbeck A/S and Lundbeck Canada Inc. (applicants) pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (PM Regulations), s. 6(1) for order prohibiting Minister of Health from issuing a Notice of Compliance (NOC) to Genpharm Inc. (Genpharm) in respect of citalopram hydrobromide (citalopram) in each of 10 mg, 20 mg and 40 mg strengths until after expiration of Canadian Patent no. 2049368 ('368 patent)—Patent '368 entitled Treatment of Cerebro-Vascular Disorders—Chemical composition of drug involves novel intermediate step, object of patent no. 1237147—Novelty element in patent '368 use of citalopram to treat dementia and cerebro-vascular diseases (CVD)—Citalopram already well-known as anti-depressant, as patent itself states—'368 patent contains description of drug, and list of 21 claims—Claims protected by inclusion of drug on patent list are those claims related to use of medicine—Citalopram part of class of pharmaceutical drugs called Selective Serotonin Reuptake Inhibitors (SSRI), type of drug which has shown itself very useful in treatment of depression and depressive illness—Whether Genpharm justified in alleging that by manufacturing and selling drug citalopram it will not infringe '368 patent—In *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (F.C.A.), aff (1994), 53 C.P.R. (3d) 368 (F.C.T.D.), Hugessen, J.A., defined burden of proof in case under PM Regulations—Applicants must discharge burden of proving Genpharm's allegations of non-infringement without merit—Must prove use that Genpharm's drug would be put to would infringe use protected by virtue of fact patent '368 listed on Register—Applicants must establish Genpharm tablets will be used for protected use (as listed on Register) as

PATENTS—Concluded

opposed to unprotected use, as enunciated in NOC—In case at bar, Genpharm's allegation simple: citalopram it would produce would not be used to treat any of diseases enumerated in patent claims—Evidence presented by Genpharm two-fold: depression not dementia or CVD, and thus treating former not treating latter; and little likelihood citalopram would be prescribed for uses which patent protects—This evidence serves to support allegation of non-infringement—Matter of inefficacy not aimed at validity of patent, but rather, at probability generic citalopram would be used or prescribed in way infringing patent claims—Infringement can be direct or indirect—In case at bar, applicants have not established, on balance of probabilities, that Genpharm intends to make, use or sell generic form of citalopram for any other purpose save old, approved use—Nor have applicants demonstrated citalopram would be used or prescribed by third parties for uses other than approved use—No evidence of citalopram being recognized by medical profession as promising medication for any of patented uses claimed in patent list—In case at bar, new use for dementia, CVD or Alzheimer's—Depression not new use, and trying to include it in treatment of those diseases does not make it new use—Claim for use relates to treatment of dementia, CVD, Alzheimer's or ischemia—Use of citalopram for depression old use, and not claimed by patent—Use that NOC has been issued for in case of applicant's drug Celexa depression, not any of diseases for which there is patent claim listed—Patent makes no claim as to depression, since use well-established and thus cannot be patented—If use cannot be patented, it cannot be infringed—Applicants have not convincingly established Genpharm's citalopram would be prescribed for anything else but depression—No convincing evidence presented citalopram would be of any use to treat CVD, dementia or Alzheimer's as such—Research as to treatment of behavioural problems still very sketchy—Fact is that citalopram offers effective remedy against depression, and that use not protected—All other uses of citalopram have so far been in isolated experiments which have not shown much promise of generating more research—Applicants have not established issuing NOC to respondent for manufacturing and marketing of citalopram would result in infringement of patent 368—Accordingly, judicial review dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

H. LUNDBECK A/S v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-122-02, 2003 FC 1145, Blais J., order dated 3/10/03, 32 pp.)

PENITENTIARIES

Judicial review of Donnacona penitentiary (institution) disciplinary court (DC) decision sentencing applicant to 20 days without television privilege for participating in activity likely to jeopardize security of penitentiary pursuant to Corrections and Conditional Release Act (CCRA), s. 40(m)—

PENITENTIARIES—Continued

Whether DC breached duty of fairness by refusing applicant right to view video recording of incident in courtyard—Applicant arguing DC's refusal to show him videotape constituting breach of Corrections and Conditional Release Regulations (CCRR), s. 31(1) as well as Quebec Charter, s. 35, which guarantees every accused right to full and complete defence—Issue therefore whether DC's finding video recording not relevant to its inquiry containing reviewable error—Video in fact made from interior of detention centre with no sound or image of what went on in walkway where security guard who gave order to return to cells was standing—Also, video camera had been brought in to record use of tear gas in courtyard, thus, did not record 15 or 20 minutes before such event—On that basis, president held, given nature of offence before him, video could not shed any light on any contested issue before him—Based on evidence, video showed at best only number of inmates in courtyard, the height of fire, courtyard, where each inmate was when courtyard gassed, and how inmates exited courtyard thereafter—Decision of DC containing no reviewable error and no breach of Regulations, s. 31(1)(a) or of duty of fairness as applying to such disciplinary proceedings—Further, no serious injustice done to applicant so as to justify intervention by Court—Whether DC patently unreasonable in its interpretation of testimonial evidence and whether it erred in finding applicant guilty "beyond reasonable doubt" as required by CCRA, s. 43—Applicant arguing pursuant to CCRA, s. 43, offence must be established beyond any reasonable doubt—Applicant arguing decision of DC patently unreasonable because evidence could not support such finding given that (i) orders to evacuate courtyard given in French only; (ii) applicant did not understand French; (iii) applicant testified went back to cell as soon as he could; and (iv) none of security officers could specifically recall seeing him in courtyard—Applicant also submitted complaint too vague for him to present proper defence because failure to comply with order breach of s. 40(a) of CCRA as opposed to s. 40(m) of CCRA—Relevant section of CCRA expressly mentioned in inmate offence report and notification of charge and description of offence contained enough particulars to enable applicant to prepare defence—Evidence described above under (i) and (ii) not relevant to decision under review for it is clear from reasons given by DC that it relied mainly on testimony of security guard, on his use of body language to convey his order and warning to inmates and on other circumstantial evidence such as proximity of security guard to inmates—As to two other issues described in (iii) and (iv), applicant admitted he was in courtyard and there is evidence that he could leave courtyard when ordered to do so as door unlocked—In light of evidence adduced before it, DC could reasonably reach conclusion applicant guilty of offence described in CCRA, s. 40(m)—Certainly not clearly irrational or patently unreasonable for DC to make such finding—

PENITENTIARIES—Concluded

Therefore, judicial review dismissed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 40, 43—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 31(1)—Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 35.

CREWS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1514-02, 2003 FC 1144, Gauthier J., order dated 3/10/03, 10 pp.)

PRACTICE**COMMENCEMENT OF PROCEEDINGS**

Appeal from prothonotary's order dismissing motion to strike plaintiff's action—Plaintiff placed on retirement due to compulsory retirement age contained in Queen's Regulations and Orders for Canadian Forces asked to be reinstated in employment, receive compensation for salary lost and have Court rule provisions of Queen's Orders and Canadian Human Rights Act (s. 15(1)(b), (c)) contrary to Charter, ss. 1, 15 and so of no force or effect—(1) Whether prothonotary erred in finding Crown could not rely on six-month prescription contained in National Defence Act (NDA), s. 269(1) as to prescription of plaintiff's action—(2) Whether prothonotary exceeded jurisdiction by ordering plaintiff to file reamended statement of claim—(3) Whether prothonotary erred in deciding plaintiff should proceed by statement of claim rather than by judicial review—Appeal dismissed—(1) Prothonotary correctly found NDA, s. 269(1) inapplicable in case at bar since plaintiff's action aimed directly at Crown for legislative acts, not indirectly for actions of Crown employee—Government can rely on Crown Liability and Proceedings Act, s. 24(a) but only if government sued for fault of person covered by NDA, s. 269(1)—Government cannot appropriate defences of persons not covered by actions—(2) Order arises from conclusion on third point at issue, namely case should proceed by action, not judicial review—(3) Prothonotary did not err in deciding plaintiff should proceed by statement of claim rather than by judicial review—Under Federal Court Act, ss. 17(1), 48 application against Crown for declaration instituted by action—Prothonotary found plaintiff's first remedies more in nature of action and application for reinstatement could be decided in disposing of action—As no prescription deadlines applicable under federal legislation in case at bar, pursuant to Federal Court Act, s. 39(1) applicable prescription deadline that of province of Quebec and plaintiff's action brought before that deadline expired—However, plaintiff must comply with requirements of Federal Court Act, s. 57 and prepare his record in accordance with requirements of Federal Court Rules, rr. 60 - 71—National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 269(1)—Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17(1), 39(1), 48, 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 60 - 71 (s. 70 as am. by SOR/2002-417, s.

PRACTICE—Continued

9)—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 24(a) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 30; 2001, c. 4, s. 48)—Queen’s Regulations and Orders for Canadian Forces (1994 Revision)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1-15—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(1).

TREMBLAY V. CANADA (T-541-02, 2003 FCA 1204, Rouleau J., order dated 17/10/03, 13 pp.)

COSTS

Motion arises from Carter-Wallace Inc.’s (applicant) unsuccessful appeal of decision by Registrar of Trade-marks refusing to expunge trade-mark registration of Wampole Canada Inc. (respondent)—By order dated June 20, 2000, Trial Judge dismissed application of applicant with respondent’s “costs to be taxed”—Respondent subsequently submitted request of assessment of its bill of costs, including as alternative, that its costs be paid by counsel for applicant, MacBeth & Johnson—Respondent later withdrew request costs be paid by MacBeth & Johnson—In decision dated August 19, 2003, Assessment Officer awarded \$2,070 in costs to respondent but denied claim of MacBeth & Johnson to \$8,225 for defending request for costs—MacBeth & Johnson has brought present motion, pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 414, for review of assessment in so far as its claim for \$8,225 denied—R. 400(1) provides Court with full discretionary power over amount and allocation of costs and determination of by whom they are to be paid—Accordingly, fully open to Trial Judge to determine costs were to be payable by someone other than parties named in proceeding, but did not do so in order of June 20th—Accordingly, no basis upon which respondent could seek costs against anyone other than applicant, original party to proceeding—Review of r. 405 and following clearly indicates scheme whereby those parties required to pay costs and those entitled to receive costs engage Assessment Officer in mechanics of assessing bill of costs—Merely being named by respondent in original bill of costs does not change or expand restricted role of Assessment Officer—Lack of jurisdiction basis of submission of MacBeth & Johnson made in response to request for assessment once law firm named—Also appears respondent, in withdrawing claim for costs against MacBeth & Johnson, recognized this lack of jurisdiction—Motion denied for simple reason MacBeth & Johnson could not be “party” for purposes of r. 408(3) and could not receive any award of costs from Assessment Officer—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 400(1), 405, 408(3), 414.

CARTER-WALLACE INC. V. WAMPOLE CANADA INC. (T-272-99, 2003 FC 1166, Snider J., order dated 8/10/03, 7 pp.)

PRACTICE—Continued

Illinois Tool Works Inc. (appellants) appeals Trial Division decision ((2002), 221 F.T.R. 161) that respondent’s products (anchors identified by trade-marks “WallDriller” and “Picture Hook”), did not infringe appellants’ patent and that each party to bear its own costs—These products did not possess two of features essential elements of invention claimed by appellants, namely “a drilling end including means for allowing passage of elongated fastener through and beyond said drilling end” and “for causing said drilling end to deflect upon advancement of said fastener through said body”—Cogent evidence supporting such finding—Respondent’s cross-appeal attacking validity of patent cannot succeed—Trial Judge made no error in holding prior art references cited at trial did not render invention obvious or demonstrate lack of inventiveness—Respondent’s cross-appeal relating to allocation of costs in Trial Division should be allowed—Trial Judge did not properly exercise discretion in assessing costs—Trial Judge’s conclusion has roots in misapprehension of facts and, as result, of legal principles applicable in present case—At trial, respondent’s defence did not have to be accepted in entirety for lawsuit to be dismissed—Defence needed to succeed on only one of its two components in order to achieve result, and it did: Trial Judge found respondent’s products do not infringe plaintiffs’ patent—Therefore, plaintiffs’ action dismissed—No costs awarded on basis of “divided success”: plaintiff entitled to declaration patent valid; defendant entitled to declaration its products did not infringe plaintiff’s patent—On facts of this case, Court could not understand why dismissal of plaintiffs’ lawsuit could amount to, result in, or become divided success—Trial Judge did not properly take into consideration end result of proceedings before him, as required by Federal Court Rules, 1998, r. 400(3)(a)—In conclusion, respondent entitled to costs as winning party and no valid reasons given to refuse to award costs to winning party in these circumstances—Appeal dismissed with costs and respondent’s cross-appeal allowed to extent of vacating Trial Judge’s decision regarding costs—On all other aspects, cross-appeal dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 400(3)(a).

