

A-476-15
2016 FCA 319

A-476-15
2016 CAF 319

Abhishek Ajay Sharma (*Appellant*)

Abhishek Ajay Sharma (*appellant*)

v.

c.

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

Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*intimé*)

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

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

Federal Court of Appeal, Nadon, Rennie and de Montigny J.J.A.—Winnipeg, November 17; Ottawa, December 21, 2016.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Rennie et de Montigny, J.C.A.—Winnipeg, 17 novembre; Ottawa, 21 décembre 2016.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Appeal from Federal Court decision finding appellant not entitled to be provided with inadmissibility report issued under Immigration and Refugee Protection Act, s. 44(1) before case referred to Immigration Division (ID) of Immigration and Refugee Board of Canada under Act, s. 44(2) — Appellant, Indian, permanent resident of Canada — Convicted of sexual assault, sentenced to two years less a day in 2013 — Canada Border Services Agency officer concluding that appellant inadmissible to Canada for serious criminality — Report under Act, s. 44(1) prepared; matter referred to ID for hearing pursuant to Act, s. 44(2) — ID concluding offence for which appellant convicted falling under definition of serious criminality set out in Act, s. 36(1)(a); issuing deportation order — On judicial review, Federal Court not convinced content of duty of fairness requiring that full inadmissibility report be provided to appellant before referring matter to ID; certifying question in that regard — Whether Federal Court correctly concluding that process followed herein procedurally fair — What is scope of officer's discretion under Act, s. 44 — Whether officer should consider best interests of child under Act, s. 44 — Officer's decision under Act, s. 44(1), Minister's decision under s. 44(2) not judicial or quasi-judicial decisions — While officers, Minister or delegate appearing to have some flexibility when deciding whether to write inadmissibility report or to refer matter to ID, limits existing to discretion afforded thereto despite use of word "may" in Act, s. 44(1) — Extent of discretion therefore dependent on number of factors — Duty of fairness not at high end of spectrum in context of decisions made pursuant to Act, ss. 44(1), (2) — Process followed herein satisfying requirements of procedural fairness — Before decision made to write report, appellant interviewed, advised not having right to appeal removal order if one issued by ID given legislative amendments, invited to make submissions — No duty to provide Act, s. 44(1) inadmissibility report to person concerned before s. 44(2)

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale selon laquelle l'appellant n'avait pas droit à ce qu'on lui communique le rapport d'interdiction de territoire établi en vertu de l'art. 44(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés avant que le dossier ne soit renvoyé à la Section de l'immigration (la SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, en application de l'art. 44(2) de cette même loi — L'appellant est né en Inde et il est devenu résident permanent du Canada — Il a été déclaré coupable d'une agression sexuelle et a été condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour en 2013 — Une agente de l'Agence des services frontaliers du Canada a conclu qu'il était interdit de territoire au Canada pour cause de grande criminalité — Un rapport a été préparé en vertu de l'art. 44(1); le dossier a été renvoyé à la SI en application de l'art. 44(2) de cette même loi — La SI a conclu que l'infraction dont l'appellant avait été déclaré coupable tombait sous le coup de la définition de grande criminalité qui est exposée à l'art. 36(1)a de la Loi; elle a prononcé une mesure d'expulsion — Dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour n'était pas convaincue que la teneur de l'obligation d'équité exigeait que l'un des décideurs fournisse à l'appellant la version intégrale du rapport d'interdiction de territoire avant que l'on renvoie l'affaire à la SI; la Cour a certifié une question à cet effet — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a conclu avec raison que le processus suivi a été équitable du point de vue procédural — Quelle est la portée du pouvoir discrétionnaire qu'a l'agent dans le cadre de l'application de l'art. 44(1) — Il s'agissait de savoir si l'agent doit considérer l'intérêt supérieur de l'enfant en vertu de l'art. 44 de la Loi — La décision que prend un agent en vertu de l'art. 44(1) et celle que prend le ministre en vertu de l'art. 44(2) ne comportent aucune des caractéristiques d'une décision de nature judiciaire ou quasi judiciaire — Bien que les agents, ainsi que le ministre ou son

referral decision — In conclusion, Federal Court correctly concluding that process followed herein procedurally fair; that respondent not required to disclose inadmissibility report prior to referral decision — Duty of fairness not requiring transmission of inadmissibility report to affected person before decision made by Minister or delegate thereof to refer report to ID pursuant to Act, s. 44(2) provided such report communicated to affected person before ID hearing — Issue of scope of discretion under Act, s. 44 dividing Federal Court — Two lines of cases: one line adopting narrow interpretation of Act, s. 44, other line adopting broader approach — In present case, Federal Court sympathetic to broader approach whereby officers having wide discretion to consider personal circumstances of individual — Federal Court not committing overriding, palpable error in deciding not to rule definitively on issue since decision makers in present case considering appellant's personal or mitigating factors — Federal Court right in finding that appellant having no basis to complain about scope of officer's mandate since receiving most favourable approach — As to best interests of child, given limited evidence appellant providing to officer about son, Federal Court right in finding that appellant to blame if officer not having more to say about matter — Decision of Federal Court thus entirely reasonable — Appeal dismissed.

This was an appeal from a Federal Court decision finding that the appellant was not entitled to be provided with the

délégué, semblent avoir une certaine latitude pour ce qui est de décider s'il convient ou non de rédiger un rapport d'interdiction de territoire ou de le renvoyer à la SI, il y a des limites au pouvoir discrétionnaire que l'on accorde aux agents et aux délégués du ministre, malgré l'emploi du verbe « peut » dans le libellé de l'art. 44(1) — L'étendue du pouvoir discrétionnaire est donc tributaire d'un certain nombre de facteurs — L'obligation d'équité ne se situe manifestement pas à l'extrémité supérieure du continuum dans le contexte des décisions qui sont prises en application des art. 44(1) et (2) de la Loi — Le processus qui a été suivi en l'espèce satisfaisait aux exigences de l'équité procédurale — Avant que l'on décide d'établir un rapport, il y a eu un entretien avec l'appellant, on l'a informé qu'il n'aurait aucun droit d'appel si la SI prenait à son endroit une mesure de renvoi compte tenu du changement législatif et on l'a également invité à présenter des observations écrites — Il n'y a aucune obligation de fournir à la personne en cause le rapport d'interdiction de territoire établi en vertu de l'art. 44(1) avant qu'il soit décidé de renvoyer l'affaire en vertu de l'art. 44(2) — En conclusion, la Cour a conclu avec raison que le processus suivi a été équitable du point de vue procédural et que l'intimé n'était pas tenu de communiquer le rapport d'interdiction de territoire avant qu'il soit décidé de procéder au renvoi de l'affaire — L'obligation d'agir avec équité n'exige pas que l'on transmette un rapport d'interdiction de territoire à la personne en cause avant que le ministre ou son délégué décide de déférer l'affaire à la Section de l'immigration en vertu de l'art. 44(2), à la condition que ce document soit communiqué à la personne en cause avant l'audience de la SI — La question de la portée du pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 44 a divisé la Cour fédérale — Il existe deux séries de décisions : une première série a adopté une interprétation restrictive de l'art. 44 alors qu'une deuxième série a adopté une approche plus large — En l'espèce, la Cour fédérale a été manifestement sensible à cette dernière approche, soit celle selon laquelle les agents avaient un pouvoir discrétionnaire suffisamment vaste pour prendre en considération la situation personnelle d'une personne — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en décidant de ne pas se prononcer de manière définitive sur cette question au vu du fait que, dans la présente affaire, les décideurs avaient effectivement pris en compte des facteurs personnels ou atténuants de l'appellant — La Cour fédérale a à bon droit conclu que l'appellant n'avait aucune raison de se plaindre de la portée du mandat que l'agente a adopté, car il a bénéficié de l'approche la plus favorable — Étant donné le peu d'éléments de preuve fournis par l'appellant à l'agente sur l'intérêt supérieur de son fils, la Cour fédérale a eu raison de conclure que l'appellant ne pouvait blâmer nul autre que lui si l'agente n'a eu rien à dire de plus sur son fils — La décision de la Cour fédérale était donc tout à fait raisonnable — Appel rejeté.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale selon laquelle l'appellant n'avait pas droit

inadmissibility report issued under subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* before the case was referred to the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board of Canada under subsection 44(2) of the same Act.

The appellant was born in India and became a permanent resident of Canada in February 2007. He was convicted of sexual assault in Canada and was sentenced to a custodial term of two years less a day in 2013. The sentencing judge took into account the immigration status of the appellant and, in particular, the limited appeal rights of permanent residents convicted of a serious criminality offence in determining the appropriate sentence. Subsequently, a Canada Border Services Agency officer informed the appellant that he may be inadmissible to Canada on account of serious criminality under subsection 36(1) of the Act. The letter informing the appellant of this also indicated that he would not have a right to appeal to the Immigration Appeal Division (IAD) if found inadmissible as a result of amendments to the Act adopted by Parliament in June 2013. The amendments stated that foreign nationals may not appeal from a decision of the ID if they have been sentenced to a term of imprisonment of more than six months. It was concluded by the officer that the appellant was inadmissible to Canada for serious criminality. A report under subsection 44(1) of the Act was prepared and a delegate of the respondent concurred with the officer's recommendations and referred the matter to the ID for an admissibility hearing pursuant to subsection 44(2) of the Act. The ID concluded that the offence for which the appellant was convicted fell under the definition of serious criminality outlined in paragraph 36(1)(a) of the Act and a deportation order was issued. The appellant sought to appeal the removal order but was unsuccessful.

On judicial review, both the inadmissibility report and the referral decision were challenged but both applications were ultimately dismissed. The Federal Court declined to rule on the scope of discretion afforded to the officer in considering personal or mitigating circumstances in the application of subsection 44(1) since it had evidence that the appellant did in fact benefit from an inquiry into his personal circumstances by the officer. Also, the Federal Court was not convinced that the content of the duty of fairness required one of the decision makers to provide the appellant with the full inadmissibility report before referring the matter to the ID. It certified the question as to whether the duty of fairness requires that a report issued under subsection 44(1) of the Act be provided to the affected person before the case is referred to the ID under subsection 44(2) thereof.

à ce qu'on lui communique le rapport d'interdiction de territoire établi en vertu du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* avant que le dossier ne soit renvoyé à la Section de l'immigration (la SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, en application du paragraphe 44(2) de cette même loi.

L'appellant est né en Inde et il est devenu résident permanent du Canada en février 2007. Il a été déclaré coupable d'une agression sexuelle commise au Canada et a été condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour, en 2013. Pour déterminer la peine appropriée, la juge chargée de cette tâche a tenu compte du statut d'immigrant de l'appellant et, en particulier, des droits d'appel restreints dont disposent les résidents permanents qui sont déclarés coupables d'une infraction criminelle grave. Par la suite, une agente de l'Agence des services frontaliers du Canada a informé l'appellant qu'il se pouvait qu'il soit interdit de territoire au Canada pour cause de grande criminalité aux termes du paragraphe 36(1) de la Loi. Cette lettre indiquait aussi que l'appellant, s'il était déclaré interdit de territoire, n'aurait pas le droit d'interjeter appel de la décision auprès de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) en raison de modifications de la Loi adoptées par le législateur en juin 2013. Selon ces modifications, aucun étranger condamné à une peine d'emprisonnement de plus de six mois ne peut interjeter appel d'une décision de la SI. L'agente est arrivée à la conclusion que l'appellant était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité. Un rapport en vertu du paragraphe 44(1) de la Loi a été préparé et un délégué de l'intimé a souscrit à la recommandation de l'agente et a renvoyé l'affaire à la SI en vue de la tenue d'une enquête, aux termes du paragraphe 44(2) de la Loi. La SI a conclu que l'infraction dont l'appellant avait été déclaré coupable tombait sous le coup de la définition de grande criminalité qui est exposée à l'alinéa 36(1)a) de la Loi et la SI a prononcé une mesure d'expulsion. L'appellant a voulu interjeter appel de la mesure de renvoi, mais sans succès.

