

A-265-00
2001 FCA 378

A-265-00
2001 CAF 378

Sriskanthan Krishnapillai (*Appellant*)

Sriskanthan Krishnapillai (*appellant*)

v.

c.

Her Majesty the Queen and The Minister of Citizenship and Immigration (*Respondents*)

Sa Majesté la Reine et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (*intimés*)

INDEXED AS: KRISHNAPILLAI v. CANADA (C.A.)

RÉPERTORIÉ: KRISHNAPILLAI c. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Richard C.J., Décary and Noël J.J.A.—
Montréal, November 20; Ottawa, December 6, 2001.

Cour d'appel, juge en chef Richard et juges Décary et Noël, J.C.A.—Montréal, 20 novembre; Ottawa, 6 décembre 2001.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Immigration Inquiry Process — Appellant, permanent resident originally recognized as Convention refugee, ordered deported as danger to public — Application for leave to file judicial review application on ground administrative process under Immigration Act, s. 53(1) unconstitutional denied without reasons — Prothonotary striking out subsequent action raising same issue, plus issue of constitutionality of leave requirement in s. 82.1 — In dismissing appeal, Motions Judge holding s. 82.1 could not be attacked on basis infringed Convention on Status of Refugees, Arts. 16, 32 because those provisions not incorporated into domestic law — Art. 16 granting refugees “free access to courts of law” — Art. 32 prohibiting expulsion of Convention refugee except on grounds of national security or public order, and then only in accordance with due process of law — While not incorporated into domestic law, Canadian legislation implicitly not at odds with those provisions — Art. 16 implicitly recognizing refugees subject to procedures available in country in which have habitual residence — Not imposing on state obligation to make available to refugees most favourable procedures that can be put in place — Leave requirement usual procedure in Canadian law and accepted form of access to courts of country — No suggestion in Canada refugees not having free access to leave requirement procedure within meaning of Convention.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — L'appellant, résident permanent reconnu à l'origine comme réfugié au sens de la Convention, a vu une mesure d'expulsion prononcée contre lui parce qu'il constituait un danger pour le public — Sa demande d'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire au motif que le processus administratif prévu par l'art. 53(1) de la Loi sur l'immigration, était inconstitutionnel s'est soldée par un rejet non motivé — Le protonotaire avait radié une action subséquente soulevant le même point, outre le point qui contestait la constitutionnalité de l'obligation d'obtenir une autorisation, en application de l'art. 82.1 — Rejetant l'appel, le juge des requêtes a estimé que l'art. 82.1 ne pouvait être contesté en raison de sa présumée incompatibilité avec les art. 16 et 32 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, parce que ces articles n'avaient pas été incorporés dans le droit interne — L'art. 16 donne aux réfugiés «libre et facile accès devant les tribunaux» — L'art. 32 de la Convention interdit l'expulsion de réfugiés au sens de la Convention si ce n'est pour des motifs de sécurité nationale ou d'ordre public, et alors uniquement d'une manière conforme à la procédure prévue par la loi — Bien que la Convention ne soit pas incorporée dans le droit interne, la législation canadienne n'est pas, du moins implicitement, contraire à ces dispositions — L'art. 16 reconnaît implicitement que les réfugiés sont soumis aux procédures en vigueur dans le pays où ils ont leur résidence habituelle — Il n'impose pas à l'État l'obligation d'offrir aux réfugiés les procédures les plus favorables qui puissent être mises en place — La procédure de demande d'autorisation est une procédure courante en droit canadien et elle est une forme acceptée d'accès aux tribunaux du pays — Il n'a pas été avancé qu'au Canada les réfugiés n'ont pas le libre accès à la procédure de demande d'autorisation selon ce que prévoit la Convention.

Practice — Res Judicata — Appeal from dismissal of appeal from Prothonotary's decision striking out action challenging constitutionality of Immigration Act, ss. 53(1), 82.1 — Motions

Pratique — Res judicata — Appel dirigé contre le rejet d'un appel à l'encontre de la décision d'un protonotaire qui avait radié une action contestant la constitutionnalité des art. 53(1)

Judge holding F.C.A. already decided s. 82.1 consistent with Charter, ss. 7, 12, constitutionality of s. 53 res judicata — For doctrine of issue estoppel to apply, same question must have been actually decided in first proceeding; must be clear from facts same issue decided; issue out of which estoppel said to arise must have been fundamental to decision arrived at in earlier proceeding — Decision re: leave not decision on merit — Particularly with respect to constitutional issue, judgment denying leave to seek judicial review without reasons not deciding issues raised by applicant on merit with certainty required by doctrine of res judicata.

Practice — Pleadings — Motion to Strike — Appeal from dismissal of appeal from Prothonotary's decision striking out statement of claim — Application for leave to file judicial review application on ground administrative process under Immigration Act, s. 53(1) unconstitutional denied — Action subsequently commenced raising same issue, and also challenging constitutionality of leave requirement in s. 82.1 — S. 82.1 providing no appeal from judgment denying leave — Parliament clearly intending to put end to challenge of determination under Immigration Act at early stage — Where leave denied, commencement of action raising issue that could have been raised in leave application indirect attempt to circumvent intent of Parliament and collateral attack on judgment denying leave — Appeal dismissed on ground action abuse of process.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Appeal from dismissal of appeal from Prothonotary's decision striking out action challenging constitutionality of Immigration Act, s. 82.1 on ground F.C.A. already holding consistent with Charter, ss. 7, 12 — S. 82.1 imposing requirement to obtain leave before commencing application for judicial review — Not imposing obligation to give reasons for denying leave — Judicial decisions not subject to requirement of giving formal reasons — Nothing in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) importing such requirement with respect to judicial decisions denying leave to seek judicial review — Attack on constitutionality of leave requirement prescribed by s. 82.1 had no chance of success.