ILLINOIS TOOL WORKS INC. V. COBRA FIXATIONS CIE/COBRA ANCHORS CO. (A-522-02, 2003 FCA 358, Létourneau J.A., judgment dated 30/9/03, 5 pp.)

PARTIES*Standing*

Motion to strike out statement of claim filed by Action des Nouvelles Conjointes du Québec (ANCQ or applicant) on ground none of plaintiffs had standing to act in public interest within meaning of *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236 (*Council of Churches*)—Plaintiff included and sought to

PRACTICE—Continued

assist individuals who suffered inequities in divorce proceedings in court handling divorce cases (Superior Court)—Plaintiff had no direct interest in acting, had to have public interest standing recognized—Question must be decided in accordance with principles taken from *Council of Churches*—In *Council of Churches*, Court described three points to be taken into account in determining standing—Parties herein disagreed on third aspect, namely existence of another reasonable and effective way to bring issue before courts—Since ANCQ did not disprove at least one other reasonable and effective way of submitting plaintiff's arguments, namely in divorce action between individual litigants in Superior Court, it follows plaintiff cannot be granted standing—Accordingly, Court allows defendant's motion.

L'ACTION DES NOUVELLES CONJOINTES DU QUÉBEC V. CANADA (T-1473-03, 2003 FC 1360, Morneau P., order dated 18/11/03, 19 pp.)

PLEADINGS*Amendments*

Plaintiffs (Lilly) wish to amend statement of claim in context of patent infringement suit relating to antibiotic drug cefaclor—Apotex manufactures and sells its own product, Apo-Cefaclor, in Canada—Bulk active ingredient in Apotex' cefaclor said to be infringing by use of intermediate compounds or processes claimed in eight patents at issue—Fair to summarize substantive matters in dispute between parties as involving infringement and invalidity of subject patents and anti-competitive conduct of Lilly and Shionogi, holder of patent rights in four of eight patents in suit—For most part, proposed amendments not contentious—Disputed amendment to effect that Lilly entitled to award of solicitor-and-client costs, and exemplary damages, as consequence of Apotex having allegedly withheld relevant documents, and failed in its discovery obligations, in course of this proceeding—Focus of controversy is addition of paragraph 33 to Lilly's claim—Amendments may be made to pleadings at any time, so long as amendment does not give rise to prejudice not compensable by award of costs—Proposed amendment meant to be subjected to same test as applies on motion to strike—Indeed, pleadings may be struck on basis of each of enumerated grounds under Federal Court Rules, 1998, r. 221(1)—Lilly refers to common law principle that if party best situated to prove or disprove fact fails to present relevant evidence, it can lead to inference adverse to that party—Lilly has pleaded that information relating to synthetic processes used by Apotex are particularly within its knowledge, beyond power of plaintiffs to discover, and that common law burden therefore falls on Apotex to prove that non-infringing process being used—Former unavailability of process information

PRACTICE—Continued

cannot be taken into account in shifting burden of proof—No subsisting legal issue related to burden of proof left to which Apotex's failure to disclose may be relevant—Apotex's alleged misconduct in discovery process not of kind or character to attract award of exemplary damages—In case at bar, underlying action on account of patent infringement—Apotex's alleged failure to disclose relevant documents such as to needlessly prolong prosecution of action and cause plaintiffs to incur expense, not means, aggravation or continuation of alleged infringement—Any delay and additional expense Lilly incurred in prosecuting action can be compensated by award of costs—Not conduct that can ground award of punitive or exemplary damages—In contrast to issue of damages, not disputed that allegations contained in paragraph 33 may be relevant to issue of costs—Further question whether such relevance sufficient to justify presence of this paragraph in pleadings—Not procedurally just or expedient to allow matters unrelated to *lis* and going exclusively to entitlement of costs to detract from substantive issues to be decided at trial—To allow such pleadings to stand is to invite grievances as to party's conduct to become basis to amend allegations of fact as these grievances arise, thereby engendering delays and potentially, needlessly, expanding ambit of discoveries—In sum, allegations contained in paragraph 33 of Lilly's proposed statement of claim not relevant or material to legal burden of proof in underlying action—Nor are allegations sufficient to ground claim for exemplary damages—While allegations may be relevant to costs, Court concludes that leave should be denied as pertains to impugned allegations—Immaterial to substantive issues for determination at trial, will only serve to colour pleadings, and will detract from and delay disposition of proceeding on merits—Order will go accordingly—Federal Court Rules, 1998, SOR/106-98, r. 221.

ELI LILLY AND CO. V. APOTEX INC. (T-1321-97, 2003 FC 978, Aronovitch P., order dated 13/8/03, 15 pp.)

PRIVILEGE

Attorney General of Canada appeals from order of Federal Court ordering production of document upon which Attorney General claims solicitor-client privilege—Burden of establishing solicitor-client privilege lying with person seeking to invoke privilege—Attorney General arguing document for which privilege claimed obviously privileged on its face—Upon examination, document may well be privileged but no palpable and overriding error made in concluding insufficient evidence to establish privilege—In particular, lacking evidence of solicitor-client relationship between decision maker and author of document in question—Appellant, however, alleging direction issued by Prothonotary dated September 9, 2002, did not contemplate filing of affidavit evidence and for this reason none was filed—

PRACTICE—Concluded

Because of importance of solicitor-client privilege, appellant should not be deprived of opportunity to submit affidavit containing required information—Appeal allowed.

WILLIAMSON V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(A-679-02, 2003 FC 361, Sexton J.A., judgment dated 30/9/03, 6 pp.)

PUBLIC SERVICE**PENSIONS**

Application for judicial review of Treasury Board (TB) decision dismissing applicant's claim for surviving spouse benefits under Public Service Superannuation Act, s. 13(2)—Raymond Carrier and Louise-Ella Goyette married June 21, 1958, under Quebec regime of conventional separation as to property—From about October 21, 1981, couple lived separately—Following death of Mr. Carrier, applicant applied for surviving spouse benefits, as Mr. Carrier's common law spouse—Legal widow of deceased, Ms. Goyette, respondent in case at bar, also applied for benefits—TB denied applicant's claim and advised her that Ms. Goyette considered only surviving spouse of Mr. Carrier for purposes of Act—Whether TB made error warranting Court's intervention in denying applicant's claim for surviving spouse benefits—TB contacted both applicant and her counsel on numerous occasions in order to obtain further clarifications and statutory declaration that could support applicant's version regarding obvious contradictions appearing in record—Partial answers sent to TB—However, request sent to applicant's counsel dated September 26, 2001, in order to obtain statutory declaration attesting to steps taken to find secondary evidence to support applicant's claim for survivor's benefits, did not receive satisfactory response—In case at bar, parties decided to perpetuate situation that can be characterized as confused in regard to their true status—Ms. Goyette separated as to bed and board but remained nonetheless legitimate spouse of Mr. Carrier—As for Mr. Carrier, he deliberately chose to perpetuate ambiguous situation as to marital status—Quite obvious that support payment to his wife had income tax advantages for him, since he could deduct amount of support paid—Had he proceeded to divide pension, whether at time of separation in 1981 or at time of judgment in 1985, total amount of pension to be paid would have been reduced appreciably—Had he proceeded with this division in 1990, when retired, he would have undoubtedly lost significant amount of income that would have been paid directly to his wife—He could have applied to court to stop paying support, but then he would have lost tax advantage—Court will never know exactly what reasons led Mr. Carrier to perpetuate ambiguous situation, which has

PUBLIC SERVICE—Concluded

forced both applicant and respondent to go to Court to settle matter—It appears that TB accumulated significant amount of information from number of different sources—Faced with inaccuracies and contradictions in documents filed by all parties, it communicated without hesitation with both parties on numerous occasions in order to obtain additional information—Only after it had given parties every opportunity to explain inaccuracies or concerns raised by documents submitted that TB finally made decision—Despite having read documents submitted very carefully and analysed arguments submitted orally by counsel, impossible to conclude that TB's decision arbitrary or unreasonable—TB did not fail to observe principle of natural justice, procedural fairness or any other procedure lawfully bound to comply with—Argument that TB did not give reasons for decision unfounded—TB, on several occasions, told applicant what objections had been raised that prevented it from favourably responding to application and ways in which to remedy situation—In circumstances, this approach specifically fulfilled duty of procedural fairness—TB acted in accordance with its obligations of procedural fairness—Application for judicial review dismissed—Public Service Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. P-36, s. 13(2) (as am. by S.C. 1999, c. 34, s. 65).

BÉLANGER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-661-02,
2003 FC 1049, Blais J., order dated 9/9/03, 18 pp.)

TERMINATION OF EMPLOYMENT

Respondent, public servant employed by Department of Citizenship and Immigration, declared surplus and laid off after evaluation in reverse order of merit—Appeal from judgment of Federal Court judge allowing application for judicial review of decision by adjudicator that termination of respondent's employment not disguised disciplinary action but administrative decision made in good faith and in accordance with Public Service Employment Act, s. 29(1)—Appeal allowed—As judge took same view as adjudicator on this point he should have dismissed application for judicial review—Had no jurisdiction to rule on question of validity of evaluation process, conclude process vitiated on account of apparent bias and allow application for judicial review on this ground—Question had already been decided by Public Service Commission and Commission's decision not subject of any application for judicial review—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 29(1) (as am. by S.C. 1996, c. 18, s. 16).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. FORTIN (A-98-03,
2003 FCA 376, Décaré J.A., judgment dated 10/10/03, 5 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/caf/index.shtml> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la cour Fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg

ASSURANCE-EMPLOI

Le présent dossier concerne sept demandes de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision, identique dans chaque dossier, rendue par un juge-arbitre—Celui-ci a rejeté les appels de la Commission d'assurance-emploi (la Commission) et a maintenu la décision du conseil arbitral, selon laquelle les sommes reçues par les défendeurs ne constituaient pas de la rémunération au sens de l'art. 35(2) du Règlement sur l'assurance-emploi (le Règlement)—Les autres demandes de contrôle judiciaire sont jointes au dossier A-685-01, celui de Gaston Roch, lequel constitue le dossier maître—La Laiterie Dallaire (division de «Les aliments Parmalat Inc.»), l'employeur des défendeurs, décida en 1998 de réajuster sa production et d'abandonner la production de lait de consommation et de lait industriel—Pour ce faire, l'employeur mit en place un programme de compression de personnel—Afin de minimiser les impacts négatifs de cette restructuration et avec l'accord du syndicat représentant les défendeurs, il obtint d'Emploi-Québec une aide-financière dans le cadre du programme dénommé «Plan d'aménagement et de réduction du temps de travail» (le plan ou le plan d'ARTT)—Par suite de leurs cessations d'emploi, les défendeurs ont reçu différentes primes, dont des paies de vacances, des crédits de congé de maladie et des indemnités de départ, d'une valeur de 24 177 \$, lesquelles ont été réparties et dont la répartition n'est pas contestée—Les montant visés dans les présentes demandes de contrôle judiciaire sont ceux qui ont été versés dans le cadre du plan d'ARTT—Le défendeur, pour sa part, a reçu un montant total de 12 000 \$ échelonné sur une période de 36 mois—Le 26 octobre 1998, le défendeur formulait une demande de prestations d'assurance-emploi indiquant avoir quitté son emploi le 14 octobre 1998—Une période de prestations a été établie à son profit à compter du 18 octobre 1998—Dans une seconde lettre en date du 25 mai 2000, la Commission informait le défendeur que la réception de la somme de 12 000 \$ du plan d'ARTT venait modifier la répartition calculée antérieurement—Le revenu global passait de 24 177 \$ à 36 177 \$—En conséquence, aucune prestation ne lui serait payée du 18 octobre au 13 novembre 1999—Sa période de prestation allait être prolongée de 52 semaines et prendrait fin le 14 octobre 2000—Le défendeur contesta cette décision, alléguant que la somme de 12 000 \$ n'avait pas