Lors du contrôle judiciaire, le rapport d'interdiction de territoire établi et les décisions en matière de renvoi ont été contestés, mais les deux demandes ont été finalement rejetées. La Cour fédérale a refusé de se prononcer sur la portée du pouvoir discrétionnaire qu'avait l'agente de prendre en compte des circonstances personnelles ou atténuantes dans le cadre de l'application du paragraphe 44(1), puisqu'elle disposait d'une preuve que l'agente avait bel et bien procédé à une analyse de la situation personnelle de l'appellant. De plus, la Cour fédérale n'était pas convaincue que la teneur de l'obligation d'équité exigeait que l'un des décideurs fournisse à l'appellant la version intégrale du rapport d'interdiction de territoire avant que l'on renvoie l'affaire à la SI. Elle a certifié la question de savoir si l'obligation d'équité exige que le rapport établi en vertu du paragraphe 44(1) de la Loi soit

The issues were whether the Federal Court correctly concluded that the process followed herein was procedurally fair; what is the scope of an officer's discretion under section 44 of the Act; and whether the best interests of the child should be considered by an officer under section 44 of the Act.

Held, the appeal should be dismissed.

There is no right of appeal to the IAD where a permanent resident or foreign national is found to be inadmissible on the ground of serious criminality. Prior to 2013, a permanent resident or a foreign national could appeal from an inadmissibility finding if his or her crime had been punished by a term of imprisonment of less than two years. That option has now been removed. The scope of the duty of fairness in any given circumstances is variable and contextual. It is clear that an officer's decision under subsection 44(1) of the Act and the Minister's decision under subsection 44(2) bear none of the hallmarks of a judicial or quasi-judicial decision. While officers and the Minister or his delegate appear to have some flexibility when deciding whether or not to write an inadmissibility report or to refer it to the ID, there are limits to the discretion afforded to officers and Minister's delegates despite the use of the word "may" in the wording of subsections 44(1) and (2). The extent of the discretion will therefore be dependent on a number of factors including the alleged grounds of inadmissibility and whether the person concerned is a permanent resident or a foreign national. The Act itself does not set out any particular procedure to be followed in making a report and referring it to the ID. Parliament has left the procedure to be followed to the decision maker. In its *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF 5 "Writing 44(1) Reports", however, Citizenship and Immigration Canada has elected to give the affected person an opportunity to provide written or oral submissions along with letters of support. The duty of fairness is clearly not at the high end of the spectrum in the context of decisions made pursuant to subsections 44(1) and (2) of the Act. Even assuming that a permanent resident is entitled to a somewhat higher degree of participatory rights than a foreign national as a result of a greater establishment in Canada leading to more serious consequences in the event of removal, the process followed in this case satisfied the requirements of procedural fairness. Prior to the decision to make a report, the appellant was interviewed, given a letter setting out the nature of the decision to be made and advised that he would have no right to appeal the removal order if one was issued by the ID. He was also invited to make written submissions and to provide letters of support, and he availed himself of these options. There is no duty to provide the subsection 44(1) inadmissibility report to the person concerned prior to the subsection

communiqué à la personne en cause avant que l'affaire ne soit déferée à la SI en vertu du paragraphe 44(2).

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a conclu avec raison que le processus suivi a été équitable du point de vue procédural; quelle est la portée du pouvoir discrétionnaire qu'a l'agent dans le cadre de l'application du paragraphe 44(1) de la Loi; et si l'agent doit considérer l'intérêt supérieur de l'enfant en vertu de l'article 44 de la Loi.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Le résident permanent ou l'étranger que l'on déclare interdit de territoire pour cause de grande criminalité ne jouit d'aucun droit d'appel devant la SAI. Avant 2013, un résident permanent ou un étranger pouvait porter en appel une conclusion d'interdiction de territoire si le crime qu'il avait commis avait été puni par un emprisonnement de moins de deux ans. Cette option a maintenant été supprimée. Dans n'importe quelle circonstance donnée, la portée de l'obligation d'équité est variable et contextuelle. Il est évident que la décision que prend un agent en vertu du paragraphe 44(1) et celle que prend le ministre en vertu du paragraphe 44(2) ne comportent aucune des caractéristiques d'une décision de nature judiciaire ou quasi judiciaire. Bien que les agents, ainsi que le ministre ou son délégué, semblent avoir une certaine latitude pour ce qui est de décider s'il convient ou non de rédiger un rapport d'interdiction de territoire ou de le renvoyer à la SI, il y a des limites au pouvoir discrétionnaire que l'on accorde aux agents et aux délégués du ministre, malgré l'emploi du verbe « peut » dans le libellé des paragraphes 44(1) et (2). L'étendue du pouvoir discrétionnaire est donc tributaire d'un certain nombre de facteurs, dont les présumés motifs d'interdiction de territoire et le fait de savoir si la personne en cause est un résident permanent ou un étranger. La Loi même n'énonce aucune procédure particulière à suivre pour ce qui est d'établir un rapport et de le renvoyer à la SI. Le législateur a laissé au décideur le soin de déterminer la marche à suivre. Cependant, dans le chapitre ENF 5 « Rédaction des rapports en vertu du L44(1) » du *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)*, Citoyenneté et Immigration Canada a choisi de donner à la personne en cause la possibilité de soumettre des observations écrites ou orales, de même que des lettres d'appui. L'obligation d'équité ne se situe manifestement pas à l'extrémité supérieure du continuum dans le contexte des décisions qui sont prises en application des paragraphes 44(1) et (2) de la Loi. Même en tenant pour acquis qu'un résident permanent a un degré quelque peu supérieur de droits de participation par rapport à un étranger parce que le fait de s'être établi davantage au Canada entraîne des conséquences plus sérieuses en cas de renvoi, le processus qui a été suivi en l'espèce satisfaisait aux exigences de l'équité procédurale. Avant que l'on décide d'établir un rapport, il y a eu un entretien avec l'appellant, et celui-ci a reçu une lettre décrivant la nature de la décision à prendre et on l'a informé qu'il n'aurait

44(2) referral decision. Other factors such as the fact that the appellant was intentionally given a reduced sentence by a Queen's Bench judge so that he may appeal to the IAD or that, at the time of sentencing, the appellant had appeal rights from a removal order to the IAD but then lost those rights because of timing of both the written report and the referral to an admissibility hearing were not germane to the level of participatory rights owed to the appellant and certainly did not serve to heighten the duty of procedural fairness owed in the circumstances. In conclusion, the Federal Court correctly concluded that the process followed was procedurally fair, that the appellant was provided with all the participatory rights that his situation entails, and that the respondent was not required to disclose the inadmissibility report prior to the referral decision. Thus, concerning the certified question, the duty of fairness does not require the transmission of an inadmissibility report to the affected person before a decision is made by the Minister or his delegate to refer that report to the ID pursuant to subsection 44(2) provided that such a report is communicated to the affected person before the hearing of the ID.

As to the scope of an officer's discretion under section 44 of the Act, this issue has divided the Federal Court. One line of cases adopted a narrow interpretation of section 44 and determined that officers have no discretion to consider factors beyond an individual's alleged inadmissibility. Conversely, another series of decisions adopted a broader approach and held that officers have a wide enough discretion to consider the personal circumstances of an individual, in addition to the facts underlying the alleged inadmissibility. The Federal Court in this case was clearly sympathetic to this latter approach. However, it did not commit an overriding and palpable error in deciding not to rule definitively on this issue in light of the fact that the decision makers in this case did in fact consider personal or mitigating factors. The Federal Court was right in finding that the appellant had no basis to complain about the scope of the mandate adopted by the officer since he received the most favourable approach.

aucun droit d'appel si la SI prenait à son endroit une mesure de renvoi. On l'a également invité à présenter des observations écrites et des lettres d'appui, et il s'est prévalu de ces deux options. Il n'y a donc aucune obligation de fournir à la personne en cause le rapport d'interdiction de territoire établi en vertu du paragraphe 44(1) avant qu'il soit décidé de renvoyer l'affaire en vertu du paragraphe 44(2). D'autres facteurs tels le fait que l'appellant a bénéficié délibérément d'une peine réduite infligée par un juge du Banc de la Reine pour qu'il puisse interjeter appel auprès de la SAI et qu'au moment du prononcé de la peine, l'appellant bénéficiait du droit d'interjeter appel d'une mesure de renvoi devant la SAI, mais a perdu son droit d'appel à cause du moment où le rapport écrit a été produit et celui où l'affaire a été renvoyée en vue de la tenue d'une enquête n'étaient pas pertinents pour ce qui est du degré de droits de participation que l'on devait à l'appellant et n'ont certes pas servi à réhausser l'obligation d'équité procédurale dont il convenait de faire preuve dans les circonstances. En conclusion, la Cour fédérale a conclu avec raison que le processus suivi a été équitable du point de vue procédural, que l'appellant a bénéficié de tous les droits de participation que permet sa situation et que l'intimé n'était pas tenu de communiquer le rapport d'interdiction de territoire avant qu'il soit décidé de procéder au renvoi de l'affaire. Par conséquent, en ce qui concerne la question certifiée, l'obligation d'agir avec équité n'exige pas que l'on transmette un rapport d'interdiction de territoire à la personne en cause avant que le ministre ou son délégué décide de déférer l'affaire à la SI en vertu du paragraphe 44(2), à la condition que ce document soit communiqué à la personne en cause avant l'audience de la SI.

Quant à la portée du pouvoir discrétionnaire d'un agent en vertu de l'article 44, cette question a divisé la Cour fédérale. Dans une série d'affaires, une interprétation restrictive de l'article 44 a été adoptée et il a été conclu que les agents n'avaient pas le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération des facteurs qui allaient au-delà de l'allégation d'interdiction de territoire d'une personne. À l'inverse, dans une autre série de décisions, une approche plus large a été adoptée et il a été conclu que les agents avaient un pouvoir discrétionnaire suffisamment vaste pour prendre en considération la situation personnelle d'une personne, en plus des faits qui sous-tendaient l'allégation d'interdiction de territoire. La Cour fédérale en l'espèce a été manifestement sensible à cette dernière approche. Cependant, elle n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en décidant de ne pas se prononcer de manière définitive sur cette question au vu du fait que, dans la présente affaire, les décideurs avaient effectivement pris en compte des facteurs personnels ou atténuants. La Cour fédérale a à bon droit conclu que l'appellant n'avait aucune raison de se plaindre de la portée du mandat que l'agente a adopté, car il a bénéficié de l'approche la plus favorable.

With respect to the best interests of the child, given the limited amount of evidence the appellant provided to the officer regarding the best interests of his child, the Federal Court was right in finding that the appellant had no one but himself to blame if the officer did not have more to say about his son. Even assuming that the best interests of a child is a proper factor to be taken into consideration when deciding whether or not to make a report, the officer was left to speculate as to the potential impact of the appellant's removal on his son. The decision of the Federal Court on that score was therefore entirely reasonable.

Étant donné le peu d'éléments de preuve fournis par l'appelant à l'agente sur l'intérêt supérieur de son fils, la Cour fédérale a eu raison de conclure que l'appelant ne peut blâmer nul autre que lui si l'agente n'a eu rien à dire de plus sur son fils. Même en présumant que l'intérêt supérieur d'un enfant est un facteur dont il convient de tenir compte pour décider s'il y a lieu de rédiger un rapport ou pas, l'agente en a été réduite à formuler des hypothèses quant à l'effet possible du renvoi de l'appelant sur son fils. La décision de la Cour fédérale à cet égard était donc tout à fait raisonnable.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Faster Removal of Foreign Criminals Act, S.C. 2013, c. 16, s. 33.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(h),(i), 25, 36(1), 44, 45(d), 64, 112.

CASES CITED

APPLIED:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126 [2007] 1 F.C.R. 409; *R. v. Pham*, 2013 SCC 15, [2013] 1 S.C.R. 739.

REFERRED TO:

Zaghib v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2016 FCA 182, [2017] 1 F.C.R. 392; *O'Brien v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 159, 40 Imm. L.R. (4th) 213; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3; *Lee v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 158, 54 Imm. L.R. (3d) 145; *Spencer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 990, 298 F.T.R. 267; *Hernandez v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 725, 325 F.T.R. 108; *Chand v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 548; *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 1078; *Qureshi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 238, 6 Imm. L.R. (4th) 241; *Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 49, [2001] 3 F.C. 3; *Haghighi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 407, (2000), 189 D.L.R. (4th) 268 (C.A.); *Correia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 782, 253 F.T.R. 153; *Leong v. Canada (Solicitor*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi accélérant le renvoi de criminels étrangers, L.C. 2013, ch. 16, art. 33.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)(h),i), 25, 36(1), 44, 45(d), 64, 112.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409; *R. c. Pham*, 2013 CSC 15, [2013] 1 R.C.S. 739.