ASSURANCE-EMPLOI—Suite

valeur de rémunération parce que l'argent ne provenait pas de son employeur—Le 17 novembre 2000, le conseil arbitral rescindait la décision de la Commission—Le Conseil fit droit à l'appel du défendeur et conclut que la somme reçue n'avait aucune valeur de rémunération mais constituait plutôt une allocation de secours selon l'art. 35(7)c) du Règlement—La Commission interjeta appel de cette décision devant le juge-arbitre—Ce dernier rejeta la conclusion du conseil arbitral selon laquelle les primes étaient une allocation de secours—Il conclut que le montant reçu dans le cadre du plan ne constituait pas une rémunération aux termes de l'art. 35(2) du Règlement parce que le bénéficiaire n'avait aucune relation avec le travail présent ou passé des défendeurs—Tout d'abord, il s'agit de déterminer si la somme reçue par le défendeur en vertu du plan d'ARTT a valeur de rémunération au sens des art. 19 et 54s) de la Loi sur l'assurance-emploi et de l'art. 35 du Règlement—L'art. 19 de la Loi prévoit que si le prestataire reçoit une rémunération alors qu'il demande des prestations, une somme doit être déduite de ces prestations—Il s'agit en l'espèce de déterminer si la somme de 12 000 \$ est une rémunération au sens de l'art. 35 du Règlement—En se basant sur la jurisprudence, on retient que la rémunération au sens de la Loi et du Règlement correspond à tout ce qui est gagné par un travailleur grâce à son travail, c'est-à-dire en contrepartie de son travail—Une somme qui n'est pas en contrepartie d'un travail accompli au sens traditionnel peut être de la rémunération au sens de la Loi et du Règlement à la condition que cette somme soit assimilable à une rémunération et qu'il existe un «rapport certain» ou un «lien suffisant» entre l'emploi du prestataire et la somme reçue—En l'espèce, l'argent reçu origine d'un tiers et non de l'employeur, quoiqu'il ait été versé par l'employeur—Ce facteur n'atténue cependant pas la relation d'emploi puisque l'art. 35(1) du Règlement prévoit que l'argent peut être reçu «d'un employeur ou de toute autre personne» (définition de «revenu») —L'employeur qui recevait cet argent d'Emploi-Québec était tenu de le verser en conformité avec le plan, c'est-à-dire, à ceux des employés qui consentaient à libérer des heures de travail au profit d'autres employés—L'argent fut reçu à titre incitatif afin d'encourager ceux qui le recevaient à renoncer à leurs heures de travail—

ASSURANCE-EMPLOI—Suite

Même s'il n'y a pas d'équivalence spécifique entre la somme reçue et le salaire antérieur, et même si elle a été touchée alors que les défendeurs avaient déjà quitté leur emploi, la somme de 12 000 \$ avait toutes les caractéristiques d'une rémunération—La rémunération comprend tout gain ou contrepartie reçue pour le travail accompli—Si, par suite des conditions variables du marché, un travailleur reçoit une somme d'argent à la condition qu'il renonce à travailler ou qu'il cède ses heures d'emploi à un autre employé, la somme qu'il reçoit a pour effet d'atténuer son manque à gagner—La somme reçue représente une compensation par suite de l'engagement à ne pas travailler—Elle permet ainsi d'adoucir la situation dans laquelle se retrouve le travailleur qui ne reçoit plus de rémunération—Cette somme devient la contrepartie d'un non-travail—Elle ne correspond pas nécessairement au même montant que le salaire, mais elle supplée à son absence—En même temps, cette somme fait partie des conditions de cessation d'emploi et possède toutes les caractéristiques d'une rémunération même si, en un sens, elle n'est pas une rémunération au sens traditionnel puisqu'il n'y a pas de travail accompli en contrepartie de la somme reçue—Rien ne s'oppose à ce que la notion de rémunération puisse s'adapter aux conditions du marché du travail s'il est établi qu'une somme reçue, même d'un tiers, est assimilable à une contrepartie pour la libération d'un poste—Le juge-arbitre avait raison d'affirmer que la somme reçue était «un bénéfice fondé sur un engagement de ne plus réintégrer un poste»—Il lui était par contre incorrect d'affirmer que ce «bénéfice n'a aucune relation avec le travail présent ou passé du bénéficiaire»—En l'espèce, le défendeur a renoncé à ses heures de travail au profit de quelqu'un d'autre—Il ne renonçait pas à un droit de réintégrer son poste—Il renonçait à son emploi—Il est vrai qu'en renonçant à ses heures de travail, le défendeur renonçait à son ancienneté, et que cette ancienneté était un droit reconnu par la convention collective laquelle est chapeautée par une législation—On ne pourrait prétendre que les sommes reçues conditionnellement à une renonciation des droits de la convention collective ne sont pas reçues «grâce» à l'emploi du défendeur—La convention collective est l'œuvre d'une négociation—Ainsi, lorsqu'un prestataire renonce à un avantage y figurant, on peut dire qu'il renonce à un droit qui relève de ses conditions de travail mais non à un droit que lui donne la loi—En somme, la somme versée en vertu du plan d'ARTT a valeur de rémunération puisqu'elle en a toutes les caractéristiques compte tenu des conditions variables du marché du travail—Subsidiairement, le défendeur soumet que la décision du conseil arbitral à l'effet que la somme reçue correspondait à une allocation de secours au sens du paragraphe 35(7)c) du Règlement était raisonnable et que le juge-arbitre a eu tort de la renverser—La jurisprudence de cette Cour reconnaît que pour qu'il y ait allocation de secours, trois éléments doivent être analysés; 1) la situation dans laquelle la perte a été subie, 2) le type de

ASSURANCE-EMPLOI—Suite

perte donnant lieu à l'indemnisation et 3) la nature du programme d'indemnisation (*Canada (Procureur général) c. King*, [1996] 2 F.C. 940 (C.A.))—Relativement au premier critère, il est vrai que, comme le plaide le défendeur, l'interruption définitive d'une partie de la production de l'entreprise pour laquelle le défendeur travaillait pouvait constituer une situation inhabituelle ou irrégulière—Or, relativement au deuxième critère, le type de perte subi par les défendeurs était essentiellement volontaire—Ceux-ci ont consenti à la réduction de leurs heures de travail et à leur congédiement—Il ne s'agissait pas d'une perte fortuite et soudaine par exemple—Mais relativement au troisième critère, le juge-arbitre a correctement déduit des termes du protocole d'entente que «l'objectif primordial du plan d'ARTT n'était pas d'indemniser une perte subie par le bénéficiaire mais plutôt d'assurer que les heures qu'il libérait serviraient à procurer de l'emploi à un autre travailleur et que le bénéficiaire ne tenterait pas de reprendre un emploi chez l'employeur»—Le juge-arbitre a écarté la décision du conseil arbitral selon laquelle la somme reçue constituait une allocation de secours—Il s'agissait d'une erreur de droit de la part du conseil arbitral de qualifier ainsi la somme reçue, et le juge-arbitre était justifié d'intervenir—Si la somme en question a valeur de rémunération, laquelle des mesures de répartition est applicable?—Compte tenu de la conclusion à laquelle en sont venus le conseil arbitral et le juge-arbitre, leurs décisions sont muettes quant à la façon dont la répartition devrait être faite—Il n'y a donc pas lieu d'y référer—Il est vrai que la somme de 12 000 \$ a été remise au défendeur en trois versements échelonnés sur trois ans—Compte tenu cependant de la conclusion antérieure à l'effet qu'elle est une «rémunération payée ou payable [...] en raison de la cessation de son emploi», la répartition doit se faire conformément à l'art. 36(9), lequel s'applique «abstraction faite [...] de la période pour laquelle la rémunération est présentée comme étant payée ou payable»—Les demandes de contrôle judiciaire devraient être accueillies avec dépens et les dossiers doivent être retournés à la Commission pour que la répartition des sommes reçues soit faite conformément à l'art. 36(9) du Règlement—Règlement sur l'assurance-emploi, DORS/96-332, art. 35 (mod. par DORS/97-31, art. 18)—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 19, 54.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ROCH (A-685-01, A-684-01, A-686-01, A-687-01, A-688-01, A-689-01, A-690-01, A-691-01, 2003 CAF 356, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 26-9-03, 32 p.)

Contrôle judiciaire des décisions d'un juge-arbitre, en date du 18 janvier 2002, rendues en vertu de la Loi sur l'assurance-emploi—Les appels des demandeurs auprès du juge-arbitre ont été instruits ensemble et celui-ci n'a prononcé qu'un

ASSURANCE-EMPLOI—Suite

ensemble de motifs applicable aux sept prestataires—La Commission de l'assurance-emploi (la Commission) a infligé des pénalités aux demandeurs—Les appels interjetés à l'encontre de la décision de la Commission auprès d'un conseil arbitral (conseil) ont été rejetés—Les appelants ont fait appel de la décision du conseil auprès d'un juge-arbitre—Ce dernier a accueilli l'appel et renvoyé l'affaire à un conseil constitué différemment—Ces affaires ont été examinées par un second conseil le 6 décembre 2000—Devant ce conseil, la Commission a présenté en preuve des cartes de déclaration qu'elle n'avait pas produites devant le premier conseil—Le conseil a accepté les cartes présentées par la Commission en faisant valoir «qu'il s'agit d'une affaire *de novo*»—Les demandeurs ont interjeté appel le 6 décembre 2000 des décisions du second conseil devant un juge-arbitre—Le juge-arbitre a décidé que les audiences devant le second conseil étaient *de novo* et que les cartes de déclaration avaient été présentées régulièrement—Il a rejeté l'appel—Le conseil peut-il instruire un affaire *de novo* et, conséquemment, recevoir en preuve des éléments nouveaux?—Le réexamen d'une audience *de novo* dépend-il des conditions auxquelles le renvoi a été ordonné par le juge-arbitre et des exigences de l'équité procédurale—Dans la mesure où il n'y a pas d'iniquité manifeste, le juge-arbitre a la latitude de préciser de quelle manière l'affaire doit être instruite dans le renvoi pour un nouvel examen—Lorsque la procédure est équitable, il existe un certain nombre de solutions entre lesquelles peut choisir le juge-arbitre qui renvoie une affaire pour un nouvel examen—Sauf dans des circonstances très exceptionnelles, il serait inéquitable au plan de la procédure de renvoyer une affaire pour un nouvel examen uniquement pour donner l'occasion à une partie de présenter une nouvelle preuve qu'elle aurait pu produire à une audience antérieure—Compte tenu de la manière dont le juge-arbitre a renvoyé l'affaire et compte tenu des préoccupations d'équité, le second conseil n'aurait pas dû admettre la nouvelle preuve produite par la Commission—Dans sa décision, le juge-arbitre ordonne que «la question [soit] déferée à un conseil constitué d'autres membres qui décidera de manière correcte si la Commission a présenté une preuve appropriée à l'appui de la décision qu'elle a prise»; la formulation utilisée se reporte au passé—Elle n'envisage pas la présentation d'une nouvelle preuve devant le second conseil—De plus, il serait inéquitable d'autoriser une nouvelle preuve en l'espèce—Demandes de contrôle judiciaire accueillies—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23.

FRANCELLA C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL)
(A-455-02, A-199-02, A-450-02, A-451-02, A-452-02,
A-453-02, A-454-02, 2003 CAF 441, juge Rothstein,
J.C.A., jugement en date du 21-11-03, 12 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de la Cour canadienne de l'impôt ((2002) A.C.I. n° 415) décidant que la demanderesse

ASSURANCE-EMPLOI—Fin

occupait, pour la période en litige, des emplois assurables ou donnant ouverture à un droit de pension—Un contrat de travail requiert l'existence d'un lien de subordination entre le payeur et les salariés—La notion de contrôle est le critère déterminant servant à mesurer la présence ou l'étendue de ce lien—Ne pas confondre le contrôle du résultat et le contrôle du travailleur—En l'espèce, la demanderesse contrôlait les résultats—Ici, le contrôle quant à l'exécution même des fonctions était inexistant—Le travail consistait à livrer un véhicule à un client et le livreur n'était soumis à aucun contrôle dans l'exécution de ses fonctions de livraison—Outre la liberté de refuser une offre de livraison, les livreurs n'affichaient aucune dépendance à l'égard de la demanderesse pour obtenir du travail—Tout au plus s'exposaient-ils, par exemple, à ne pas voir leurs services retenus à nouveau si la prestation de services ou la réalisation de l'ouvrage était inadéquate—Il est légalement erroné de conclure à l'existence d'un lien de subordination et, en conséquence, à l'existence d'un contrat de travail, lorsque la relation entre les parties consiste en des appels sporadiques aux services de personnes qui ne sont aucunement tenues de les pourvoir et peuvent les refuser unilatéralement—Conclure en pareille situation à l'existence d'un contrat de travail n'est pas non plus sans conséquences pratiques sérieuses et onéreuses pour un payeur surtout que, plus souvent qu'autrement, une telle conclusion et la cotisation qui s'ensuit pour les charges sociales, telles l'impôt sur le revenu, l'assurance-emploi et le régime de pension, que le payeur doit déboursier ont un effet rétroactif—La conclusion sur l'absence de lien de subordination est suffisante pour accueillir la présente demande, puisque l'existence d'un tel lien constitue la caractéristique essentielle du contrat de travail—Contrôle judiciaire accueillie.

D & J DRIVEWAY INC. C. M.R.N. (A-512-02, 2003 CAF
453, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du
26-11-03, 7 p.)