DÉCISIONS CITÉES :

Zaghib c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2016 CAF 182, [2017] 1 R.C.F. 392; *O'Brien c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 159; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3; *Lee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 158; *Spencer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 990; *Hernandez c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2007 CF 725; *Chand c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 548; *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CF 1078; *Qureshi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 238; *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 49, [2001] 3 C.F. 3; *Haghighi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 407 (C.A.); *Correia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 782; *Leong c. Canada (Solliciteur général)*, 2004 CF 1126; *Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 806, [2009] 1 R.C.F. 675, conf. par 2009 CAF

General), 2004 FC 1126, 256 F.T.R. 298; *Richter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 806, [2009] 1 F.C.R. 675, affd 2009 FCA 73; *Faci v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FC 693.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Operational Manual: Enforcement (ENF)*. Chapter ENF 5 “Writing 44(1) Reports”.

Citizenship and Immigration Canada. *Operational Manual: Enforcement (ENF)*. Chapter ENF 6 “Review of Reports under A44(1)”.

APPEAL from a Federal Court decision (2015 FC 1315, 38 Imm. L.R. (4th) 291) finding that the appellant was not entitled to be provided with the inadmissibility report issued under subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* before the case was referred to the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board of Canada under subsection 44(2) of the same Act. Appeal dismissed.

APPEARANCES

David Matas for appellant.
Cary Clark and *Brendan Friesen* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

David Matas, Winnipeg, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DE MONTIGNY J.A.: The appellant brings this appeal on the basis of a certified question, to challenge the finding of Justice Barnes (the Judge) of the Federal Court, that he was not entitled to be provided with the inadmissibility report issued under subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA or the Act) before his case was referred to the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board of Canada (the Board) under

73; *Faci c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CF 693.

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)*. Chapitre ENF 5 « Rédaction des rapports en vertu du L44(1) ».

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)*. Chapitre ENF 6 « L'examen des rapports établis en vertu de la L44(1) ».

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2015 CF 1315) selon laquelle l'appelant n'avait pas droit à ce qu'on lui communique le rapport d'interdiction de territoire établi en vertu du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* avant que le dossier ne soit renvoyé à la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, en application du paragraphe 44(2) de cette même loi. Appel rejeté.

ONT COMPARU

David Matas pour l'appellant.
Cary Clark et *Brendan Friesen* pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

David Matas, Winnipeg, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : L'appelant interjette le présent appel sur le fondement d'une question certifiée, en vue de contester la conclusion du juge Barnes (le juge de première instance) de la Cour fédérale, à savoir qu'il n'avait pas droit à ce qu'on lui communique le rapport d'interdiction de territoire établi en vertu du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR ou la Loi) avant que son dossier soit renvoyé à la Section de

subsection 44(2) of the same Act. For the reasons that follow, I would dismiss this appeal.

I. Background

[2] The appellant, Abhishek Ajay Sharma, was born in India in 1979. He became a permanent resident of Canada in February 2007. As a result of a conviction for sexual assault committed in 2008, he was sentenced to a custodial term of two years less a day on June 11, 2013.

[3] The record shows that the sentencing judge took into account the immigration status of the appellant, and in particular, the limited appeal rights of permanent residents convicted of a serious criminality offence, in determining the appropriate sentence.

[4] On January 14, 2014, a Canada Border Services Agency (CBSA) officer (the officer) interviewed the appellant in prison and provided him with a letter informing him that he may be inadmissible to Canada on account of serious criminality under subsection 36(1) of IRPA. The letter advised the appellant of the criteria that would be considered in the decision-making process, and invited him to make written submissions as to why he should not be reported under subsection 44(1) of IRPA. The letter also indicated that the appellant would not have a right to appeal to the Immigration Appeal Division (IAD) if found inadmissible, as a result of amendments to IRPA adopted by Parliament on June 19, 2013 (*Faster Removal of Foreign Criminals Act*, S.C. 2013, c. 16 (FRFCA)). These amendments state that foreign nationals may not appeal from a decision of the ID of the Board, if they have been sentenced to a term of imprisonment of more than six months (as opposed to a term of two years, which was previously the case). The appellant responded to this letter with handwritten submissions, along with a number of letters of support.

l'immigration (la SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la Commission), en application du paragraphe 44(2) de cette même loi. Pour les motifs qui suivent, je rejetterais le présent appel.

I. Le contexte

[2] L'appelant, Abhishek Ajay Sharma, est né en Inde en 1979, et il est devenu résident permanent du Canada en février 2007. À la suite d'une déclaration de culpabilité pour une agression sexuelle commise en 2008, il a été condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour, le 11 juin 2013.

[3] Il ressort du dossier que, pour déterminer la peine appropriée, la juge chargée de cette tâche a tenu compte du statut d'immigrant de l'appelant et, en particulier, des droits d'appel restreints dont disposent les résidents permanents qui sont déclarés coupables d'une infraction criminelle grave.

[4] Le 14 janvier 2014, une agente (l'agente) de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) a interrogé l'appelant en prison et lui a transmis une lettre l'informant qu'il se pouvait qu'il soit interdit de territoire au Canada pour cause de grande criminalité aux termes du paragraphe 36(1) de la LIPR. La lettre l'informait des critères qui seraient pris en compte lors du processus décisionnel et l'invitait à faire part d'observations écrites sur la raison pour laquelle il ne devait pas faire l'objet d'un rapport établi en vertu du paragraphe 44(1) de la LIPR. Cette lettre indiquait aussi que l'appelant, s'il était déclaré interdit de territoire, n'aurait pas le droit d'interjeter appel de la décision auprès de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) en raison de modifications à la LIPR adoptées par le législateur le 19 juin 2013 (*Loi accélérant le renvoi de criminels étrangers*, L.C. 2013, ch. 16 (la LARCE)). Selon ces modifications, aucun étranger condamné à une peine d'emprisonnement de plus de six mois (par opposition à une peine de deux ans, ce qui était antérieurement le cas) ne peut interjeter appel d'une décision de la SI de la Commission. En réponse à cette lettre, l'appelant a fourni des observations manuscrites, de même qu'un certain nombre de lettres d'appui.

[5] After having reviewed the information submitted by the appellant, the officer came to the conclusion that he was inadmissible to Canada for serious criminality. On March 4, 2014, she prepared a report under subsection 44(1) of IRPA stating her opinion and recommending that an admissibility hearing be held. On that same day, a Minister's delegate reviewed the report, concurred with the recommendation of the officer, and referred the matter to the ID for an admissibility hearing pursuant to subsection 44(2) of IRPA.

[6] The ID concluded that the offence for which the appellant was convicted falls under the definition of serious criminality outlined in paragraph 36(1)(a) of IRPA. Given the mandatory language of paragraph 45(d) of the Act, the ID issued a deportation order on September 15, 2014. The appellant sought to appeal the removal order, but was unsuccessful as the IAD had no jurisdiction to hear or decide the matter by virtue of subsections 64(1) and (2) of IRPA.

[7] On October 14, 2014, the appellant applied for leave and judicial review of the subsection 44(1) inadmissibility report and of the subsection 44(2) referral decisions. The Judge dismissed both applications in a decision reported as 2015 FC 1315, 38 Imm. L.R. (4th) 291.

II. The impugned decision

[8] At the outset, the Judge declined to rule on the scope of discretion afforded to the officer in considering personal or mitigating circumstances in the application of subsection 44(1), as there was evidence before him that the appellant did in fact benefit from an inquiry into his personal circumstances by the officer.

[9] Counsel for the appellant submitted to the Judge that the content of the duty of fairness required one of the decision makers to provide him with the full inadmissibility report prior to referring the matter to the ID. The appellant argued for a heightened duty of fairness

[5] Après avoir passé en revue les informations fournies par l'appellant, l'agente est arrivée à la conclusion que celui-ci était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité. Le 4 mars 2014, elle a établi un rapport en vertu du paragraphe 44(1) de la LIPR, dans lequel elle a fait état de son opinion et a recommandé la tenue d'une enquête. Le même jour, un délégué du ministre a examiné le rapport, a souscrit à la recommandation de l'agente et a renvoyé l'affaire à la SI en vue de la tenue d'une enquête, aux termes du paragraphe 44(2) de la LIPR.

[6] La SI a conclu que l'infraction dont l'appellant avait été déclaré coupable tombait sous le coup de la définition de « grande criminalité » qui est exposée à l'alinéa 36(1)a) de la LIPR. En raison du libellé impératif de l'alinéa 45d) de la Loi, la SI a prononcé une mesure d'expulsion le 15 septembre 2014. L'appellant a voulu interjeter appel de la mesure de renvoi, mais sans succès, puisque, du fait des paragraphes 64(1) et (2) de la LIPR, la SAI n'avait pas compétence pour entendre ou trancher l'affaire.

[7] Le 14 octobre 2014, l'appellant a présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire au sujet du rapport d'interdiction de territoire établi en vertu du paragraphe 44(1) et des décisions en matière de renvoi relatives au paragraphe 44(2). Le juge de première instance a rejeté les deux demandes dans une décision publiée sous la référence 2015 CF 1315.

II. La décision contestée

[8] D'entrée de jeu, le juge de première instance a refusé de se prononcer sur la portée du pouvoir discrétionnaire qu'avait l'agente de prendre en compte des circonstances personnelles ou atténuantes dans le cadre de l'application du paragraphe 44(1), puisqu'il disposait d'une preuve que l'agente avait bel et bien procédé à une analyse de la situation personnelle de l'appellant.

[9] L'avocat de l'appellant a fait valoir auprès du juge de première instance que la teneur de l'obligation d'équité exigeait que l'un des décideurs fournisse à son client la version intégrale du rapport d'interdiction de territoire avant que l'on renvoie l'affaire à la SI.

on the basis that (1) the sentencing judge had crafted his sentence in accordance with his immigration status; (2) the law changed within eight days of his sentence to remove a right of appeal to the IAD for custodial sentences of more than six months; (3) the best interests of his child were engaged; and (4) the CBSA could have issued the report prior to the legislative changes. In delaying the issuance of the report, the appellant suggests that the CBSA deprived him of an opportunity to avoid deportation.

[10] The Judge was not convinced that a breach of procedural fairness occurred, and was not persuaded that any of the above factors were relevant to the question of whether the appellant ought to have been given a copy of the inadmissibility report before the Minister's delegate referred his case to the ID. After referring to several decisions, he came to the conclusion that the case law is well settled in that procedural fairness does not require an officer's report to be put to the affected person prior to the subsection 44(2) referral. For the Judge, the right to challenge the inadmissibility report would simply replicate what had already been provided to the appellant, that is, the circumstances triggering the inquiry into his admissibility, an opportunity to make written submissions, and a personal interview.

[11] As for the best interests of the child argument, the Judge noted that a lack of particulars in the officer's report on this issue was a direct result of the lack of detail and attention paid to it by the appellant himself. The Judge also noted that the recourse to humanitarian and compassionate (H&C) relief remains available to the appellant, and that it is in this context where the best interests of his child will attract more meaningful attention from both the affected person and the responsible decision maker.

[12] The Judge therefore dismissed the appellant's application. He nevertheless certified the following

L'appelant a plaidé en faveur d'une obligation d'équité accrue, et ce, pour les motifs suivants : 1) la juge chargée de la détermination de la peine avait fixé la peine en tenant compte de son statut d'immigrant; 2) dans les huit jours suivant le prononcé de sa peine, la loi avait été modifiée par l'élimination du droit d'appel à la SAI dans le cas d'une peine d'emprisonnement de plus de six mois; 3) l'intérêt supérieur de son enfant était en jeu; 4) l'ASFC aurait pu produire le rapport avant l'entrée en vigueur des changements législatifs. L'appelant laisse entendre que l'ASFC, en retardant la production du rapport, l'a privé d'une possibilité d'éviter d'être expulsé.

[10] Le juge de première instance n'a pas été convaincu qu'il y avait eu manquement à l'équité procédurale, pas plus que l'un quelconque des facteurs susmentionnés était pertinent à l'égard de la question de savoir s'il aurait fallu remettre à l'appelant une copie du rapport d'interdiction de territoire avant que le délégué du ministre renvoie l'affaire à la SI. Après avoir fait référence à plusieurs décisions, il est arrivé à la conclusion que la jurisprudence était bien établie, en ce sens que l'équité procédurale n'exigeait pas que le rapport d'un agent soit transmis à la personne en cause avant de déférer l'affaire en vertu du paragraphe 44(2). Selon le juge de première instance, le droit de contester le rapport d'interdiction de territoire ne ferait que réitérer ce qui avait été déjà communiqué à l'appelant, soit les circonstances à l'origine de l'enquête sur son admissibilité, la possibilité de présenter des observations écrites, de même qu'un entretien personnel.

[11] Quant à l'argument de l'intérêt supérieur de l'enfant, le juge de première instance a fait remarquer que le manque de détails sur cette question dans le rapport de l'agente était directement attribuable au manque d'attention que l'appelant avait lui-même accordée à cet aspect. Il a également souligné qu'il était encore loisible à l'appelant de présenter une demande fondée sur des considérations d'ordre humanitaire et que c'était dans le contexte d'une telle demande que la question de l'intérêt supérieur de son enfant attirerait davantage son attention et celle du décideur compétent.

[12] Le juge de première instance a donc rejeté la demande de l'appelant. Il a néanmoins certifié la

question [at paragraph 25] (with hesitation, considering the “apparent uniformity of the decisions” on this point):

Does the duty of fairness require that a report issued under [sub]section 44(1) of the IRPA be provided to the affected person before the case is referred to the Immigration Division under [sub]section 44(2)?

III. Issues

[13] This Court is not confined to the questions that have been certified by a judge of the Federal Court, nor does it have to answer the question(s) certified when it is of the view that it would be inappropriate or unnecessary for the disposition of the appeal to do so. This has been made clear in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*) and has been reiterated ever since by this Court (see, for instance, *Zaghib v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FCA 182, [2017] 1 F.C.R. 392, at paragraph 49; *O’Brien v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 159, 40 Imm. L.R. (4th) 213, at paragraph 8).

[14] In the case at bar, the Judge only certified one question pertaining to the duty of fairness under section 44. Counsel for the appellant, nevertheless, has raised two other questions that were dealt with by the Judge but which he refused to certify: one relates to the scope of discretion to consider personal or mitigating factors under section 44, and the other pertains to the best interests of the appellant’s child. Since the parties have joined issue on these questions, as well, I will address them in these reasons.

IV. Analysis

[15] On appeal from a decision on application for judicial review, the task of this Court is to determine whether the Judge identified the proper standard of

question suivante [au paragraphe 25] (avec une certaine hésitation, compte tenu de « l’apparente uniformité des décisions » sur ce point) :

L’obligation d’agir avec équité exige-t-elle que le rapport établi en vertu du paragraphe 44(1) de la LIPR soit communiqué à la personne en cause avant que l’affaire ne soit déférée à la Section de l’immigration en vertu du paragraphe 44(2)?

III. Les questions en litige

[13] La Cour n’est pas confinée aux questions qu’un juge de la Cour fédérale a certifiées, pas plus qu’elle n’est tenue de répondre à ces questions si elle estime qu’il serait inopportun ou inutile de le faire pour l’issue de l’appel. C’est ce qui a été clairement indiqué dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (arrêt *Baker*), et réitéré depuis lors par la Cour (voir, par exemple, l’arrêt *Zaghib c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CAF 182, [2017] 1 R.C.F. 392, au paragraphe 49; l’arrêt *O’Brien c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 159, au paragraphe 8).

[14] En l’espèce, le juge de première instance n’a certifié qu’une seule question concernant l’obligation d’équité au regard de l’article 44. L’avocat de l’appelant a néanmoins soulevé deux autres questions qui ont été abordées par le juge de première instance, mais qu’il a refusé de certifier : l’une concernant l’étendue du pouvoir discrétionnaire de prendre en compte des facteurs personnels ou atténuants en vertu de l’article 44, et l’autre concernant l’intérêt supérieur de l’enfant de l’appelant. Étant donné que les parties ont lié contestation sur ces questions, j’en traiterai également dans les présents motifs.

IV. Analyse

[15] Dans le cas d’un appel relatif à une décision rendue à la suite d’une demande de contrôle judiciaire, la tâche de la Cour consiste à déterminer si le juge de

review and applied it correctly (*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–47). In the case at bar, the Judge correctly identified the applicable standards of review, that is, correctness for the procedural fairness issue raised in the certified question, and reasonableness as to the decisions to write an inadmissibility report and to subsequently refer the report to the ID. The question for this Court is therefore to determine whether those standards were applied correctly.

[16] As for the decision of the Judge not to rule on the scope of the mandate adopted by the officer, I agree with counsel for the respondent that it is of a discretionary nature. As such, it attracts deference and must be reviewed on the standard of palpable and overriding error (see generally *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

A. *The duty of fairness*

[17] When a foreign national or permanent resident has been found guilty of an offence punishable by a maximum term of imprisonment of ten years or more, or of an offence for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed, IRPA sets out a three-step process to be followed, before that person can be found inadmissible for serious criminality pursuant to subsection 36(1). First, an immigration officer must exercise his discretion to prepare a report for the Minister:

Preparation of report

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

[18] The Minister or the Minister’s delegate may then refer the report to the ID for an admissibility hearing, if it is believed that the report is well-founded:

première instance a déterminé la norme de contrôle appropriée et s’il l’a appliquée correctement (arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47). Dans la présente affaire, le juge de première instance a déterminé correctement les normes de contrôle applicables, à savoir la décision correcte pour ce qui est de la question de l’équité procédurale soulevée dans la question certifiée, et la décision raisonnable pour ce qui est des décisions de rédiger un rapport d’interdiction de territoire et de le renvoyer ensuite à la SI. La question dont la Cour est saisie consiste donc à déterminer si ces normes ont été appliquées correctement.

[16] Je conviens avec les avocats de l’intimé que la décision du juge de première instance de s’abstenir de se prononcer sur la portée du mandat que l’agent a adopté est de nature discrétionnaire. Cela étant, cette décision appelle à une certaine retenue, et il y a lieu de la contrôler selon la norme de l’erreur manifeste et dominante (voir, de façon générale, l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

A. *L’obligation d’équité*

[17] Dans le cas d’un étranger ou d’un résident permanent qui a été déclaré coupable d’une infraction punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans, ou d’une infraction pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois a été infligé, la LIPR comporte un processus en trois étapes qu’il est obligatoire de suivre avant que la personne puisse être déclarée interdite de territoire pour grande criminalité au sens du paragraphe 36(1). Premièrement, l’agent d’immigration doit exercer son pouvoir discrétionnaire en vue d’établir un rapport à l’intention du ministre :

Rapport d’interdiction de territoire

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

[18] Le ministre, ou son délégué, peut alors renvoyer le rapport à la SI en vue de la tenue d’une enquête, s’il estime le rapport bien-fondé :

44 ...

Referral or removal order

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

[19] Pursuant to paragraph 45(d), the ID appears to have no other option than to make a removal order against the foreign national or the permanent resident if he or she is inadmissible according to the Act:

Decision

45 The Immigration Division, at the conclusion of an admissibility hearing, shall make one of the following decisions:

...

(d) make the applicable removal order against a foreign national who has not been authorized to enter Canada, if it is not satisfied that the foreign national is not inadmissible, or against a foreign national who has been authorized to enter Canada or a permanent resident, if it is satisfied that the foreign national or the permanent resident is inadmissible.

[20] As previously mentioned, there is no right of appeal to the IAD where a permanent resident or foreign national is found to be inadmissible on the ground of serious criminality. Prior to 2013, a permanent resident or a foreign national could appeal from an inadmissibility finding if his or her crime had been punished by a term of imprisonment of less than two years. That option has now been removed.

[21] It is trite that the scope of the duty of fairness in any given circumstances is variable and contextual. In accordance with the principle laid out in *Baker*, the type of participatory rights that the duty of fairness requires will generally depend on the following five non-exhaustive factors: (1) the nature of the decision; (2) the

44 [...]

Suivi

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

[19] Aux termes de l'alinéa 45d), la SI semble avoir pour seul choix de prendre une mesure de renvoi contre l'étranger ou le résident permanent si cette personne est interdite de territoire au sens de la Loi :

Décision

45 Après avoir procédé à une enquête, la Section de l'immigration rend telle des décisions suivantes :

[...]

d) prendre la mesure de renvoi applicable contre l'étranger non autorisé à entrer au Canada et dont il n'est pas prouvé qu'il n'est pas interdit de territoire, ou contre l'étranger autorisé à y entrer ou le résident permanent sur preuve qu'il est interdit de territoire.

[20] Comme il a déjà été mentionné, le résident permanent ou l'étranger que l'on déclare interdit de territoire pour cause de grande criminalité ne jouit d'aucun droit d'appel devant la SAI. Avant 2013, un résident permanent ou un étranger pouvait porter en appel une conclusion d'interdiction de territoire si le crime qu'il avait commis avait été puni par un emprisonnement de moins de deux ans. Cette option a maintenant été supprimée.

[21] Il est bien établi que, dans n'importe quelle circonstance donnée, la portée de l'obligation d'équité est variable et contextuelle. Conformément au principe énoncé dans l'arrêt *Baker*, le type de droits de participation que requiert l'obligation d'équité dépend habituellement des cinq facteurs non exhaustifs qui suivent :

statutory scheme; (3) the importance of the decision to the affected individual; (4) the legitimate expectations of the person challenging the decision; and (5) the administrative decision maker's choice of procedure.

[22] Applying these principles, it is clear that an officer's decision under subsection 44(1) and the Minister's decision under subsection 44(2) bear none of the hallmarks of a judicial or quasi-judicial decision. It is true that officers and the Minister or his delegate appear to have some flexibility when deciding whether or not to write an inadmissibility report or to refer it to the ID. As this Court found in *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409 (*Cha*), at paragraph 35, however, there are limits to the discretion afforded to officers and Minister's delegates despite the use of the word "may" in the wording of subsections 44(1) and (2). In that case, the Court determined that the particular circumstances of the foreign national, along with the nature of the offence, conviction and sentence, were beyond the scope of the discretionary powers exercised pursuant to subsections 44(1) and (2).

[23] The extent of the discretion will therefore be dependent on a number of factors, including the alleged grounds of inadmissibility and whether the person concerned is a permanent resident or a foreign national. Indeed, this Court cautioned in *Cha* that it was only dealing with foreign nationals, and that different considerations may apply to permanent residents. It is possible, for example, that the scope of discretion will be somewhat broader for permanent residents than for foreign nationals because of their closer ties to Canada. I shall revert to that question when addressing the second issue raised in this appeal. At the end of the day, however, the officers and the Minister or his delegate must always be mindful of Parliament's intention to make security a top priority (see paragraphs 3(1)(h) and (i) of IRPA). The following rationale offered by this Court in *Cha* in support of a limited discretion would appear to apply with equal force to both foreign nationals and permanent residents [at paragraph 37]:

1) la nature de la décision; 2) le régime législatif; 3) l'importance de la décision pour la personne visée; 4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; 5) le choix de procédure que fait le décideur administratif.

[22] Si l'on applique ces principes, il est évident que la décision que prend un agent en vertu du paragraphe 44(1) et celle que prend le ministre en vertu du paragraphe 44(2) ne comportent aucune des caractéristiques d'une décision de nature judiciaire ou quasi judiciaire. Certes, les agents, ainsi que le ministre ou son délégué, semblent avoir une certaine latitude pour ce qui est de décider s'il convient ou non de rédiger un rapport d'interdiction de territoire ou de le renvoyer à la SI, mais, comme l'a conclu la Cour dans l'arrêt *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409 (arrêt *Cha*), au paragraphe 35, il y a des limites au pouvoir discrétionnaire que l'on accorde aux agents et aux délégués du ministre, malgré l'emploi du verbe « peut » dans le libellé des paragraphes 44(1) et (2). Dans l'arrêt *Cha*, la Cour a conclu que la situation particulière de l'étranger, de même que la nature de l'infraction, de la déclaration de culpabilité et de la peine infligée, débordaient le cadre des pouvoirs discrétionnaires exercés en vertu des paragraphes 44(1) et (2).