BREVETS**CONTREFAÇON**

Demande de H. Lundbeck A/S et Lundbeck Canada Inc. (demanderesse) en vertu de l'art. 6(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (le Règlement MB) en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer à Genpharm Inc. un avis de conformité (ADC) en ce qui concerne l'hydrobromure de citalopram (citalopram) à des concentrations de 10 mg, 20 mg et 40 mg avant l'expiration du brevet canadien n° 2049368 (brevet '368)—Le brevet '368 s'intitule Treatment of Cerebro-Vascular Disorders—La composition chimique du médicament suppose une nouvelle étape intermédiaire, laquelle fait l'objet du brevet 1237147—L'élément nouveau dans le brevet '368 est l'utilisation du citalopram afin de

BREVETS—Suite

traiter la démence et les maladies vasculaires cérébrales (MVC)—Le citalopram est déjà bien connu comme antidépresseur, comme l'indique le brevet—Le brevet '368 renferme la description du médicament ainsi qu'une liste de 21 revendications—Les revendications protégées par l'inclusion du médicament dans la liste de brevets sont celles ayant trait à l'utilisation du médicament—Le citalopram fait partie d'une classe de produits pharmaceutiques appelés les inhibiteurs sélectifs du recaptage de la sérotonine (ISRS), type de médicament qui s'est avéré très utile dans le traitement de la dépression et de l'état dépressif—Genpharm est-elle fondée de prétendre qu'en fabriquant et vendant le médicament citalopram elle ne contrefait pas le brevet '368?—Dans *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (C.A.F.), confirmant (1994), 53 C.P.R. (3d) 368 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Hugessen définit la charge de la preuve dans une affaire relevant du Règlement MB—Les demandereses doivent s'acquitter de la charge de prouver que les allégations de Genpharm quant à l'absence de contrefaçon sont dépourvues de fondement—Preuve doit être faite que l'utilisation qu'entend faire Genpharm de son médicament contreferait l'utilisation protégée du fait que le brevet 368 est consigné au registre—Les demandereses doivent établir que les comprimés fabriqués par Genpharm connaîtront une utilisation protégée (telle qu'elle apparaît au registre), par opposition à l'utilisation non protégée prévue dans l'ADC—En l'espèce, l'allégation de Genpharm est simple: le citalopram qu'elle entend produire ne sera pas utilisé pour traiter une quelconque maladie énumérée dans les revendications de brevet—La preuve présentée par Genpharm comprend deux volets: 1) la dépression n'est pas la démence ou une MVC, en conséquence traiter l'une n'est pas traiter l'autre; 2) il y a peu de chance que le citalopram soit prescrit pour des utilisations protégées par le brevet—Cette preuve sert à confirmer l'allégation de non-contrefaçon—La question de l'inefficacité ne visait pas la validité du brevet, mais plutôt la probabilité que le médicament générique soit utilisé ou prescrit d'une façon qui porterait atteinte aux revendications de brevet—La contrefaçon peut être directe ou indirecte—En l'espèce, les demandereses n'ont pas établi, selon la prépondérance de la preuve, que Genpharm entend fabriquer, utiliser ou vendre du citalopram sous forme générique pour toute autre utilisation que celle déjà approuvée—Les demandereses n'ont pas davantage prouvé que le citalopram serait utilisé ou prescrit par des tierces parties pour des utilisations autres que celle approuvée—Preuve n'a pas été faite que le citalopram est reconnu par la profession médicale comme un médicament prometteur pour une quelconque utilisation revendiquée dans la liste de brevets—En l'espèce, la nouvelle utilisation concerne la démence, les MVC et l'Alzheimer, mais non la dépression—Tenter d'inclure la dépression ne crée pas une nouvelle utilisation—La revendication relative à l'utilisation

BREVETS—Fin

est liée au traitement de la démence, des MVC, de l'Alzheimer ou de l'ischémie—L'utilisation du citalopram pour traiter la dépression est une ancienne utilisation qui n'est pas revendiquée au brevet—L'utilisation pour laquelle l'ADC a été délivré dans le cas du Celexa des demandereses est la dépression, non l'une quelconque des maladies pour lesquelles une revendication est inscrite au registre des brevets—Le brevet ne comporte aucune revendication relative à la dépression puisque cette utilisation est bien établie et ne peut donc être brevetée—Si une utilisation ne peut être brevetée, il ne peut y avoir contrefaçon—Les demandereses n'ont pas démontré de façon convaincante que le citalopram produit par Genpharm serait prescrit pour traiter autre chose que la dépression—Aucune preuve concluante voulant que le citalopram soit utile pour traiter en tant que tels les MVC, la démence ou la maladie d'Alzheimer n'a été fournie—Les études sur le traitement des problèmes comportementaux sont encore très peu probantes—Il reste que le citalopram constitue un remède efficace contre la dépression et que son utilisation n'est pas protégée—Toutes les autres utilisations du citalopram ont jusqu'à présent eu lieu dans le cadre d'expériences isolées, qui ne semblaient pas paver la voie à d'autres recherches—Les demandereses n'ont pas établi que la délivrance d'un ADC en faveur de la défenderesse pour la fabrication et la commercialisation du citalopram entraînerait la contrefaçon du brevet '368—En conséquence, la demande de contrôle judiciaire doit être rejetée—Contrôle judiciaire rejeté—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

H. LUNDBECK A/S C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ)
(T-122-02, 2003 CF 1145, juge Blais, ordonnance en date
du 3-10-03, 32 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI***Personnes non admissibles*

Le demandeur a présenté une demande d'ordonnance de mise en liberté en application de l'art. 84(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR)—Durant l'audition de la présente demande, le demandeur a demandé l'autorisation de présenter des observations quant à l'applicabilité de l'art. 78 de la LIPR—L'art. 84(2) ne prévoit rien quant à la procédure à suivre dans le cadre d'un contrôle des motifs de la détention—L'art. 40.1(10) de l'ancienne Loi sur l'immigration établissait qu'à l'audition d'une demande de contrôle des motifs de la détention, le juge désigné pour entendre la demande examinait à huis clos et en l'absence de l'auteur de la demande et du conseiller le représentant, tout élément de preuve ou d'information présenté au ministre concernant la sécurité nationale ou celle de personnes, et fournissait ensuite à l'auteur de la demande un résumé des

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

éléments de preuve ou d'information dont il disposait—Ce résumé excluait les éléments de preuve ou d'information dont la communication pouvait porter atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes—Même si l'on ne trouve pas de disposition semblable dans la loi actuelle, cette procédure est encore celle qu'il faut suivre (*Mahjoub c. M.C.I.*, 2003 CF 928)—L'«instance» introduite par la délivrance d'un certificat de sécurité se poursuit aussi longtemps que la personne visée par le certificat demeure en détention ou tant qu'elle n'est pas mise en liberté sous caution en attendant son renvoi—Parce que la requête en mise en liberté fait partie intégrante de l'instance toujours en cours dans le cadre de laquelle le demandeur est détenu, l'art. 78*e*, *h*) de la Loi continue à s'appliquer—En outre, les exigences de l'art. 84(2) de la LIPR nécessitent l'application des procédures de l'art. 78—L'art. 78 de la LIPR s'applique aux contrôles des motifs de la détention fondés sur l'art. 84(2) de la LIPR—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 78, 84(2)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 40.1(10) (édicé par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4).

ALMREIC. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (DES-5-01, 2003 CF 1523, juge Blanchard, ordonnance en date du 29-12-03, 8 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

L'appelant a revendiqué le statut de réfugié au Canada—La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a rejeté sa revendication—L'appelant a présenté une demande de contrôle judiciaire de cette décision, mais la demande a été rejetée ((2002), 226 F.T.R. 238 (C.F. 1^{er} inst.))—L'appelant interjette maintenant appel de la décision relative au contrôle judiciaire—La question est de savoir si le juge qui a entendu la demande a commis une erreur en concluant que, ayant différé une décision, la Commission a été dessaisie lorsque les membres du tribunal ont signé les motifs écrits de la décision et qu'ils ont transmis le document au greffier—Le fait de prononcer les motifs de la décision oralement à l'audience constitue un acte suffisamment officiel indiquant la décision définitive du tribunal, après quoi les membres ne peuvent changer d'avis—L'avocate du ministre a admis que si le tribunal n'a pas été dessaisi le 7 novembre 2001 lorsqu'il a dicté ses motifs, la décision de la Commission devrait être annulée—Comme la Commission a manqué à l'obligation d'agir équitablement lorsqu'elle a omis de prendre en compte, ou de mentionner dans ses motifs, les documents qui lui ont été présentés au nom de l'appelant le 20 novembre 2001, deux jours avant qu'elle ait signé ses motifs écrits de la décision—Demande de contrôle judiciaire accueillie.

AVCI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-8-03, 2003 CAF 359, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 30-9-03, 4 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Demande visant à obtenir des directives en vertu de la règle 72 des Règles de la Cour fédérale (1998) pour savoir si les demandeurs peuvent déposer un mémoire des arguments de plus de 30 pages—La règle 10(2)*e*) des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et de protection des réfugiés exige du demandeur qu'il dépose un tel mémoire—Elle ne précise pas la longueur maximale, mais la règle 4(1) prévoit que les Règles de la Cour fédérale (1998), notamment la Partie 3, s'appliquent aux demandes d'autorisation—Selon la règle 70, le mémoire exposant les faits et le droit ne peut contenir plus de 30 pages—Même si elle ne fait pas expressément référence au mémoire des arguments, il s'agit d'une règle d'application générale—À première vue, la règle 70 ne vise que le contenu, le format et la longueur des mémoires déposés pour les fins de demandes et de requêtes en jugement sommaire, mais la Cour a, depuis longtemps, appliqué la limite de 30 pages à tous les mémoires soumis par les parties—La règle générale qui limite la longueur des arguments écrits est justifiée, car elle permet à la Cour de contrôler sa procédure et d'éviter les arguments prolixes et redondants qui nuiraient inévitablement au règlement opportun des causes d'immigration qui sont censées être traitées sommairement—La directive donnée est la suivante: règle générale, les mémoires des arguments ne doivent pas dépasser 30 pages, à moins qu'une autorisation n'ait d'abord été obtenue par requête écrite établissant des circonstances spéciales—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 70(4) (mod. par DORS/2002-417, art. 9), 72—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22 (mod. par DORS/2002-232, art. 1), règles 4(1), 10(1)*e*).

CHUNG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6883-03, 2003 CF 1150, protonotaire Lafrenière, directive en date du 3-10-03, 3p.)

STATUT AU CANADA*Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié que la demanderesse, son époux et ses enfants, tous citoyens péruviens, ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention—L'époux de la demanderesse conteste les conclusions du tribunal séparément—La demanderesse invoque une crainte de persécution fondée sur son appartenance à un groupe social particulier, la famille, en raison de ses liens avec son époux qui fut l'objet de persécution de la part du Sentier Lumineux, de militaires corrompus et de narcotraficants—Le tribunal n'accorda aucune crédibilité au témoignage du demandeur principal, concluant que de toute façon les problèmes vécus n'avaient aucun lien avec l'un des cinq motifs de la Convention, mais

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

étaient plutôt reliés à la collusion existant entre les subversifs, les macrotraficants et les militaires corrompus—Demande rejetée—La Cour s'est penchée récemment sur un cas semblable dans *Stefanov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] A.C.F. n° 954 (QL), où le demandeur revendiquait le statut de réfugié car il avait refusé de modifier un logiciel qu'il avait créé pour aider un groupe de crime organisé à détourner des fonds—Le juge y disait que la preuve ne démontrant pas que l'opposition du demandeur à la corruption reposait sur des opinions politiques dans lesquelles l'appareil étatique pouvait être engagé, «les agissements du demandeur à l'occasion de cet incident isolé ne démontrent pas l'existence d'opinions politiques fondées sur des convictions politiques»—Ces conclusions sont applicables en l'espèce—Quant à la question de la protection de l'État, cette question ne se pose que si le revendicateur a d'abord établi le lien entre sa crainte et l'un des motifs de la définition, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

MEJIA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4645-02, 2003 CF 1180, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 10-10-03, 6 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié (tribunal) que le demandeur ne satisfaisait pas à la définition de «réfugié au sens de la Convention» à l'art. 96 ni à celle de «personne à protéger» à l'art. 97 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés—Le demandeur allègue une crainte bien fondée de persécution en raison de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social et d'être exposé au risque d'être soumis à la torture et à une menace à sa vie ou à un risque de traitements ou peines cruelles et inusitées—Le tribunal a conclu que la véracité de certains des faits allégués par le demandeur n'avait pas été établie—La question est de savoir si le tribunal a commis une erreur en minant injustement la crédibilité du demandeur sans égard à la preuve et à son témoignage—Demande rejetée—C'est à bon droit que le tribunal a fondé ses conclusions sur les différences entre le témoignage du demandeur, la déclaration au point d'entrée, le formulaire de renseignements personnels et la preuve documentaire—Ni était-il manifestement déraisonnable pour le tribunal de conclure que le fait que le demandeur ait détruit le passeport qu'il avait utilisé ainsi que son billet d'avion a privé le tribunal de renseignements qui auraient pu confirmer ou infirmer les allégations du demandeur sur son trajet jusqu'au Canada—Le tribunal n'a commis aucune erreur manifestement déraisonnable en décidant de la crédibilité du demandeur—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97.