[23] L'étendue du pouvoir discrétionnaire est donc tributaire d'un certain nombre de facteurs, dont les présumés motifs d'interdiction de territoire et le fait de savoir si la personne en cause est un résident permanent ou un étranger. En fait, dans l'arrêt *Cha*, la Cour a prévenu qu'elle ne traitait que des étrangers et qu'il se pouvait que des aspects différents s'appliquent aux résidents permanents. Il est possible, par exemple, que la portée du pouvoir discrétionnaire soit quelque peu plus étendue pour les résidents permanents que pour les étrangers en raison de leurs liens plus étroits avec le Canada. Je reviendrai à cette question au moment d'analyser la deuxième question soulevée dans le présent appel. Au bout du compte, toutefois, les agents et le ministre ou son délégué doivent toujours garder à l'esprit l'intention du législateur de faire de la sécurité une priorité essentielle (voir les alinéas 3(1)(h) et i) de la LIPR). La justification qui suit, présentée par la Cour dans l'arrêt *Cha* à l'appui d'un pouvoir discrétionnaire

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

[24] That being said, I am prepared to accept that the decisions to make a report and to subsequently refer it to the ID are not without significance. Considering that, once referred, the options of the ID appear to be very limited since it “shall make” a removal order if satisfied that the foreign national or the permanent resident is inadmissible, it would appear that the only discretion (albeit very limited) to prevent a foreign national or permanent resident from being removed rests with the immigration officer and the Minister or his delegate. As a result, I am prepared to accept that this factor favours a heightened level of procedural fairness.

[25] As for the nature of the statutory scheme and the importance of the decision, *Baker* teaches us that greater procedural protections will generally be required in cases where “no appeal procedure is provided within the statute, or when the decision is determinative of the issue and further requests cannot be submitted” (at paragraph 24). It is noteworthy that preparing a report under subsection 44(1) and referring it to the ID pursuant to subsection 44(2) does not necessarily entail removal. For instance, one may apply to the Minister for an exemption on humanitarian and compassionate grounds (IRPA, section 25) upon the issuance of a deportation order, an opportunity which the appellant availed himself of. A pre-removal risk assessment

restreint, semble s'appliquer avec une force égale aux étrangers comme aux résidents permanents [au paragraphe 37] :

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

[24] Cela dit, je suis disposé à accepter que les décisions de rédiger un rapport et de le renvoyer par la suite à la SI ne sont pas dépourvues d'importance. Étant donné que, après le renvoi de ce rapport, les options dont dispose la SI semblent très restreintes puisqu'elle « rend » la décision de prendre une mesure de renvoi si elle est convaincue que l'étranger ou le résident permanent est interdit de territoire, il semble que le seul pouvoir discrétionnaire (quoique très restreint) d'empêcher qu'un étranger ou un résident permanent soit renvoyé repose entre les mains de l'agent d'immigration et du ministre ou de son délégué. Je suis donc disposé à admettre que ce facteur milite en faveur d'un degré accru d'équité procédurale.

[25] Quant à la nature du régime législatif et à l'importance de la décision, l'arrêt *Baker* nous enseigne qu'il est généralement nécessaire d'adopter des mesures de protection procédurale accrues dans les cas où « la loi ne prévoit aucune procédure d'appel, ou lorsque la décision est déterminante quant à la question en litige et qu'il n'est plus possible de présenter d'autres demandes » (au paragraphe 24). Il est utile de signaler que le fait de rédiger un rapport en vertu du paragraphe 44(1) et de le renvoyer à la SI conformément au paragraphe 44(2) n'implique pas forcément un renvoi. Ainsi, il est possible de demander au ministre une dispense pour considérations d'ordre humanitaire (article 25 de la LIPR) à la suite de la prise d'une mesure

(IRPA, section 112) is another option available in such circumstances. Both of these processes allow for the provision of additional submissions that will be taken into account by the particular decision maker. The subsection 44(1) report, the subsection 44(2) referral, and the ID's removal order are thus not necessarily determinative of whether the appellant will be removed from Canada, given the possibility of seeking relief via other provisions of the Act. While these decisions are important in the sense that they trigger the process that may ultimately strip the appellant of his permanent residency, they are of no immediate and practical consequence for the appellant.

[26] If a legitimate expectation is said to exist, it will generally attract heightened procedural fairness requirements. The doctrine of legitimate expectation requires particular attention to the promises or regular practices of administrative decision makers, in recognition of the fact that it is generally unfair to act in contravention of representations as to procedure, or to backtrack on substantive promises (*Baker*, at paragraph 26). In that respect, the appellant points to Immigration Manual ENF 5 (Writing 44(1) Reports) (the Manual) to show that he had a legitimate expectation in having the Officer's inadmissibility report disclosed to him prior to the Minister's delegate's review. Section 11.3 of that Manual states as follows:

Wherever possible, an officer who writes a report must also provide a copy of that report to the person concerned. The officer must make all reasonable efforts to locate this person, and all steps and actions taken to do so should be clearly indicated on the person's file.

...

It is accepted in the context of natural justice that persons who are reported under A44(1) should fully understand both the case against them, and the nature and purpose of the report.

[27] Unfortunately the Manual is of no assistance to the appellant. Not only is that kind of governmental

d'expulsion, une possibilité dont l'appellant s'est prévalu. Une évaluation des risques avant renvoi (article 112 de la LIPR) est une autre option possible dans de telles circonstances. Ces deux voies permettent de présenter d'autres observations que le décideur particulier prendra en considération. Le rapport fondé sur le paragraphe 44(1), le renvoi fondé sur le paragraphe 44(2) et la mesure de renvoi de la SI ne déterminent donc pas nécessairement si l'appellant sera renvoyé du Canada, vu la possibilité d'obtenir une mesure corrective en recourant à d'autres dispositions de la Loi. Ces décisions sont importantes en ce sens qu'elles déclenchent le processus qui, en définitive, peut dépouiller l'appellant de son statut de résident permanent, mais elles n'ont pour ce dernier aucune conséquence immédiate et pratique.

[26] S'il est dit qu'une attente légitime existe, celle-ci commandera habituellement des exigences accrues en matière d'équité procédurale. La doctrine des attentes légitimes requiert que l'on fasse particulièrement attention aux promesses ou aux pratiques habituelles des décideurs administratifs, en reconnaissance du fait qu'il est généralement inéquitable d'agir en contravention d'assurances données en matière de procédures, ou de revenir sur des promesses matérielles (*Baker*, au paragraphe 26). À cet égard, l'appellant se reporte au Guide de l'immigration ENF 5 (Rédaction des rapports en vertu du L44(1)) (le Guide) pour montrer qu'il s'attendait légitimement à ce que le rapport d'interdiction de territoire de l'agente lui soit communiqué avant que le délégué du ministre procède à son examen. Voici ce qu'indique la section 11.3 du Guide :

Dès que cela est possible, l'agent qui rédige un rapport doit aussi fournir une copie de ce rapport à la personne concernée. Il doit faire tous les efforts raisonnables pour localiser l'intéressé et indiquer au dossier toutes les démarches et mesures prises à cette fin.

[...]

Il est admis dans le contexte de « justice naturelle » que les personnes qui feront l'objet [d'un] rapport en vertu du L44(1) devraient parfaitement comprendre les allégations faites contre elles et la nature et les objectifs du rapport.

[27] Malheureusement, le Guide n'est d'aucun secours pour l'appellant. Non seulement ce genre de ligne

guideline not binding on courts (see, for ex., *Cha*, at paragraph 15), but there is no evidence that the appellant relied on this Manual or that he was promised an earlier disclosure of the inadmissibility report. Moreover, the procedure outlined in the Manual does not support the appellant's position. First, it does not specify when the report should be disclosed. Further, the purpose of the disclosure is to ensure that the persons reported understand the case they have to meet before the ID, and not to make further submissions before the Minister or his delegate. This understanding of the Manual is borne out by Immigration Manual ENF 6 (Review of Reports under A44(1)) (Manual ENF 6), according to which "participatory rights will be given only once to the person concerned at the 44(1) stage" (see section 5.1, at page 16).

[28] Finally, IRPA itself does not set out any particular procedure to be followed in making a report and referring it to the ID. Parliament has left the procedure to be followed to the decision maker. In the Manual, however, Citizenship and Immigration Canada has elected to give the affected person an opportunity to provide written or oral submissions along with letters of support. The Manual also requires that permanent residents be informed of the criteria against which their case is being assessed, and of the possible outcome if the case is referred to the ID, including the possibility of no appeal rights to the IAD. As stated in *Baker*, a certain level of deference must be showed to the procedural choices of the decision maker (paragraph 27).

[29] Balancing all of these factors, I am of the view that the duty of fairness is clearly not at the high end of the spectrum in the context of decisions made pursuant to subsections 44(1) and (2). Even assuming that a permanent resident is entitled to a somewhat higher degree of participatory rights than a foreign national as a result of a greater establishment in Canada leading to more serious consequences in the event of removal, I am satisfied that the process followed in this case satisfies the requirements of procedural fairness. Prior to the decision to make a report, the appellant was interviewed, given a letter setting out the nature of the decision to be made,

directrice gouvernementale ne saurait lier les tribunaux (voir, par exemple, l'arrêt *Cha*, au paragraphe 15), mais il n'existe aucune preuve que l'appellant s'est fondé sur ce document ou qu'on a promis de lui communiquer plus tôt le rapport d'interdiction de territoire. De plus, la procédure exposée dans le Guide n'étaye pas la position de l'appellant. Premièrement, ce document ne précise pas quand le rapport doit être communiqué. En outre, la communication a pour objet de veiller à ce que les personnes visées par le rapport comprennent la preuve qu'elles doivent réfuter devant la SI, et non de soumettre d'autres observations au ministre ou à son délégué. Cette interprétation du Guide est confirmée par le Guide de l'immigration ENF 6 (L'examen des rapports établis en vertu de la L44(1)) (le Guide ENF 6), selon lequel « les droits participatifs ne seront accordés qu'une fois à l'intéressé, à l'étape du 44(1) » (voir la section 5.1, à la page 17).

[28] Enfin, la LIPR même n'énonce aucune procédure particulière à suivre pour ce qui est d'établir un rapport et de le renvoyer à la SI. Le législateur a laissé au décideur le soin de déterminer la marche à suivre. Cependant, dans le Guide, Citoyenneté et Immigration Canada a choisi de donner à la personne en cause la possibilité de soumettre des observations écrites ou orales, de même que des lettres d'appui. Le Guide exige aussi que l'on informe les résidents permanents des critères par rapport auxquels leur dossier est évalué, ainsi que de l'issue possible si ce dossier est renvoyé à la SI, y compris la possibilité de ne pas avoir de droits d'appel devant la SAI. Comme il a été indiqué dans l'arrêt *Baker*, il convient de respecter les choix de procédure que fait le décideur (au paragraphe 27).

[29] Après avoir soupesé la totalité de ces facteurs, je suis d'avis que l'obligation d'équité ne se situe manifestement pas à l'extrémité supérieure du continuum dans le contexte des décisions qui sont prises en application des paragraphes 44(1) et (2) de la Loi. Même en tenant pour acquis qu'un résident permanent a un degré quelque peu supérieur de droits de participation par rapport à un étranger parce que le fait de s'être établi davantage au Canada entraîne des conséquences plus sérieuses en cas de renvoi, je suis convaincu que le processus qui a été suivi en l'espèce satisfait aux exigences de l'équité procédurale. Avant que l'on décide d'établir un rapport,

and advised that he would have no right to appeal the removal order if one was issued by the ID. He was also invited to make written submissions and to provide letters of support, and he availed himself of these options. The submissions and supporting documents he presented were considered by the officer. Bearing in mind that the decisions to write a report and to refer it to the ID do not involve a final determination of the appellant's rights to stay in Canada, as was the case in *Baker*, I have no doubt that the appellant was afforded the kind of participatory rights that decisions of this nature warrant.

[30] I agree with the Judge, in particular, that there is no duty to provide the subsection 44(1) inadmissibility report to the person concerned prior to the subsection 44(2) referral decision. To be meaningful, such a duty would have to entail a right of response by the appellant, whereby he could only replicate the submissions already made to the immigration officer. It is to apprise the person concerned of the case to be met before the ID and to allow for an application for judicial review that the report is shared, not to have a second kick at the can before the Minister on the basis of the same information already considered and assessed by the officer.