KANDOT C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5858-02, 2003 CF 1275, juge Beaudry, ordonnance en date du 31-10-03, 11 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite*Résidents permanents*

La demanderesse sollicite le contrôle judiciaire d'une décision de l'agente des visas rejetant sa demande de résidence permanente au Canada—Selon la lettre de refus de l'agente des visas, la demanderesse s'est vu accorder 69 points d'appréciation, c.-à-d. un point de moins que le minimum requis—Pour situer les présents commentaires dans leur contexte, il faut mentionner que la demanderesse avait déjà revendiqué le statut de réfugié au Canada, que cette demande avait été retirée en 1994 et qu'une attestation de départ avait été délivrée à la demanderesse le 14 juillet 1994—La demanderesse a nié s'être vu refuser sa demande de résidence permanente au Canada en 1995, avant d'avoir «finalement reconnu avoir reçu un tel refus»—La demanderesse soutient que l'agente des visas a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire dans la façon dont elle a évalué sa personnalité, plus particulièrement en omettant de tenir compte du fait qu'elle avait habité et travaillé au Canada pendant trois ans dans le passé—La demanderesse affirme également que l'agente des visas a commis une erreur du fait qu'elle a tenu compte une deuxième fois de sa connaissance de l'anglais dans l'évaluation de sa personnalité—Le dossier révèle que l'agente des visas a accordé une trop grande importance à la réticence de la demanderesse à reconnaître qu'elle avait présenté une demande de résidence permanente au Canada dans le passé—Son insistance induite sur ce fait semble avoir vicié l'évaluation que l'agente des visas a faite de la personnalité de la demanderesse—La personnalité de la demanderesse doit être évaluée en tenant principalement compte de sa capacité de réussir son installation au Canada—La demanderesse avait droit à une évaluation objective de ce facteur, et le dossier laisse planer un doute sur la question de savoir si une telle évaluation a été effectuée—Demande de contrôle judiciaire accueillie.

MALOVANA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-463-02, 2003 CF 1159, juge Heneghan, ordonnance en date du 6-10-03, 7 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a rejeté l'appel que le demandeur avait interjeté contre la décision d'un agent des visas de refuser d'accorder à sa conjointe, M^{me} Thi Kim Trang Huynh, la résidence permanente au Canada—La Commission a rejeté l'appel pour le motif que M^{me} Huynh était un membre exclu de la catégorie des parents, conformément à l'art. 4(3) du Règlement sur l'immigration—La Commission a-t-elle interprété ou apprécié d'une façon erronée la preuve dont elle disposait, de sorte qu'elle a commis une erreur susceptible de contrôle?—Le défendeur soulève deux questions procédurales préliminaires fondées sur le fait que le seul affidavit qui a été

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

déposé à l'appui de la demande était celui de l'ancien avocat du demandeur: en premier lieu, quelle importance, le cas échéant, faut-il accorder au fait que le demandeur n'a pas déposé son propre affidavit à l'appui de la demande de contrôle judiciaire et, en second lieu, l'affidavit de l'ancien avocat devrait-il être radié du dossier?—À l'exception des requêtes, les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle—L'affidavit ne doit pas contenir d'arguments et le déclarant ne doit pas interpréter la preuve qui a déjà été examinée par un tribunal ou tirer des conclusions juridiques—Lorsqu'un affidavit ne satisfait pas à ces exigences, la demande peut uniquement être accueillie si une erreur est manifeste au vu du dossier—Seul le premier paragraphe et la première moitié du deuxième paragraphe relevaient de la connaissance personnelle du déclarant, le reste étant fondé sur des renseignements et sur ce que le déclarant croyait être les faits ou étant de la nature d'une argumentation—Par conséquent, tous les autres paragraphes seront radiés du dossier—Le paragraphe 10 de l'affidavit dans lequel l'ancien avocat du demandeur a allégué que le commissaire dont la décision est ici examinée était responsable du suicide d'un autre appelant est particulièrement troublant—Ce genre d'accusation cavalière n'a pas sa place dans un affidavit, et encore moins dans l'affidavit d'un membre de longue date du Barreau—Il convient maintenant d'examiner la question qui est au cœur du litige, à savoir que, dans ses motifs, la Commission a accordé un poids important à la conclusion selon laquelle «personne n'a[vait] expliqué» pourquoi les fiançailles du couple n'avaient duré que quelques semaines—Le demandeur m'a demandé avec instance de conclure que cela constitue une erreur susceptible de contrôle pour deux motifs—En premier lieu, il a soutenu qu'il avait demandé M^{me} Huynh en mariage plusieurs mois avant le mariage—Il a témoigné qu'elle avait répondu qu'elle devait demander la permission de ses parents, et il a soutenu que, dans son milieu culturel, cela constituait une acceptation officielle de la proposition—Il affirme que les fiançailles ont donc duré plusieurs mois plutôt que plusieurs semaines—En second lieu, le demandeur a soutenu que la Commission avait omis de tenir compte de son témoignage selon lequel d'autres membres de la famille avaient décidé de la date du mariage, de façon qu'il soit conforme aux croyances culturelles et religieuses de la famille—La Commission n'était pas obligée de considérer le témoignage du demandeur comme dépeignant d'une façon exacte le contexte culturel de ses fiançailles et de son mariage—Toutefois, étant donné que dans ses motifs la Commission ne donne pas à entendre qu'elle a conclu que le demandeur n'était pas un témoin crédible, l'explication que celui-ci a donnée constituait un élément de preuve pertinent dont elle devait tenir compte—Si cet élément de preuve devait être rejeté, la Commission est tenue d'indiquer pourquoi elle le fait en termes clairs et non équivoques—En l'espèce, les motifs ne font état d'aucune raison ni d'aucune explication justifiant le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

rejet de ce témoignage—Cela étant, la Commission a commis une erreur susceptible de contrôle—La demande de contrôle judiciaire est accueillie—Règlement sur l'immigration, DORS/78-172, art. 4(3) (mod. par DORS/93-44, art. 4).

LY C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5945-02, 2003 CF 1184, juge von Finckenstein, ordonnance en date du 10-10-03, 11 p.)

DROIT D'AUTEUR**VIOLATION**

Action en violation du droit d'auteur sur les émissions diffusées le soir du 28 mai 1999 sur Canal Indigo, Viewers' Choice et ESPN 2 (combat de boxe Hilton-Ouellet au Centre Molson, à Montréal, et deux autres combats-émissions)—La demanderesse allègue que le soir en question les défenderesses ont, sans droit et sans son autorisation, présenté à leur clientèle l'événement télédiffusé—La demanderesse demande l'émission d'une injonction permanente et réclame des dommages-intérêts, compensatoires et exemplaires, contre chacune des défenderesses—Action rejetée contre 9012-4314 Québec Inc. (Hippo Club); action accueillie en partie contre les autres défenderesses—Une représentation sportive n'est pas une «œuvre» au sens de la Loi sur le droit d'auteur—Toutefois, la reproduction télévisuelle de l'événement est assimilable à une «œuvre cinématographique» au sens de l'art. 2 de la Loi—En l'espèce, c'est la demanderesse qui a assumé la direction et la coordination de toutes les opérations nécessaires à la réalisation et l'enregistrement des émissions diffusées le 28 mai 1999 sur les réseaux Indigo et Viewers' Choice respectivement—Elle a également assumé tous les coûts de production—La demanderesse est donc l'unique titulaire du droit d'auteur sur les émissions en question—Elle est également, en vertu d'une entente avec ESPN 2, titulaire du droit d'auteur de l'émission diffusée sur ESPN 2—La demanderesse possède l'intérêt requis, en vertu de l'art. 36(1) de la Loi, afin de poursuivre en son propre nom les parties défenderesses pour violation des droits exclusifs qui lui sont conférés sur les trois œuvres en vertu de l'art. 3 de la Loi—Le droit d'auteur de la demanderesse sur les trois œuvres en question est protégé en vertu de l'art. 11.1 de la Loi, jusqu'au 28 mai 2049—La demanderesse n'a jamais autorisé la représentation en public, le soir du 28 mai 1999, des œuvres pour lesquelles elle détient des droits exclusifs, à l'exception des cas où des redevances ont été payées—Au Québec, 71 établissements commerciaux licenciés ont été trouvés «en infraction»—À la suite de nombreux règlements hors cour, il ne reste plus que sept défenderesses à l'action—D'après la preuve, il n'a pas été établi que Hippo Club ait présenté à sa clientèle, le 28 mai 1999, l'œuvre diffusée sur ESPN 2—Par contre, la preuve établit la violation du droit d'auteur par les

DROIT D'AUTEUR—Fin

autres défenderesses—La Cour accepte de fixer le montant des dommages-intérêts compensatoires en fonction du manque à gagner de la demanderesse—Le montant a été calculé en fonction du tarif de 12,50 \$ par «siège légal» conformément à ce qui était demandé par les télé distributeurs, moins 40%, parce que le montant de la redevance auquel la demanderesse a droit en vertu de l'entente de partage de recettes avec les services concernés et les télé distributeurs affiliés est de 60%—En raison du fait que la demanderesse, les services concernés ainsi que les distributeurs affiliés ont informé au préalable les contrevenants éventuels qu'ils couraient le risque d'être poursuivis, des dommages-intérêts exemplaires sont appropriés en l'espèce (500 \$ par défenderesse)—La demanderesse aura droit à ses dépens contre chacune des autres défenderesses—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 «œuvre», «œuvre cinématographique» (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 1), 3 (mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62; 1993, ch. 44, art. 55; 1997, ch. 24, art. 3), 11.1 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 60; 1997, ch. 24, art. 9), 36.

INTERBOX PROMOTION CORP. C. 9012-4314 QUÉBEC INC.
(T-1788-99, 2003 CF 1254, juge Martineau, jugement en date du 27-10-03, 39 p.)

FONCTION PUBLIQUE**FIN D'EMPLOI**

L'intimé, un fonctionnaire au sein du ministère de Citoyenneté et Immigration, a été déclaré excédentaire et mis en disponibilité après une évaluation par ordre inverse au mérite—Appel de la décision d'un juge de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre que la cessation d'emploi de l'intimé ne constituait pas un licenciement disciplinaire déguisé et constituait une décision administrative prise de bonne foi et suivant l'art. 29(1) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Appel accueilli—Le juge étant du même avis que l'arbitre sur ce point, il aurait dû dès lors rejeter la demande de contrôle judiciaire—Il n'avait pas compétence pour se pencher sur la question de la validité du processus d'évaluation et conclure que le processus était vicié pour cause d'apparence de partialité et d'accueillir pour ce motif la demande de contrôle judiciaire—La question avait déjà été tranchée par la Commission de la fonction publique et la décision de la Commission n'avait fait l'objet d'aucune demande de contrôle judiciaire—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 29(1) (mod. par L.C. 1996, ch. 18, art. 16).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. FORTIN (A-98-03, 2003 CAF 376, juge Décarý, J.C.A., jugement en date du 10-10-03, 5 p.)

FONCTION PUBLIQUE—Suite**PENSIONS**

Demande de contrôle judiciaire présentée à l'encontre d'une décision du Conseil du Trésor (CT) rejetant la demande de prestations de conjoint survivant visée à l'art. 13(2) de la Loi sur la pension de la fonction publique de la demanderesse—Raymond Carrier et Louise-Ella Goyette se sont mariés le 21 juin 1958 sous le régime de la séparation de biens du Québec—Depuis environ le 21 octobre 1981, le couple vit séparément—Suite au décès de M. Carrier, la demanderesse a fait une demande de prestations de conjoint survivant, à titre de conjoint de fait de M. Carrier—La veuve légale du défunt, M^{me} Goyette, défenderesse dans la présente instance, a également présenté une demande pour ces prestations—Le CT a rejeté la demande de la demanderesse et a avisé cette dernière que M^{me} Goyette était la seule conjointe survivante de M. Carrier aux fins de la Loi—Le CT a-t-il commis une erreur justifiant l'intervention de cette Cour en rejetant la demande de prestations de conjoint survivant de la demanderesse?—Le CT s'est adressé à de nombreuses reprises, tant à la demanderesse qu'à son procureur, afin d'obtenir davantage d'éclaircissements et une déclaration solennelle pouvant appuyer la version de la demanderesse quand aux contradictions évidentes apparaissant au dossier—Des réponses partielles ont été transmises au CT—Cependant, une demande expédiée au procureur de la demanderesse en date du 26 septembre 2001, afin d'obtenir une déclaration solennelle attestant des démarches entreprises pour trouver des preuves secondaires à l'appui de la demande de prestations de conjoint survivant de la demanderesse n'a pas reçu de réponse satisfaisante—Dans le cas qui nous occupe, les parties ont décidé de maintenir une situation que l'on peut qualifier de confuse quant à leur véritable statut—Pour ce qui est de M^{me} Goyette elle était séparée de corps mais demeurait néanmoins épouse légitime de M. Carrier—Quant à ce dernier, il a choisi délibérément de maintenir une situation équivoque quant à son statut marital—Il est bien évident que le versement d'une pension alimentaire à son épouse lui permettait de retirer un avantage fiscal, puisqu'il pouvait déduire le montant de la pension alimentaire versée—S'il avait procédé à un partage du montant de la pension, que ce soit au moment de la séparation de corps en 1981 ou encore au moment de son jugement en 1985, le montant total de la pension à être versée aurait été sensiblement diminué—S'il avait procédé à ce partage en 1990, au moment où il prenait sa retraite, il aurait sans doute perdu une somme importante de revenus qui aurait été versée directement à son épouse—Il aurait pu demander à la Cour de cesser de verser une pension alimentaire, cependant, il en aurait perdu le bénéfice fiscal—La Cour ne pourra jamais savoir exactement les motifs qui ont poussé M. Carrier à maintenir cette situation économique, laquelle situation a obligé à la fois la demanderesse et la défenderesse à se présenter à la Cour afin de trancher le litige—Il appert que le CT a accumulé un nombre important d'informations provenant

FONCTION PUBLIQUE—Fin

de plusieurs sources différentes —Confronté à des inexactitudes et à des contradictions entre les documents déposés de part et d'autre, il n'a pas hésité à communiquer à plusieurs reprises avec les deux parties afin d'obtenir des informations supplémentaires—Ce n'est qu'après avoir procuré aux parties toutes les possibilités d'expliquer ces inexactitudes ou incohérences soulevées par les documents présentés que le CT a finalement pris sa décision—Malgré une lecture attentive des documents qui sont présentés ainsi qu'une analyse des arguments présentés oralement par les procureurs, il est impossible de conclure que la décision du CT était arbitraire ou déraisonnable—Le CT n'a pas fait défaut d'observer un principe de justice naturelle, d'équité procédurale ou de toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter—L'argument que le CT n'aurait pas donné les motifs de sa décision est sans fondement puisque le CT a mentionné, à plusieurs reprises, à la demanderesse quels étaient les objections soulevées pour accueillir favorablement sa demande et les moyens pour remédier à la situation—Dans les circonstances, cette façon de faire rencontre précisément l'obligation d'équité procédurale —Le CT a agi conformément à ses obligations d'équité procédurale—Demande de contrôle judiciaire rejetée—Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-36, art. 13(2) (mod. par L.C. 1999, ch. 34, art. 65).

BÉLANGER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-661-02, 2003 CF 1049, juge Blais, ordonnance en date du 9-9-03, 18 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Dividendes*

L'appelante Banner Pharmacaps NRO Ltd. (Banner) interjette appel d'un jugement de la Cour de l'impôt rejetant l'appel qu'elle avait interjeté d'une cotisation établie en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la Loi) pour son année d'imposition 1996—L'appel de Banner ne peut pas être accueilli à moins que l'une de deux thèses ne puisse être établie: selon la première Banner n'était pas tenue d'inclure dans son revenu de 1996 un dividende d'un montant de 5 647 775 \$ déclaré par sa filiale canadienne en propriété exclusive Banner Gelatin Products (Canada) Ltd. (Banner Canada) le 15 février 1996, selon la deuxième Banner s'occupait principalement, en 1996, de l'octroi de prêts—La résolution adoptée le 15 février 1996 par laquelle le dividende a été déclaré était valide—Le juge de la Cour de l'impôt est arrivé à la conclusion correcte, mais en se fondant sur des motifs erronés—Premièrement, le résultat clair de l'application combinée de l'art. 12(1j) et de l'art. 82(1a)(ii)(A) de la Loi est que ces dividendes sont imposables uniquement lorsqu'ils sont reçus, plutôt que

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

lorsqu'il s'agit simplement d'une somme à recouvrer—Banner était donc tenue d'inclure le dividende dans son revenu de 1996 uniquement si elle avait reçu le dividende cette année-là—Deuxièmement, l'effet juridique de l'émission d'un billet dépend de tous les faits pertinents, ce qui comprend l'intention de la personne qui a établi le billet telle qu'elle est déterminée par la preuve—La résolution par laquelle le dividende est déclaré est un élément de preuve important—Il faut présumer que cette résolution exprime l'intention de Banner Canada parce qu'il n'existe aucune preuve contraire— Étant donné que le billet a de fait été émis comme l'exigeait la résolution, il est impossible de conclure que le dividende n'a pas été payé au moment où il était censé l'être, le 15 février 1996—Il s'ensuit que Banner était tenue d'inclure le montant du dividende dans son revenu pour son année d'imposition 1996 —Pour ce qui est de la question de savoir si Banner s'occupait principalement de l'octroi de prêts, il n'est pas établi que Banner ait avancé de l'argent à une autre personne à condition que l'argent soit remboursé, et il n'est donc pas établi qu'elle ait accordé des prêts, et encore moins qu'elle se soit occupée d'octroi de prêts—Appel est rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 12(1j), 82(1a)(ii)(A).

BANNER PHARMACAPS NRO LTD. C. CANADA (A-124-03, 2003 CAF 367, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 2-10-03, 5 p.)

PÉNALITÉS

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) réduisant la pénalité imposée au défendeur en vertu de l'art. 163(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu et réduisant d'autant l'intérêt prélevé sur la pénalité—Le défendeur avait sciemment participé à un stratagème mis sur pied par certains employés de l'Agence des douanes et du revenu qui inséraient au système informatique de l'Agence de faux renseignements qui avaient comme effet d'octroyer des crédits d'impôts et des déductions non-autorisées—Ce qui lui permettait de bénéficier du crédit pour personne mariée et pour enfants à charge et des déductions pour pension alimentaire alors qu'il n'avait jamais été marié et qu'il n'avait jamais eu d'enfants—La Cour a cependant réduit le montant de la pénalité en tenant compte de la capacité de payer du demandeur—Demande accueillie—L'art. 163(2) ne donne aucune discrétion ni au ministre ni à la Cour quant au montant de la pénalité ni quant aux intérêts—La C.C.I. ne pouvait donc réduire ni les pénalités ni les intérêts prélevés sur ces pénalités—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 163(2) (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 189).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. SIMARD (A-404-02, 2003 CAF 427, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 14-11-03, 5 p.)

PÊCHES

Le demandeur vise à obtenir le contrôle judiciaire de la décision du ministre des Pêches et des Océans (le défendeur) qui a rejeté la demande du demandeur en réattribution d'un permis exploratoire de crabe des neiges—Le demandeur vise maintenant à obtenir une ordonnance annulant la décision ainsi qu'une ordonnance pour que le défendeur statue à nouveau sur la demande en réattribution conformément aux motifs de la Cour dans la présente demande—De plus, le demandeur vise à obtenir une ordonnance obligeant le défendeur à procéder en se basant sur le fait qu'il avait reçu un permis pour le NM *Sandy Joanne* en 1998, plutôt qu'une autorisation pour l'utilisation de ce navire en tant que navire de remplacement relativement à un permis qu'il a détenu antérieurement—La question est de savoir si le défendeur a commis une erreur susceptible de révision en rejetant l'appel du demandeur—La décision faisant l'objet du contrôle est régie par l'art. 7(1) de la Loi sur les pêches (la Loi)—En l'espèce, le demandeur avait interjeté appel devant le Comité régional d'appel relatif à la délivrance des permis et l'appel devant l'Office des appels a suivi un renvoi de la part du défendeur—La décision faisant l'objet du contrôle est vulnérable du fait que l'Office des appels a omis d'aborder une question de fait fondamentale soulevée par l'appel du demandeur—Cette erreur a été aggravée lorsque le défendeur a omis d'aborder la même question—Le défendeur a alors rendu une décision qui était fondée sur une appréciation erronée des faits—Par conséquent, le défendeur a rendu une décision basée sur une conclusion de fait erronée et cela, sans égard aux documents dont il disposait—Une telle situation justifie donc l'intervention de la Cour—La question de fait en cause est celle de savoir si le demandeur demandait un nouveau permis exploratoire de crabe ou simplement la réattribution du permis qui avait été délivré antérieurement pour le NM *Sandy Joanne* en octobre 1998—L'Office des appels ne s'est pas prononcé sur cette détermination factuelle essentielle ni le défendeur dans sa décision—En l'espèce, la décision faisant l'objet du contrôle est celle du défendeur, communiquée au moyen de la lettre du 6 septembre 2002—Cette lettre disait que le défendeur [TRADUCTION] «avait rendu une décision en se basant sur un examen approfondi de tous les renseignements disponibles»—Il est raisonnable d'inférer que le rapport et la recommandation de l'Office des appels constituaient un fondement de la décision du défendeur—La présente affaire a soulevé une question au sujet de la manière avec laquelle l'Office des appels et ensuite le défendeur ont traité la preuve, plutôt qu'une question au sujet du caractère raisonnable de la décision—Le mandat de l'Office des appels consistait à déterminer si le demandeur avait été traité équitablement conformément aux politiques ministérielles et si des «circonstances atténuantes» justifiaient de déroger aux politiques, méthodes ou procédures établies—L'Office des appels n'a pas rempli son mandat, puisqu'il a simplement résumé les documents qui lui avaient été présentés pour

PÊCHES—Fin

ensuite formuler de brèves recommandations, sans aborder la question de savoir si le permis délivré en octobre 1998 pour le NM *Sandy Joanne* n'était qu'une autorisation pour l'utilisation d'un navire de remplacement en vertu du permis délivré pour le NM *Bear Cove Point* ou s'il s'agissait d'un permis distinct et indépendant—Dans la présente demande de contrôle judiciaire, le demandeur a déposé un affidavit auquel étaient jointes des copies des permis délivrés en 1998 pour le NM *Bear Cove Point* et pour le NM *Sandy Joanne*—Le demandeur a fait remarquer que chaque permis avait un numéro de référence différent, qu'il permettait la pêche dans différentes zones et qu'il mentionnait différents navires de pêche—Le demandeur a souligné que ni le rapport de l'Office des appels ni aucun autre document invoqué par le défendeur, y compris la note de service de Harrison, n'abordait les pratiques du Ministère en matière de remplacement des navires—L'omission par l'Office des appels d'aborder les pratiques et les procédures concernant le remplacement, sur un permis existant, d'un navire par un autre sape sérieusement l'argument du défendeur selon lequel le demandeur n'avait reçu qu'un seul permis, à savoir celui délivré pour le NM *Bear Cove Point*, et que le NM *Sandy Joanne* ne constituait qu'un navire de remplacement—Si l'argument du défendeur à cet égard était correct, l'Office des appels aurait dû aborder la question de l'omission de la part du Ministère de suivre les procédures habituelles ayant trait au remplacement d'un navire sur le permis pré-existant—En conclusion, la demande de contrôle judiciaire est accueillie au motif que la décision du défendeur était fondée sur une conclusion de fait erronée, découlant d'une appréciation erronée de la part de l'Office des appels des documents dont il disposait, en particulier concernant le statut du NM *Sandy Joanne*, à savoir s'il était exploité en tant que navire de remplacement ou en vertu d'un permis indépendant délivré en octobre 1998—Puisqu'une détermination factuelle essentielle n'a pas été abordée, la décision ne peut être maintenue—Demande de contrôle judiciaire accueillie—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7(1).

FENNELLY C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (T-1705-02, 2003 CF 1087, juge Heneghan, ordonnance en date du 24-9-03, 25 p.)