[31] The jurisprudence of the Federal Court on this point appears to have unanimously rejected the appellant's thesis (see, for example, *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3 (*Hernandez* 2005), at paragraphs 70–72; *Lee v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 158, 54 Imm. L.R. (3d) 145, at paragraphs 31–33; *Spencer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 990, 298 F.T.R. 267 (*Spencer*), at paragraphs 18–20; *Hernandez v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 725, 325 F.T.R. 108, at paragraphs 24–26; *Chand v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 548, at paragraph 26; *Tran v.*

il y a eu un entretien avec l'appelant, et celui-ci a reçu une lettre décrivant la nature de la décision à prendre et on l'a informé qu'il n'aurait aucun droit d'appel si la SI prenait à son endroit une mesure de renvoi. On l'a également invité à présenter des observations écrites et des lettres d'appui, et il s'est prévalu de ces deux options. Les observations et les documents à l'appui qu'il a présentés ont été examinés par l'agente. Tout en gardant à l'esprit que les décisions de rédiger un rapport et de le renvoyer à la SI ne constituent pas une décision définitive quant au droit qu'a l'appelant de rester au Canada, comme cela a été le cas dans l'arrêt *Baker*, il n'y a aucun doute dans mon esprit que l'on a accordé à l'appelant le genre de droits de participation que justifient les décisions de cette nature.

[30] Je conviens avec le juge de première instance, en particulier, qu'il n'y a aucune obligation de fournir à la personne en cause le rapport d'interdiction de territoire établi en vertu du paragraphe 44(1) avant qu'il soit décidé de renvoyer l'affaire en vertu du paragraphe 44(2). Pour être significative, une telle obligation devrait comporter un droit de réponse de la part de l'appelant, réponse dans laquelle celui-ci ne pourrait que réitérer les observations déjà faites à l'agent d'immigration. C'est pour informer la personne en cause de la preuve qu'elle doit réfuter devant la SI et lui donner la possibilité de présenter une demande de contrôle judiciaire que le rapport est communiqué, et non pour lui donner une seconde chance devant le ministre, en se fondant sur les mêmes informations que l'agent a déjà prises en compte et appréciées.

[31] La jurisprudence de la Cour fédérale sur ce point semble rejeter unanimement la thèse de l'appelant (voir, par exemple, la décision *Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 429, [2016] 1 R.C.F. 3 (la décision *Hernandez* 2005), aux paragraphes 70 à 72; la décision *Lee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 158, aux paragraphes 31 à 33; la décision *Spencer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 990 (la décision *Spencer*), aux paragraphes 18 à 20; la décision *Hernandez c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2007 CF 725, aux paragraphes 24 à 26; la décision *Chand c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 548, au

Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2009 FC 1078, at paragraphs 20–27; *Qureshi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 238, 6 Imm. L.R. (4th) 241, at paragraphs 15–16).

[32] The only cases that counsel for the appellant could muster in support of his theory (*Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 49, [2001] 3 F.C. 3; *Haghighi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 407, (2000), 189 D.L.R. (4th) 268 (C.A.)) are taken from other types of administrative processes, namely in the public danger opinion process and in the disposition of a humanitarian application.

[33] The case review of recommendations prior to the public danger opinion or the internal risk opinion triggered by a humanitarian application are of a different nature and cannot be analogized to the report and the referral envisaged by subsections 44(1) and (2). I agree with the respondent that the inadmissibility report and the case highlights are more in the nature of *pro forma* documents, whose essential purpose is to list relevant information from the file (revolving around the criminal conviction and related objective facts) and to provide a brief rationale for the officer's actions and recommendation. They are clearly distinguishable from case review recommendations in the context of public danger opinion and internal risk opinions, which are more akin to advocacy tools.

[34] All of the relevant cases from the Federal Court stress that a relatively low degree of participatory rights is warranted in the context of subsections 44(1) and (2), and that procedural fairness does not require the officer's report to be put to the person concerned for a further opportunity to respond prior to the subsection 44(2) referral to the ID. To the extent that the person is informed of the facts that have triggered the process is given the opportunity to present evidence and to make submissions, is interviewed after having been told of the

paragraphe 26; la décision *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CF 1078, aux paragraphes 20 à 27; la décision *Qureshi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 238, aux paragraphes 15 et 16).

[32] Les seules décisions que l'avocat de l'appelant a pu réunir à l'appui de sa théorie (*Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 49, [2001] 3 C.F. 3; *Haghighi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 407 (C.A.)) sont tirées d'autres types de processus administratifs, c'est-à-dire dans le contexte de l'avis de danger pour le public et dans celui du règlement d'une demande fondée sur des considérations d'ordre humanitaire.

[33] L'examen des décisions mettant en cause des recommandations formulées avant l'avis de danger pour le public ou l'avis de risque intérieur que déclenche une demande fondée sur des considérations d'ordre humanitaire montre que ces décisions sont de nature différente et ne peuvent pas être comparées au rapport et au renvoi qu'envisagent les paragraphes 44(1) et (2). Je conviens avec l'intimé que le rapport d'interdiction de territoire et les faits marquants de l'affaire ressemblent davantage à des documents *pro forma*, dont l'objet essentiel est d'énumérer des informations pertinentes extraites du dossier (à propos de la déclaration de culpabilité au criminel et des faits objectifs connexes) ainsi que de justifier brièvement les mesures prises et la recommandation formulée par l'agente. Ces éléments se distinguent nettement d'une revue de recommandations formulées dans le contexte d'un avis de danger pour le public et d'un avis de risque intérieur, qui ressemblent davantage à des outils de plaidoyer.

[34] Il ressort de toutes les décisions pertinentes de la Cour fédérale qu'il est justifié d'accorder un degré relativement faible de droits de participation dans le contexte des paragraphes 44(1) et (2), et que l'équité procédurale n'exige pas que l'on communique le rapport de l'agent à la personne en cause pour lui donner une autre possibilité de répondre avant que l'affaire soit déférée à la SI en vertu du paragraphe 44(2). Dans la mesure où la personne est informée des faits qui ont déclenché le processus, a la possibilité de présenter des

purpose of that interview and of the possible consequences, is offered the possibility to seek assistance from counsel, and is given a copy of the report before the admissibility hearing, the duty of fairness will have been met. As emphasized by Justice L'Heureux-Dubé in *Baker* [at paragraph 22]:

.... underlying all these factors is the notion that the purpose of the participatory rights contained within the duty of procedural fairness is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.

[35] Counsel for the appellant, nevertheless, submits that even if there is no general duty on the respondent to disclose a report prior to its referral to the ID by the Minister or his delegate, there are factors in this case which militate in favour of such a duty. These factors are: (1) the best interests of a child are engaged; (2) the appellant was intentionally given a reduced sentence by a Queen's Bench judge so that he could appeal to the IAD; (3) the appellant at the time of sentencing had appeal rights from a removal order to the IAD; and (4) the appellant lost his appeal rights to the IAD because of timing of both the written report and the referral to an admissibility hearing.

[36] In my view, none of these factors are germane to the level of participatory rights owed to the appellant and certainly do not serve to heighten the duty of procedural fairness owed in the circumstances.

[37] Even assuming that the best interests of the appellant's child ought to be considered when deciding to make a report and then to refer it for an admissibility hearing, I fail to see how this could have an impact on the narrow issue at stake in this proceeding, that is, whether he was entitled to receive the officer's report (including the highlights report) prior to the decision of

éléments de preuve et de faire des observations, obtient un entretien après qu'on lui a fait part de l'objet de cette mesure et des conséquences possibles, a la possibilité de demander l'assistance d'un avocat et reçoit un exemplaire du rapport avant la tenue de l'enquête, on satisfait aux exigences de l'obligation d'équité. Comme l'a souligné la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker* [au paragraphe 22] :

[...] l'idée sous-jacente à tous ces facteurs est que les droits de participation faisant partie de l'obligation d'équité procédurale visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leurs points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu'ils soient considérés par le décideur.

[35] L'avocat de l'appellant soutient néanmoins que, même s'il n'y a aucune obligation générale de la part de l'intimé de communiquer un rapport avant que le ministre ou son délégué renvoie l'affaire à la SI, il y a, dans la présente affaire, des facteurs qui militent en faveur d'une telle obligation. Ces facteurs sont les suivants : 1) l'intérêt supérieur d'un enfant est en jeu; 2) l'appelant a bénéficié délibérément d'une peine réduite infligée par un juge du Banc de la Reine pour qu'il puisse interjeter appel auprès de la SAI; 3) au moment du prononcé de la peine, l'appelant bénéficiait du droit d'interjeter appel d'une mesure de renvoi devant la SAI; 4) l'appelant a perdu son droit d'appel devant la SAI à cause du moment où le rapport écrit a été produit et celui où l'affaire a été renvoyée en vue de la tenue d'une enquête.

[36] À mon avis, aucun de ces facteurs n'est pertinent pour ce qui est du degré de droits de participation que l'on doit à l'appelant et ne sert certes pas à rehausser l'obligation d'équité procédurale dont il convient de faire preuve dans les circonstances.

[37] Même en présumant qu'il faudrait prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant de l'appelant au moment de décider d'établir un rapport et de renvoyer ensuite celui-ci en vue de la tenue d'une enquête, je ne vois pas quelle incidence cela pourrait avoir sur la question restreinte qui est en jeu en l'espèce, soit celle de savoir si l'appelant était en droit de recevoir le

the Minister to refer the matter to the ID. The only factor in the *Baker* analysis that could be impacted by the presence of a child is the importance of the decision to be made on the appellant. Yet, as previously noted, the decisions to make a report and to refer it to the ID are administrative in nature, and do not translate to any change in status for the appellant. Only the ID can make a removal order in this case, and the appellant has a number of other recourses available to him before actually being removed from the country (applications for judicial review of the report, of the referral and of the ID decisions, a pre-removal risk assessment, and an H&C application). Even if I were to find that the best interests of the appellant's child could remotely be affected by the decisions made pursuant to subsections 44(1) and (2), which would somewhat increase the importance of those decisions, I am not convinced that they would tip the balance in the overall analysis required by *Baker* to mandate additional procedural requirements (i.e., the opportunity to respond prior to the subsection 44(2) referral) in a process that is already eminently fair and transparent.

[38] The three other factors raised by the appellant are closely linked and will be addressed together. The first thing that ought to be said is that Parliament's decision to lower the threshold for serious criminality under section 64 and to limit the right of appeal is not sufficient, in and of itself, to raise the bar of the procedural fairness requirements to be followed in those procedures. Prior to the legislative change, the duty of fairness for those without appeal rights (i.e., those sentenced to a term of imprisonment of more than two years) did not include the right to obtain the officer's report and to make representations at the referral stage. The fact that Parliament has decided to draw the cut-off line at six months instead of two years is of no import in determining the participatory rights of the persons concerned. Indeed, Parliament turned its mind to the temporal application of its amendment and softened its impact by determining that persons whose referral to the ID was

rapport de l'agente (y compris le rapport énonçant les faits marquants) avant que le ministre décide de renvoyer l'affaire à la SI. Le seul facteur dont il est question dans l'analyse faite dans l'arrêt *Baker* et qui pourrait être touché par la présence d'un enfant est l'importance de la décision à rendre pour l'appellant. Toutefois, comme il a été mentionné plus tôt, les décisions d'établir un rapport et de le renvoyer à la SI sont de nature administrative, et ne mènent à aucun changement au statut de l'appellant. Seule la SI peut prendre une mesure de renvoi en l'espèce, et l'appellant peut se prévaloir d'un certain nombre d'autres recours avant d'être effectivement renvoyé du pays (demandes en vue de soumettre à un contrôle judiciaire le rapport, le renvoi et les décisions de la SI, une évaluation de risques avant renvoi, de même qu'une demande fondée sur des considérations d'ordre humanitaire). Même si j'en venais à conclure que les décisions prises aux termes des paragraphes 44(1) et (2) pourraient avoir une vague incidence sur l'intérêt supérieur de l'enfant de l'appellant, ce qui rehausserait quelque peu l'importance de ces décisions, je ne suis pas convaincu que cela ferait pencher la balance dans l'analyse globale qu'exige l'arrêt *Baker* pour prescrire des exigences procédurales additionnelles (c.-à-d. la possibilité de répondre avant que l'affaire soit renvoyée en vertu du paragraphe 44(2)) dans le cadre d'un processus qui est déjà éminemment équitable et transparent.