PÉNITENCIERS

Contrôle judiciaire de la décision du tribunal disciplinaire (TD) du pénitencier de Donnacona (l'établissement) par laquelle le demandeur s'était vu retirer le privilège de regarder la télévision pour une période de 20 jours pour avoir participé à une situation susceptible de mettre en danger la sécurité du pénitencier conformément à l'art. 40*m* de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (la LSCMLC)—Question de savoir si le TD avait manqué à son

PÉNITENCIERS—Suite

obligation d'équité en refusant au demandeur le droit de voir un enregistrement vidéo de l'incident qui était survenu dans la cour—Le demandeur avait soutenu que le refus du TD de lui montrer l'enregistrement vidéo constituait un manquement à l'art. 31(1) du Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (le RSCMLC) ainsi qu'à l'art. 35 de la Charte du Québec, qui garantit à tout accusé le droit à une défense pleine et entière—Il s'agissait donc de savoir si la conclusion du TD selon laquelle l'enregistrement vidéo n'était pas pertinent dans son enquête renfermait une erreur susceptible de contrôle judiciaire—Le vidéo avait en réalité été fait depuis l'intérieur du centre de détention; aucun son et aucune image n'indiquaient ce qui se passait sur la passerelle où se tenait l'agent de sécurité qui avait donné l'ordre de retourner aux cellules—De plus, on avait apporté la caméra vidéo pour enregistrer l'utilisation de gaz lacrymogène dans la cour, de sorte qu'il n'existait aucun enregistrement de ce qui s'était passé pendant les 15 ou 20 minutes qui avaient précédé l'événement—Sur cette base, le président avait statué que compte tenu de la nature de l'infraction, le vidéo ne pouvait pas jeter la lumière sur les questions contestées devant lui—Compte tenu de la preuve, le vidéo montrait uniquement au mieux le nombre de détenus dans la cour, la hauteur des flammes, la cour, l'endroit où se tenait chaque détenu lorsque le gaz avait été utilisé et la façon dont les détenus étaient ensuite sortis de la cour—La décision du TD ne renfermait aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire et il n'y avait pas eu manquement à l'art. 31(1*a*) du Règlement ou à l'obligation d'équité telle qu'elle s'applique aux procédures disciplinaires—En outre, aucune injustice sérieuse justifiant l'intervention de la Cour n'avait été commise envers le demandeur—Question de savoir si le TD avait interprété d'une façon manifestement déraisonnable la preuve testimoniale et s'il avait commis une erreur en concluant que le demandeur était coupable «hors de tout doute raisonnable» comme l'exigeait l'art. 43 de la LSCMLC—Le demandeur avait soutenu que conformément à l'art. 43 de la LSCMLC, l'infraction devait être établie hors de tout doute raisonnable—Selon le demandeur, la décision du TD était manifestement déraisonnable parce que la preuve ne pouvait pas étayer pareille conclusion étant donné i) que les ordres d'évacuation avaient uniquement été donnés en français; ii) que le demandeur ne comprenait pas le français; iii) que le demandeur avait témoigné être retourné à sa cellule aussitôt qu'il avait pu le faire; et iv) qu'aucun des agents de sécurité ne se rappelait expressément l'avoir vu dans la cour—Le demandeur avait également soutenu que la plainte était trop vague pour lui permettre de se défendre d'une façon appropriée parce que l'omission de se conformer à un ordre constituait un manquement à l'art. 40*a*) de la LSCMLC par opposition à l'art. 40*m*) de cette loi—Il avait expressément été fait mention de la disposition pertinente de la LSCMLC dans le rapport d'infraction; de plus, l'avis d'accusation et la

PÉNITENCIERS—Fin

description de l'infraction renfermaient un nombre suffisant de détails pour permettre au demandeur de préparer sa défense—La preuve ci-dessus décrite en i) et ii) n'était pas pertinente pour ce qui est de la décision visée par le contrôle judiciaire puisqu'il ressort clairement des motifs donnés par le TD que celui-ci s'était principalement fondé sur le témoignage de l'agent de sécurité, sur l'utilisation du langage corporel pour transmettre l'ordre et sur l'avertissement donné aux détenus ainsi que sur d'autres éléments de preuve indirecte comme la proximité de l'agent de sécurité par rapport aux détenus—Quant aux deux autres questions visées en iii) et iv), le demandeur a admis qu'il était dans la cour et, selon certains éléments de preuve, il pouvait quitter la cour lorsqu'il lui avait été ordonné de le faire puisque la porte était déverrouillée—À la lumière de la preuve soumise devant lui, le TD pouvait raisonnablement conclure que le demandeur était coupable de l'infraction visée à l'art. 40*m*) de la LSCMLC—Il n'était certes pas clairement irrationnel ou manifestement déraisonnable pour le TD de tirer cette conclusion—Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire a été rejetée—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 40, 43—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92- 620, art. 31(1)—Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 35.

CREWS C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-1514-02, 2003 CF 1144, juge Gauthier, ordonnance en date du 3-10-03, 12 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

La présente affaire a trait à deux requêtes—La première, présentée par le demandeur découle de l'ordonnance antérieure dans T-430-01 et propose une méthode permettant de faire savoir aux demandeurs potentiels qu'ils peuvent présenter une réclamation et permettant l'évaluation de réclamations à un règlement à l'amiable—À une seule réserve près, la requête est présentée dans une forme généralement acceptable—Réserve quant à la description du groupe de personnes qui devraient être informées de leur droit à présenter une réclamation—Il est clair que le groupe est limité aux personnes qui étaient ou sont devenues membres de la bande de Samson entre juin 1987 et mai 1988 inclusivement, dont les sommes qui devaient leur être distribuées *per capita* pour cette période sont détenues par le gouvernement du Canada et avec lesquelles personnes la bande de Samson serait censée avoir négocié un règlement (au moins 118 personnes)—Étant donné qu'il a été décidé dans l'ordonnance rendue antérieurement que le présumé règlement ne peut être opposé au demandeur et aux personnes du groupe, le fait d'avoir conclu un tel règlement n'est pas une condition d'adhésion—Selon les documents dont la Cour dispose, il semble qu'il y ait d'autres personnes pour lesquelles le

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

gouvernement détiendrait des fonds dont une partie ou l'ensemble pourrait se rapporter aux sommes à distribuer *per capita* au titre d'autres années; ces personnes ne sont clairement pas comprises dans le groupe dans la mesure où leurs réclamations excèdent les sommes à distribuer *per capita* pour 1987-1988—Il y aurait, dit-on, 213 personnes dans cette situation, mais il n'est pas clair quelle partie des fonds détenus pour leur compte, s'il en est, se rapporte aux sommes à distribuer *per capita* pour 1987-1988—Elles seraient évidemment membres du groupe quant à cette partie mais pas pour le reste—La deuxième requête est présentée par la bande de Samson dans T-354-01—On ne sait trop ce qui est demandé par cette requête mais il semble qu'il s'agisse soit d'une suspension d'exécution, soit d'une révision de l'ordonnance rendue en mars 2003 ainsi que d'une autorisation d'intervenir dans la procédure de l'affaire T-430-01 dans laquelle il sera statué sur les réclamations individuelles des membres du groupe—La requête est dénuée de fondement—On n'a pas fait la preuve que l'exécution de l'ordonnance rendue en mars devrait être suspendue et on n'a pas essayé de satisfaire au critère à trois volets—En ce qui concerne la modification de cette ordonnance, comme l'affaire est en appel, il serait inconvenant de faire quoi que ce soit à ce sujet—Enfin, il n'y a aucune raison de permettre à la bande d'intervenir ou d'avoir qualité pour agir dans la décision relative aux réclamations individuelles—On a décidé dans l'ordonnance antérieure que la bande n'avait aucun intérêt dans les sommes d'argent qui sont détenues par le gouvernement pour le compte des membres du groupe et que la participation de la bande au processus de réclamation ne ferait que retarder d'avantage la résolution d'une affaire qui a déjà duré trop longtemps—La preuve présentée ne permet pas de conclure que ces paiements correspondent aux sommes à distribuer *per capita* détenues par la Couronne—Par conséquent, la requête de la bande est rejetée—La requête présentée par le demandeur en vertu de la règle 369 concernant les modalités relatives à la distribution des sommes en litige et la manière selon laquelle les demandeurs individuels peuvent faire valoir leurs réclamations est accueillie—La requête présentée par la demanderesse, la Nation crie de Samson, en vertu de la règle 369, en vue d'obtenir une suspension d'exécution ou une révision de l'ordonnance rendue en mars 2003 ainsi qu'une autorisation d'intervenir dans la procédure dans le cadre de laquelle il sera statué sur les réclamations individuelles des membres du groupe, est rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 369.

NATION CRIE DE SAMSON C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (T-354-01, 2003 CF 1170, juge Hugessen, ordonnance en date du 9-10-03, 8 p.)

Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre nommé en application de l'art. 242 du Code canadien du travail (Code),

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

décision suivant laquelle les relations de travail entre le demandeur et ses employés relèvent de la compétence fédérale comme faisant partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les Indiens ou les terres réservées pour les Indiens—En l'espèce, le demandeur se livre à des activités de nature fédérale—Les activités du demandeur touchent la «quiddité indienne» de ses membres, même si nombreux d'entre eux n'ont pas le statut d'Indien inscrit—L'un des principaux objectifs de la société du demandeur est «de faire respecter les droits issus de traités et de faire reconnaître le statut des personnes ayant actuellement perdu leurs droits conférés par la Loi sur les Indiens»—Cet objectif, combiné à la position principale du demandeur suivant laquelle les membres d'ascendance autochtone ont droit aux mêmes avantages que ceux accordés aux membres qui ont un statut en vertu de la Loi sur les Indiens, et au fait que le demandeur est financé principalement par le gouvernement fédéral, implique que, de par sa fonction première, le demandeur relève de la compétence fédérale sur les «Indiens et les terres réservées pour les Indiens»—Contrôle judiciaire rejeté—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 242—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.

NEW BRUNSWICK ABORIGINAL PEOPLES COUNCIL C. CANADA (ARBITRE, CODE DU TRAVAIL) (T-1872-02, 2003 CF 1181, juge Pinard, ordonnance en date du 10-10-03, 6 p.)

PRATIQUE**ACTES DE PROCÉDURE***Modifications*

Les demandresses (Lilly) souhaitent modifier leur déclaration dans le cadre d'une poursuite en contrefaçon de brevet visant le médicament antibiotique appelé céfador—Apotex fabrique et vend au Canada son propre produit, l'Apo-Céfador—Le principe actif en vrac du céfador d'Apotex serait contrefaisant parce qu'il utilise les composés ou procédés intermédiaires revendiqués dans les huit brevets visés—On peut résumer correctement les questions de fond qui sont litigieuses entre les parties en disant qu'elles portent sur la contrefaçon et l'invalidité des brevets visés et sur le comportement de Lilly, et de Shionogi, titulaire des droits de brevet à l'égard de quatre des huit brevets litigieux, dont on prétend qu'il serait anti-concurrentiel—Pour la majorité, les modifications proposées ne sont pas litigieuses—La modification contestée touche le droit de Lilly à l'attribution des dépens avocat-client et de dommages-intérêts exemplaires, en réparation du fait qu'Apotex aurait retenu des documents pertinents et manqué à ses obligations de communication préalable au cours de la procédure—Le litige repose sur l'ajout du paragraphe 33 à la déclaration de Lilly—Des

PRATIQUE—Suite

modifications peuvent être apportées en tout temps aux actes de procédures, dans la mesure où elles ne causent pas un préjudice qui ne serait pas réparable par l'attribution de dépens—La modification proposée doit répondre au même critère que celui de la requête en radiation—En fait, les actes de procédure peuvent être radiés pour tous les motifs énumérés à la règle 221(1) des Règles de la Cour fédérale (1998)—Lilly renvoie au principe de common law selon lequel, dans le cas où la partie qui est la mieux placée pour établir ou contredire un fait ne présente pas la preuve pertinente, ce défaut peut mener à une déduction qui lui est défavorable—Lilly a fait valoir que les renseignements concernant les procédés de synthèse utilisés par Apotex font partie de ses connaissances particulières, que les demanderesse ne peuvent découvrir et que le fardeau de preuve en common law incombe à Apotex, tenue d'établir l'usage d'un procédé non contrefaisant—La non-disponibilité passée des renseignements sur le procédé ne peut être prise en considération pour transférer le fardeau de preuve—Le fardeau de preuve ne soulève plus de question juridique à l'égard de laquelle le refus de communication d'Apotex pourrait être pertinent—L'inconduite prétendue d'Apotex au cours de l'enquête préalable n'est pas de nature ou de caractère à justifier l'attribution de dommages-intérêts exemplaires—En l'espèce, l'action sous-jacente concerne la contrefaçon d'un brevet—Le prétendu refus d'Apotex de communiquer des documents pertinents de manière à prolonger sans raison la poursuite de l'action et à occasionner des dépenses aux demanderesse n'est ni un moyen, ni une aggravation ni une prolongation de la violation prétendue—Tout retard et toute dépense supplémentaire occasionnés à Lilly dans la poursuite de l'action peuvent être indemnisés par l'attribution de dépens—Il ne s'agit pas d'un comportement susceptible de justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs—Contrairement à la question des dommages-intérêts, nul ne conteste que les allégations du paragraphe 33 puissent être pertinentes à l'égard des dépens—La question qui se pose alors est de savoir si cette pertinence suffit à justifier la présence du paragraphe dans les actes de procédure—Il n'est ni juste ni efficace sur le plan de la procédure de se laisser détourner, par des questions non-relées au litige et portant exclusivement sur le droit aux dépens, des questions de fond à trancher au procès—Autoriser ces actes de procédure incite une partie à se plaindre du comportement de l'autre partie pour justifier la modification des allégations de faits au fur et à mesure des plaintes, ce qui engendre des retards et pourrait inutilement élargir la portée de l'enquête préalable—En bref, les allégations du paragraphe 33 de la déclaration proposée par Lilly ne sont ni pertinentes ni importantes à l'égard du fardeau de preuve dans l'action sous-jacente—Ces allégations ne suffisent pas non plus à fonder une demande de dommages-intérêts exemplaires—Bien que les allégations

PRATIQUE—Suite

puissent être pertinentes à l'égard des dépens, l'autorisation doit être refusée car elle touche les allégations attaquées—Celles-ci ne sont pas importantes pour les questions de fond à trancher au procès, ne serviront qu'à teinter les actes de procédure et détourneront de la décision au fond de l'instance ou la retarderont—Une ordonnance sera prononcée en conséquence—Règles de la Cour fédérale, (1998), DORS/106-98, règle 221.