[38] Les trois autres facteurs que soulève l'appellant sont étroitement liés, et je les analyserai ensemble. La première chose qu'il convient de dire est que la décision du législateur d'abaisser le seuil de la grande criminalité que prévoit l'article 64 et de limiter le droit d'appel ne suffit pas, en soi, pour élever le seuil des exigences de l'équité procédurale auxquelles il est nécessaire de répondre dans ces procédures. Avant le changement législatif, l'obligation d'équité qui s'appliquait aux personnes sans droit d'appel (les personnes condamnées à une peine d'emprisonnement de plus de deux ans) ne comprenait pas le droit d'obtenir le rapport de l'agent et de faire des observations au stade du renvoi. Le fait que le législateur ait décidé de tracer la ligne de démarcation à six mois plutôt qu'à deux ans n'est d'aucune importance pour ce qui est de déterminer les droits de participation des personnes en cause. En fait, le législateur s'est penché sur la question de l'application

signed by the Minister or his delegate before June 19, 2013, regardless of the date the referral was sent to the ID, would not be caught by the new six-month limit and would be eligible to an appeal if their term of imprisonment was less than two years (see FRFCA, section 33). It is not for courts to vary the clear intention of Parliament and to remedy the alleged unfairness of its choice by stretching the requirements of procedural fairness beyond its accepted meaning and content.

[39] The fact that the sentencing judge purposely sentenced the appellant to two years less a day to allow him to appeal a potential removal order can be of no consequence in delineating the confines of the procedural fairness requirements in the present instance. First of all, the conviction and sentencing of the appellant in a criminal court is an entirely separate process from the immigration procedure. The choices made by the criminal court judge within the exercise of her discretion cannot have any repercussions on the duties owed by the respondent to the appellant pursuant to a statute enacted for entirely different purposes. Moreover, it is clear that the sentencing judge would not have been able to design a sentence allowing for an appeal to the IAD, had the amendment to subsection 64(2) of IRPA been adopted at the time she ordered the sentence. Her review of the jurisprudence led her to the conclusion that the appropriate range of sentence for sexual assault was two to three years of imprisonment. Accordingly, reducing the lower threshold of this range by one day to avoid the impact of a stiffer sentence on the appellant's immigration status did not make the sentence disproportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. The same could not be said, however, of a reduction from two years to six months. As the Supreme Court stated in *R. v. Pham*, 2013 SCC 15, [2013] 1 S.C.R. 739 [at paragraphs 13–16]:

temporelle de sa modification et en a adouci l'effet en déterminant que les personnes dont le renvoi du dossier à la SI avait été signé par le ministre ou son délégué avant le 19 juin 2013, indépendamment de la date de l'envoi du renvoi à la SI, ne tomberaient pas sous le coup de la nouvelle limite de six mois et seraient en droit d'interjeter appel si leur période d'emprisonnement était inférieure à deux ans (voir l'article 33 de la LARCE). Il n'appartient pas aux tribunaux de modifier l'intention explicite du législateur et de remédier à l'injustice alléguée de son choix en étirant les exigences de l'équité procédurale au-delà du contenu et du sens qu'on lui reconnaît.

[39] Le fait que la juge chargée de la détermination de la peine ait condamné à dessein l'appelant à une peine de deux ans moins un jour afin qu'il puisse porter en appel une éventuelle mesure de renvoi n'est d'aucune conséquence pour ce qui est de délimiter les exigences en matière d'équité procédurale qui s'appliquent en l'espèce. Tout d'abord, la déclaration de culpabilité de l'appelant suivie de sa condamnation devant une cour criminelle est un processus tout à fait distinct de la procédure d'immigration. Les choix qu'a faits la juge de la cour criminelle dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ne peuvent se répercuter sur les obligations de l'intimé envers l'appelant sous le régime d'une loi qui a été adoptée à des fins tout à fait différentes. De plus, il est évident que la juge chargée de la détermination de la peine n'aurait pas pu concevoir une peine prévoyant la tenue d'un appel devant la SAI si la modification apportée au paragraphe 64(2) de la LIPR avait été adoptée à l'époque où elle avait imposé cette peine. Son examen de la jurisprudence l'a amenée à conclure que l'éventail approprié des peines pour agression sexuelle était de deux à trois ans d'emprisonnement. En conséquence, le fait de réduire d'un jour le seuil inférieur de cet éventail en vue d'éviter l'impact d'une peine plus sévère sur le statut d'immigrant de l'appelant n'a pas eu pour effet de rendre la peine disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. On ne pourrait toutefois pas dire la même chose d'une réduction de peine de deux ans à six mois. Comme l'a déclaré la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Pham*, 2013 CSC 15, [2013] 1 R.C.S. 739 [aux paragraphes 13 à 16] :

Therefore, collateral consequences related to immigration may be relevant in tailoring the sentence, but their significance depends on and has to be determined in accordance with the facts of the particular case.

The general rule continues to be that a sentence must be fit having regard to the particular crime and the particular offender. In other words, a sentencing judge may exercise his or her discretion to take collateral immigration consequences into account, provided that the sentence that is ultimately imposed is proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

The flexibility of our sentencing process should not be misused by imposing inappropriate and artificial sentences in order to avoid collateral consequences which may flow from a statutory scheme or from other legislation, thus circumventing Parliament's will.

These consequences must not be allowed to dominate the exercise or skew the process either in favour of or against deportation. Moreover, it must not lead to a separate sentencing scheme with a *de facto* if not a *de jure* special range of sentencing options where deportation is a risk.

[40] Finally, the appellant submits that he would have had a right to appeal had it not been for the delay in completing the report and the referral. Without imputing any wrongdoing or bad faith on the respondent, the appellant contends that the mere fact that the respondent could have reported and referred the appellant to the ID before June 19, 2013 means that the timing of these decisions determined whether the appellant could appeal.

[41] Once again, this is not a relevant factor in determining the scope of procedural fairness owed in this instance. I agree with the Judge that the CBSA was most probably not aware of the appellant's sentencing in the eight days prior to the legislative change taking place, and it cannot seriously be argued that not reporting and referring the appellant to an admissibility hearing within five business days constitutes the kind of inordinate delay that would heighten the scope of

Pour ces raisons, les conséquences indirectes en matière d'immigration peuvent être pertinentes pour fixer adéquatement la peine, mais leur importance dépend des faits particuliers de chaque affaire et doit être déterminée en fonction de ceux-ci.

La règle générale demeure : la peine doit être juste eu égard au crime commis et au délinquant concerné. Autrement dit, le juge qui détermine la peine peut exercer son pouvoir discrétionnaire et tenir compte des conséquences indirectes en matière d'immigration, pourvu que la peine qui est infligée en définitive reste proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

La souplesse que permet notre processus de détermination de la peine ne doit pas donner lieu à l'infliction de peines inappropriées et artificielles dans le but d'éviter les conséquences indirectes susceptibles de découler d'un régime législatif ou autre texte de loi donné et, ainsi, d'éluider la volonté du législateur.

Il ne faut pas permettre que ces conséquences dominent dans la détermination de la peine ou encore aient pour effet de dénaturer ce processus, et ce, que ce soit en faveur ou à l'encontre de l'expulsion. Qui plus est, elles ne doivent pas conduire à l'établissement d'un régime distinct de détermination de la peine qui serait assorti, dans les faits sinon en droit, d'une fourchette spéciale de décisions applicables dans les cas où l'expulsion constitue un risque.

[40] Enfin, soutient l'appelant, n'eût été le temps mis pour établir le rapport et procéder au renvoi, il aurait bénéficié d'un droit d'appel. Sans imputer à l'intimé une faute ou une mauvaise foi quelconque, l'appelant prétend que le simple fait que ce dernier aurait pu établir le rapport et renvoyer l'appelant à la SI avant le 19 juin 2013 signifie que c'est le moment où ces décisions ont été prises qui a déterminé la question de savoir si l'appelant pouvait interjeter appel ou non.

[41] Là encore, il ne s'agit pas d'un facteur pertinent pour ce qui est de déterminer la portée de l'obligation d'équité procédurale en l'espèce. Je conviens avec le juge de première instance que l'ASFC n'était fort probablement pas au courant de la déclaration de culpabilité de l'appelant dans les huit jours précédant le changement législatif, et l'on ne peut pas faire valoir avec sérieux que le fait de ne pas établir un rapport et de ne pas renvoyer l'appelant à une enquête dans un délai

procedural fairness owed in this case. There is absolutely no evidence (nor was the argument made) that the respondent intentionally sat on the case with a view to deprive the appellant of a right to appeal. Even if it were the case, granting more participatory rights to the appellant and allowing him to make further representations before the report is referred would clearly not be the appropriate measure to be taken; procedural rights are meant to ensure fairness and transparency, not to sanction misbehaviour from government officials. And I would venture to add, once more, that it is not for the judiciary to thwart Parliament's intention and to extend the breadth of transitional provisions. Parliament could have chosen, for transitional purposes, the sentencing date as the cut-off date instead of the date on which the referral decision is signed by the Minister or his delegate. It has not seen fit to do so, and courts should not interfere with this policy choice.

[42] For all of the foregoing reasons, I am therefore of the view that the Judge correctly concluded that the process followed was procedurally fair, that the appellant was provided with all the participatory rights that his situation entails, and that the respondent was not required to disclose the inadmissibility report prior to the referral decision.

B. The scope of discretion under section 44

[43] Relying on the use of the word “may” in subsection 44(1) (as opposed to “shall” in the previous version of IRPA) and on legislative history, counsel for the appellant made a powerful argument (as he did before the Judge) that officers have broad discretion to consider personal or mitigating circumstances in deciding to make an inadmissibility report and are not bound to make such a report as soon as the objective facts set out in subsection 36(1) (i.e., the conviction for an offence punishable by a maximum term of imprisonment of at least ten years or for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed) are ascertained.

de moins de cinq jours ouvrables constitue le genre de retard excessif qui rehausserait en l'espèce la portée de l'obligation d'équité procédurale. Il n'y a absolument aucune preuve (pas plus que cet argument n'a été invoqué) que l'intimé a délibérément retardé l'affaire dans le but de priver l'appelant d'un droit d'appel. Et même si c'était le cas, le fait d'accorder plus de droits de participation à l'appelant et de l'autoriser à formuler d'autres observations avant le renvoi du rapport ne serait manifestement pas la mesure qu'il conviendrait de prendre; les droits procéduraux sont conçus pour garantir l'équité et la transparence, et non pour sanctionner la conduite répréhensible d'un fonctionnaire. Et j'irais jusqu'à ajouter, une fois de plus, qu'il n'appartient pas à la magistrature de contrecarrer l'intention du législateur et d'étendre la portée de dispositions transitoires. Le législateur aurait pu choisir, comme mesure de transition, la date de la détermination de la peine comme date butoir, plutôt que celle à laquelle la décision de procéder à un renvoi est signée par le ministre ou son délégué. Il n'a pas jugé bon de le faire, et les tribunaux n'ont pas à intervenir dans ce choix de principe.

[42] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis donc d'avis que le juge de première instance a conclu avec raison que le processus suivi a été équitable du point de vue procédural, que l'appelant a bénéficié de tous les droits de participation que permet sa situation et que l'intimé n'était pas tenu de communiquer le rapport d'interdiction de territoire avant qu'il soit décidé de procéder au renvoi de l'affaire.

B. La portée du pouvoir discrétionnaire que prévoit l'article 44

[43] S'appuyant sur l'utilisation du verbe « peut » au paragraphe 44(1) (par opposition à la formule impérative employée dans la version antérieure de la LIPR) ainsi que sur l'historique législatif, l'avocat de l'appelant a invoqué (comme il l'avait fait devant le juge de première instance) le puissant argument qui suit : les agents ont le vaste pouvoir discrétionnaire de prendre en considération des circonstances personnelles ou atténuantes au moment de décider de rédiger un rapport d'interdiction de territoire et ils ne sont pas tenus de produire un tel rapport aussitôt que sont établis les faits objectifs énoncés au paragraphe 36(1) (c.-à-d. le fait

According to counsel, the *quid pro quo* when the government adopted IRPA and limited the right of appeal of permanent residents was to confer on officers the discretion to consider H&C grounds that were formerly assessed by the Board.