ELI LILLY AND CO. C. APOTEX INC. (T-1321-97, 2003 CF 978, protonotaire Aronovitch, ordonnance en date du 13-8-03, 15 p.)

COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Le procureur général du Canada en appelle d'une ordonnance de la Cour fédérale ordonnant la production d'un document au sujet duquel le procureur général invoque le secret professionnel de l'avocat—Il incombe à la personne qui l'invoque d'établir l'application du secret professionnel—Le procureur général prétend que le document au sujet duquel on invoque le secret professionnel est, de toute évidence, soumis au secret professionnel à sa face même—Après examen du document, il est possible qu'il soit assujéti au secret professionnel mais on ne peut conclure à une erreur manifeste et dominante dans la décision selon laquelle il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir l'existence du secret professionnel—En particulier, rien ne prouvait l'existence d'une relation entre avocat et client entre le décisionnaire et l'auteur du document en question—Toutefois, l'appelant prétend que la directive donnée par le protonotaire en date du 9 septembre 2002 ne prévoyait pas le dépôt de preuve par affidavit et c'est pour cette raison qu'il n'y a pas eu de tel dépôt—Vu l'importance du secret professionnel de l'avocat, l'appelant ne devrait pas être privé de la possibilité de déposer un affidavit contenant les renseignements requis—Appel accueilli.

WILLIAMSON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-679-02, 2003 CF 361, juge Sexton, jugement en date du 30-9-03, 6 p.)

FRAIS ET DÉPENS

La présente requête résulte de l'appel infructueux de Carter-Wallace Inc. (demanderesse) contre la décision du registraire des marques de commerce qui avait refusé de radier un enregistrement de marque de commerce de Wampole Canada Inc. (défenderesse)—Par une ordonnance en date du 20 juin 2000, le juge de première instance avait rejeté la demande de Carter-Wallace et accordé à Wampole le «droit à ses dépens taxés»—Subséquent, la défenderesse a présenté une demande de taxation de son mémoire de dépens,

PRATIQUE—Suite

dans laquelle elle demandait subsidiairement le paiement de ses dépens par le bureau d'avocats de Carter-Wallace, MacBeth & Johnson—La défenderesse a plus tard retiré sa demande que les dépens soient taxés contre MacBeth & Johnson—Dans sa décision en date du 19 août 2003, l'officier taxateur a accordé un montant de 2 070 \$ de dépens à la défenderesse, mais il a refusé la réclamation de 8 225 \$ de MacBeth & Johnson pour la défense de sa demande de dépens —MacBeth & Johnson a introduit la présente requête en application de la règle 414 des Règles de la Cour fédérale (1998), pour une révision de la taxation en question quant à sa réclamation de 8 225 \$—La règle 400(1) confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de déterminer le montant des dépens, de les répartir et de désigner les personnes qui doivent les payer—En conséquence, il était tout à fait loisible au juge de première instance de décider que des dépens devaient être payés par une personne différente des parties nommément désignées dans la procédure, mais il n'a pas fait cela dans son ordonnance du 20 juin—En conséquence, la défenderesse n'avait aucun droit de solliciter des dépens contre une autre personne que la demanderesse, la partie initiale à la procédure —Un examen des règles 405 et suivantes révèle les voies par lesquelles les parties qui doivent payer des dépens et celles qui ont droit à des dépens amènent l'officier taxateur à procéder à la taxation du mémoire de dépens—Le simple fait d'être nommément désigné par la défenderesse dans son mémoire de dépens initial ne change pas ou n'étend pas le rôle limité de l'officier taxateur—Le fait qu'il n'avait pas compétence constituait le fondement de l'observation que MacBeth & Johnson a faite en réponse à la demande de taxation une fois que le bureau d'avocats a été nommément désigné—Il appert également que la défenderesse, en retirant sa réclamation de dépens contre MacBeth & Johnson, a reconnu ce fait—Requête rejetée pour la simple raison que MacBeth & Johnson ne pouvait pas être «partie», aux fins de la règle 408(3), et ne pouvait se voir accorder de dépens par l'officier taxateur—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 400(1), 405, 408(3), 414.

CARTER-WALLACE INC. C. WAMPOLE CANADA INC.
(T-272-99, 2003 CF 1166, juge Snider, ordonnance en date du 8-10-03, 7 p.)

Illinois Tool Works Inc. (appelantes) interjettent appel de la décision de la Section de première instance ((2002), 221 F.T.R. 161) selon laquelle les produits de l'intimée (des dispositifs d'ancrage portant les marques de commerce WallDriller et Picture Hook), ne contrefaisaient pas le brevet des appelantes et selon laquelle chaque partie devrait assumer ses propres dépens—Il manquait à ces produits deux des caractéristiques essentielles de l'invention revendiquée par les appelantes, soit «une extrémité de perçage comportant un moyen de laisser passer une attache allongée à travers ladite

PRATIQUE—Suite

extrémité de perçage et au-delà de celle-ci» et un moyen «d'amener ladite extrémité de perçage à s'écarter lors du déplacement vers l'avant de ladite attache à travers ledit corps»—Preuve convaincante au soutien d'une telle conclusion—L'appel incident de l'intimée contestant la validité du brevet ne peut être accueilli—Le juge de première instance n'a commis aucune erreur en déclarant que les antériorités citées pendant l'instruction n'établissaient pas que l'invention est évidente ou qu'elle ne suppose pas une activité inventive—L'appel incident de l'intimée devrait être accueilli relativement à l'attribution des dépens en première instance—Le juge de première instance n'a pas correctement exercé son pouvoir discrétionnaire dans l'attribution des dépens—La conclusion du juge se fonde sur une appréciation erronée des faits et, par suite, des principes juridiques applicables en l'espèce—Il n'était pas nécessaire que la défense des intimées soit intégralement acceptée pour que l'action soit rejetée—Il suffisait qu'un des deux moyens de la défense soit retenu pour obtenir gain de cause, ce qui fut le cas; comme il a été précédemment mentionné, le juge de première instance a conclu que les produits de l'intimée ne contrefaisaient pas le brevet des appelantes—Par conséquent, l'action des appelantes a été rejetée—Aucuns dépens n'ont été adjugés en raison du succès partagé: les demandresses avaient droit à un jugement déclaratoire portant que leur brevet était valide; la défenderesse avait droit à un jugement déclaratoire portant que ses produits ne contrefaisaient pas le brevet des demandresses—Compte tenu des circonstances de l'espèce, la Cour ne peut pas comprendre comment et pourquoi le rejet de l'action des appelantes pourrait entraîner ou constituer un succès partagé—Le juge de première instance n'a pas correctement pris en compte le résultat de l'instance comme l'exige la règle 400(3)a des Règles de la Cour fédérale (1998)—En conclusion, l'intimée, ayant obtenu gain de cause, avait droit aux dépens et le refus de les lui accorder n'était pas justifié dans les circonstances—Appel rejeté avec dépens et appel incident de l'intimée accueilli partiellement en ce que la décision du juge de première instance quant aux dépens sera infirmée—Quant à toutes les autres questions soulevées, appel incident rejeté—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 400(3)a.

ILLINOIS TOOL WORKS INC. C. COBRA FIXATIONS
CIE/COBRA ANCHORS CO. (A-522-02, 2003 CAF 358,
juge Lévesque, J.C.A., jugement en date du 30-9-03,
6 p.)

INTRODUCTION DES PROCÉDURES

Appel de l'ordonnance du protonotaire rejetant la requête en radiation de l'action du demandeur—Mis à la retraite en raison de l'âge obligatoire de la retraite prévu par les Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces

PRATIQUE—Suite

canadiennes, le demandeur a demandé sa réintégration dans son emploi, d'ordonner une compensation pour le salaire perdu, et de déclarer les dispositions applicables des Ordres royaux et de la Loi canadienne sur les droits de la personne (art. 15(1)*b*, *c*) contraires aux art. 1 et 15 de la Charte, et donc inopérants—1) Le protonotaire a-t-il erré en décidant que la Couronne ne pouvait se prévaloir de la prescription de six mois prévue à l'art. 269(1) de la Loi sur la défense nationale (LDN) quant à la prescription de l'action du demandeur? 2) Le protonotaire a-t-il excédé sa compétence en ordonnant au demandeur de déposer une déclaration ré-amendée? 3) Le protonotaire a-t-il erré en jugeant que le demandeur devait procéder par déclaration plutôt que par voie d'un contrôle judiciaire?—Appel rejeté—1) Le protonotaire a correctement déterminé que l'art. 269(1) de la LDN était inapplicable en l'espèce puisque l'action du demandeur visait directement la Couronne pour les actes législatifs et non pas indirectement pour les gestes d'un préposé de la Couronne—Il est vrai que l'État peut faire valoir l'art. 24*a*) de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, mais seulement si l'État était poursuivi pour la faute d'une personne visée à l'art. 269(1) de la LDN—L'État ne peut s'approprier les moyens de défense de personnes qui ne sont pas visées par l'action—2) Cette ordonnance découle de sa conclusion quant à la troisième question en litige, soit que l'affaire procède par action et non par contrôle judiciaire—3) Le protonotaire n'a pas erré en jugeant que le demandeur devait procéder par déclaration plutôt que par voie de contrôle judiciaire—Suivant les art. 17(1) et 48 de la Loi sur la Cour fédérale, une demande de déclaration contre la Couronne s'institue par action—Le protonotaire a déterminé que les remèdes premiers du demandeur ressortent plus de l'action, que la demande de réintégration pourrait être décidée dans le cadre de l'action—Comme il n'y a pas de délai de prescription applicable en vertu d'une loi fédérale en l'espèce, le délai de prescription applicable, en conformité avec l'art. 39(1) de la Loi sur la Cour fédérale, est celui de la province de Québec et l'action du demandeur a été intentée avant l'expiration de ce délai—Le demandeur devra cependant se conformer aux exigences de l'art. 57 de la Loi sur la Cour fédérale et préparer son dossier conformément aux exigences des règles 60 à 71 des Règles de la Cour fédérale—Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 269(1)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17(1), 39(1), 48, 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19)—Règles de la Cour fédérale, (1998), DORS/98-106, règles 60 à 71 (art. 70 mod. par DORS/2002-417, art. 9)—Loi sur la responsabilité

PRATIQUE—Fin

civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 24*a*) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 30; 2001, ch. 4, art. 48)—Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision de 1994)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44], art. 1, 15—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15(1).

TREMBLAY C. CANADA (T-541-02, 2003 CF 1204, juge Rouleau, ordonnance en date du 17-10-03, 13 p.)

PARTIES*Qualité pour agir*

La défenderesse demande à la Cour de radier la déclaration d'action déposée dans le présent dossier par l'Action des Nouvelles Conjointes du Québec (ANCQ ou demanderesse) au motif que l'une ou l'autre de ces demanderesse n'a pas la qualité pour agir dans l'intérêt public au sens de l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236 (*Conseil des Églises*)—La demanderesse regroupe et vise à aider des individus qui ont subi des iniquités lors de leurs procédures de divorce devant la cour s'occupant des procédures de divorce (cour supérieure)—La demanderesse n'a pas un intérêt direct pour agir, elle doit se faire voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public—Cette question doit être tranchée selon les enseignements tirés de *Conseil des Églises*—Dans *Conseil des Églises*, la Cour énonce trois aspects dont il faut tenir compte pour déterminer la qualité pour agir—En l'espèce, les parties divergent de point de vue sur le troisième aspect, soit la présence d'une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question au tribunal—En l'espèce, étant donné que ANCQ n'a pas écarté le fait qu'il existe une autre manière raisonnable et efficace de soumettre les prétentions de la demanderesse, soit dans le cadre d'une action en divorce entre particuliers devant la Cour supérieure, on doit en conclure que l'on ne peut reconnaître à la demanderesse la qualité pour agir—Cette conclusion entraîne donc l'accueil de la requête de la défenderesse.

L'ACTION DES NOUVELLES CONJOINTES DU QUÉBEC C. CANADA (T-1473-03, 2003 CF 1360, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 18-11-03, 19 p.)

If undelivered, return to:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison, retourner à:
Les Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S9