[44] The scope of the discretion that can be exercised pursuant to section 44 has divided the Federal Court, and the Judge below found as much. One line of cases, exemplified by such decisions as *Correia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 782, 253 F.T.R. 153; *Leong v. Canada (Solicitor General)*, 2004 FC 1126, 256 F.T.R. 298; and *Richter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 806, [2009] 1 F.C.R. 675, affd by 2009 FCA 73, adopted a narrow interpretation of section 44 and determined that officers have no discretion to consider factors beyond an individual's alleged inadmissibility. Conversely, another series of decisions adopted a broader approach and held that officers have a wide enough discretion to consider the personal circumstances of an individual, in addition to the facts underlying the alleged inadmissibility (see, for example, *Hernandez* 2005; *Spencer*; and *Faci v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FC 693).

[45] The Judge was clearly sympathetic to this latter approach, and I note that the respondent also acknowledged a limited discretion to consider personal or mitigating factors. Indeed, the Manual suggests the following factors that should be considered before deciding to write a report: (1) whether a decision on rehabilitation is imminent in minor criminality cases; (2) prior convictions and involvement in criminal or organized criminal activities; (3) maximum sentence that could have been imposed; (4) the sentence imposed; (5) the circumstances of the particular incident under

d'être déclaré coupable d'une infraction punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé). Aux dires de l'avocat, quand le gouvernement a adopté la LIPR et restreint le droit d'appel des résidents permanents, la contrepartie a consisté à conférer aux agents le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération des considérations d'ordre humanitaire que la Commission a antérieurement appréciées.

[44] La portée du pouvoir discrétionnaire qu'il est possible d'exercer aux termes de l'article 44 est une question qui divise la Cour fédérale, et c'est la conclusion à laquelle est arrivé le juge de première instance. Dans une série d'affaires, illustrées par des décisions telles que *Correia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 782; *Leong c. Canada (Solliciteur général)*, 2004 CF 1126; *Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 806, [2009] 1 R.C.F. 675, conf. par 2009 CAF 73, une interprétation restrictive de l'article 44 a été adoptée et il a été conclu que les agents n'avaient pas le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération des facteurs qui allaient au-delà de l'allégation d'interdiction de territoire d'une personne. À l'inverse, dans une autre série de décisions, une approche plus large a été adoptée et il a été conclu que les agents avaient un pouvoir discrétionnaire suffisamment vaste pour prendre en considération la situation personnelle d'une personne, en plus des faits qui sous-tendaient l'allégation d'interdiction de territoire (voir, par exemple, les décisions *Hernandez* 2005; *Spencer*; et *Faci c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CF 693).

[45] Le juge de première instance a été manifestement sensible à cette dernière approche, et je signale que l'intimé a lui aussi reconnu l'existence du pouvoir discrétionnaire restreint de prendre en considération des facteurs personnels ou atténuants. En fait, le Guide suggère de prendre en compte les facteurs suivants avant de décider de rédiger un rapport : 1) dans le cas d'un délit mineur, si une décision concernant la réadaptation est imminente; 2) les déclarations de culpabilité antérieure et une implication dans des activités criminelles ou liées au crime organisé; 3) la peine maximale qui

consideration; and (6) whether the conviction involved violence or drugs.

[46] Similarly, Manual ENF 6 lists the following factors that may be considered when deciding whether to refer a report to the ID: (1) age at time of landing; (2) length of residence, location of family support and responsibilities; (3) conditions in home country; (4) degree of establishment; (5) prior convictions and involvement in criminal or organized crime activities; (6) history of non-compliance and current attitude; (7) seriousness of the offence; and (8) sentence imposed and maximum sentence that could have been imposed. These policy manuals, while not binding, certainly suggest that officers making a report and the Minister or his delegate in deciding to refer the report to the ID are not constrained by the mere verification of a conviction and/or term of imprisonment.

[47] The Judge did not commit an overriding and palpable error, however, in deciding not to rule definitively on this issue in light of the fact that the decision makers in this case did in fact consider personal or mitigating factors. The record shows that the appellant was invited to make submissions in writing on a variety of considerations, including his age at the time he became a permanent resident, the length of time he has been in Canada, the location of his family support and his related responsibilities, his degree of establishment in Canada (work, language, community involvement), and any other relevant factors. The appellant availed himself of that opportunity, submitting letters of support and his own handwritten submissions. The appellant was also interviewed by the officer. In her report, the officer stated that “all information on file and provided by Mr. SHARMA” was taken into consideration (appeal book, at page 41).

[48] In those circumstances, I agree with the Judge that the appellant has no basis to complain about the

aurait pu être imposée; 4) la peine imposée; 5) les circonstances de l’incident examiné; 6) si la déclaration de culpabilité incluait des éléments de violence ou des drogues.

[46] Dans le même ordre d’idées, le Guide ENF 6 énumère les facteurs qui peuvent être pris en compte au moment de décider s’il convient de renvoyer un rapport à la SI : 1) l’âge au moment de l’établissement; 2) la durée de la résidence, ainsi que la provenance du soutien familial et les responsabilités; 3) les conditions dans le pays d’origine; 4) le degré d’établissement; 5) les déclarations de culpabilité antérieures et l’implication dans des activités criminelles ou liées au crime organisé; 6) les antécédents en matière de non-conformité et l’attitude actuelle; 7) la gravité de l’infraction commise; 8) la peine infligée et la peine maximale qui aurait pu être infligée. Ces guides, bien que non contraignants, dénotent à coup sûr que les agents, quand ils rédigent un rapport, et le ministre ou son délégué, quand il décide de renvoyer le rapport à la SI, ne sont pas astreints à vérifier simplement une déclaration de culpabilité et/ou une période d’emprisonnement.

[47] Cependant, le juge de première instance n’a pas commis d’erreur manifeste et dominante en décidant de ne pas se prononcer de manière définitive sur cette question au vu du fait que, dans la présente affaire, les décideurs avaient effectivement pris en compte des facteurs personnels ou atténuants. Il ressort du dossier que l’appelant a été invité à présenter des observations par écrit sur diverses questions, dont l’âge qu’il avait au moment où il avait acquis le statut de résident permanent, le temps depuis lequel il se trouvait au Canada, la provenance de son soutien familial et ses responsabilités connexes, son degré d’établissement au Canada (travail, langue, engagement dans la collectivité), ainsi que d’autres facteurs pertinents. L’appelant s’est prévalu de cette possibilité, en fournissant des lettres d’appui ainsi que ses propres observations manuscrites. Il a aussi eu un entretien avec l’agente. Dans son rapport, celle-ci a déclaré que [TRADUCTION] « toutes les informations au dossier et fournies par M. SHARMA » ont été prises en considération (dossier d’appel, à la page 41).

[48] Dans ces circonstances, je conviens avec le juge de première instance que l’appelant n’a aucune raison

scope of the mandate adopted by the officer since he received the most favourable approach. The appellant's submissions in this respect are therefore academic, and a determination of the precise extent of an officer's discretion would have no bearing on the outcome of this case. Therefore, it is preferable to leave this issue for another day, and in particular whether a person concerned is entitled to a full scale H&C analysis at the stage of the inadmissibility report.

C. The best interests of the child

[49] The appellant submits that the officer was not alive, attentive or sensitive to the interests of his son, and relies for that assertion on the highlights report where the only mention of his child is to the effect that “[h]e [the appellant] is recently divorced and his ex-wife lives with his son in Calgary” (appeal book, at page 39). According to the appellant, these reasons do not reflect the best interests of his child and must therefore be taken to illustrate how little consideration was given to that primary consideration.

[50] The problem with this submission is that the appellant did not provide much evidence to the officer with respect to the best interests of his son. In his handwritten nine-page letter to the officer, the appellant barely devoted but a mere few lines to his son and his representations consisted mainly of the fact that he loved his son and that he intended to move to Calgary to improve his access to him. Apart from this letter, the only other references to his son are found in letters from an aunt and a cousin, who asserted that the appellant loves his son and cannot live without him. Tellingly, the appellant failed to make any submissions as to how his eventual deportation would impact his son. The least that can be said is that the officer had very little to work with.

[51] In those circumstances, I agree with the Judge that the appellant has no one but himself to blame if the officer did not have more to say about his son. Even assuming that the best interests of a child is a proper factor to be taken into consideration when deciding whether or not to make a report, the officer was left to

de se plaindre de la portée du mandat que l'agente a adopté, car il a bénéficié de l'approche la plus favorable. Les observations de l'appellant à cet égard sont donc théoriques, et le fait de déterminer l'étendue précise du pouvoir discrétionnaire d'un agent n'aurait aucune incidence sur l'issue de l'affaire. Il est donc préférable de laisser à un autre jour l'examen de cette question et, en particulier, celle de savoir si une personne en cause a droit à une analyse des considérations d'ordre humanitaire en bonne et due forme au stade du rapport d'interdiction de territoire.

C. L'intérêt supérieur de l'enfant

[49] L'appellant soutient que l'agente n'a pas été réceptive, attentive ou sensible à l'intérêt de son fils, et il se fonde à cet égard sur le rapport des faits marquants, où la seule mention qui est faite de son fils est la suivante : [TRADUCTION] « Il [l'appellant] est divorcé depuis peu et son ex-épouse vit avec son fils à Calgary » (dossier d'appel, à la page 39). Selon lui, ces raisons ne reflètent pas l'intérêt supérieur de son enfant, et il faut donc considérer qu'elles illustrent le peu de considération que l'on a accordé à cet aspect primordial.

[50] Le problème que présente cet argument est que l'appellant n'a pas fourni à l'agente beaucoup d'éléments de preuve sur l'intérêt supérieur de son fils. Dans la lettre manuscrite de neuf pages qu'il lui a transmise, l'appellant consacre à peine quelques lignes à son fils, et ses observations ont consisté principalement à dire qu'il aimait son fils et qu'il avait l'intention de déménager à Calgary pour avoir un meilleur accès à lui. À part cette lettre, les seules autres références à son fils se trouvent dans les lettres d'une tante et d'un cousin, qui affirment que l'appellant aime son fils et ne peut pas vivre sans lui. Il est révélateur que l'appellant ait omis de dire quoi que ce soit sur l'effet qu'aurait son éventuelle expulsion sur son fils. Le moins que l'on puisse dire c'est que l'agente disposait de peu d'éléments.

[51] Dans ces circonstances, je conviens avec le juge de première instance que l'appellant ne peut blâmer nul autre que lui si l'agente n'a eu rien à dire de plus sur son fils. Même en présumant que l'intérêt supérieur d'un enfant est un facteur dont il convient de tenir compte pour décider s'il y a lieu de rédiger un rapport ou pas,

speculate as to the potential impact of the appellant's removal on his son. The decision of the Judge on that score was therefore entirely reasonable.

V. Conclusion

[52] For all of the above reasons, I would dismiss the appeal. The parties have not sought costs and therefore none will be awarded. I would answer the certified question as follows:

Question: Does the duty of fairness require that a report issued under [sub]section 44(1) of the IRPA be provided to the affected person before the case is referred to the Immigration Division under [sub]section 44(2)?

Answer: The duty of fairness does not require the transmission of an inadmissibility report to the affected person before a decision is made by the Minister or his delegate to refer that report to the Immigration Division pursuant to subsection 44(2), provided that such a report is communicated to the affected person before the hearing of the Immigration Division.

NADON J.A.: I agree.

RENNIE J.A.: I agree.

l'agente en a été réduite à formuler des hypothèses quant à l'effet possible du renvoi de l'appelant sur son fils. La décision du juge de première instance à cet égard est donc tout à fait raisonnable.

V. Conclusion

[52] Pour tous les motifs qui précèdent, je rejeterais l'appel. Les parties n'ont pas demandé de dépens, et aucuns ne seront donc adjugés. Je répondrais de la manière suivante à la question certifiée :

Question : l'obligation d'agir avec équité exige-t-elle que le rapport établi en vertu du paragraphe 44(1) de la LIPR soit communiqué à la personne en cause avant que l'affaire ne soit déferée à la Section de l'immigration en vertu du paragraphe 44(2)?

Réponse : l'obligation d'agir avec équité n'exige pas que l'on transmette un rapport d'interdiction de territoire à la personne en cause avant que le ministre ou son délégué décide de déférer l'affaire à la Section de l'immigration en vertu du paragraphe 44(2), à la condition que ce document soit communiqué à la personne en cause avant l'audience de la Section de l'immigration.

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

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