et 82.1 de la Loi sur l'immigration — Le juge des requêtes a estimé que la C.A.F. avait déjà décidé que l'art. 82.1 était conforme aux art. 7 et 12 de la Charte et que la question de la constitutionnalité de l'art. 53 était chose jugée — Pour que s'applique le principe de la préclusion pour question déjà tranchée, le même point doit avoir été effectivement décidé dans le premier procès; il doit ressortir clairement des faits que ce point a bien été décidé; l'élément à l'origine de la préclusion doit avoir été au cœur de la décision rendue dans le premier procès — Une décision qui accorde l'autorisation ou qui la refuse ne constitue pas une décision quant au fond — Surtout devant une question constitutionnelle, un jugement non motivé refusant l'autorisation de demander un contrôle judiciaire n'est pas un jugement dont on pourrait dire qu'il dispose quant au fond des points soulevés par le demandeur et qu'il en dispose avec le niveau de persuasion qui s'attache au principe de l'autorité de la chose jugée.

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Appel dirigé contre le rejet d'un appel à l'encontre de la décision d'un protonotaire qui avait radié une déclaration — La demande d'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire au motif que le processus administratif prévu par l'art. 53(1) de la Loi sur l'immigration, était inconstitutionnel a été rejetée — Une procédure a par la suite été introduite qui soulevait le même point, et qui contestait aussi la constitutionnalité de l'obligation d'obtenir une autorisation, en application de l'art. 82.1 — L'art. 82.1 prévoit qu'il ne peut être interjeté appel d'un jugement refusant l'autorisation — Le législateur fédéral avait manifestement l'intention de mettre un terme rapidement à la contestation d'une décision prise en vertu de la Loi sur l'immigration — Lorsque l'autorisation est refusée, l'introduction d'une instance soulevant un point qui aurait pu être soulevé dans la demande d'autorisation est une tentative indirecte de contourner la volonté du législateur et une contestation furtive du jugement qui a refusé l'autorisation — Appel rejeté parce que l'action constituait un abus de la procédure.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel dirigé contre le rejet d'un appel à l'encontre de la décision d'un protonotaire qui avait radié une action contestant la constitutionnalité de l'art. 82.1 de la Loi sur l'immigration, au motif que la C.A.F. avait déjà décidé que l'art. 82.1 était conforme aux art. 7, 12 de la Charte — L'art. 82.1 requiert d'obtenir une autorisation avant que ne soit introduite une demande de contrôle judiciaire — Il n'impose pas l'obligation de motiver le rejet de la demande d'autorisation — Lorsqu'ils rendent leurs décisions, les tribunaux ne sont pas tenus d'exposer des motifs en bonne et due forme — Les attendus de l'arrêt Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) n'emportent pas une telle obligation pour les décisions judiciaires où est refusée l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire — La contestation de la constitutionnalité du

This was an appeal from the Motions Judge's dismissal of an appeal from the Prothonotary's decision striking out the statement of claim. The appellant, who had been recognized as a Convention refugee, but subsequently became a permanent resident, was ordered deported on the basis that he was a danger to the public. He sought leave under *Immigration Act*, section 82.1 to file a judicial review application with respect to the Minister's finding that he was a danger to the public. The principal issue raised therein was whether the administrative process under subsection 53(1) was unconstitutional. Leave was denied without reasons. The appellant then commenced an action again challenging the constitutionality of subsection 53(1) and adding a challenge to the constitutionality of the leave requirement in section 82.1. The Prothonotary allowed a motion to strike the statement of claim. The Motions Judge dismissed the appeal therefrom on the grounds that the Federal Court of Appeal had already decided that section 82.1 was consistent with Charter, sections 7 and 12; section 82.1 could not be attacked on the basis that it infringed Convention on the Status of Refugees, Articles 16 and 32 because those sections had not been incorporated into domestic law; and the constitutionality of section 53 is *res judicata*. Article 16 grants refugees "free access to courts of law" in the sense of granting refugees the right to sue and to be sued in the courts of law of a Contracting state and to enjoy, when suing or being sued in the Contracting state in which he has his habitual residence, the same treatment as a national including legal assistance when available to nationals. Article 32 prohibits the expulsion of a Convention refugee except on grounds of national security or public order, and then only in accordance with due process of law.

Held, the appeal should be dismissed on the ground that the statement of claim was properly struck out as an abuse of the process of the Court and did not raise any reasonable cause of action.

For the doctrine of issue estoppel to apply, the same question must have been actually decided in the first proceeding. It must be clear from the facts that the question has indeed been decided, and the issue out of which the estoppel is said to arise must have been fundamental to the decision arrived at in the earlier proceeding. There must be no doubt that the decision could not have been made without that issue

principe de la demande d'autorisation dont il est question à l'art. 82.1 n'avait aucune chance de succès.

Il s'agissait d'un appel formé contre la décision d'un juge des requêtes de rejeter un appel à l'encontre de la décision d'un protonotaire qui avait radié la déclaration. L'appelant avait été reconnu réfugié au sens de la Convention, mais il était par la suite devenu résident permanent. Son expulsion du Canada fut ordonnée parce qu'il constituait un danger pour le public. Il a demandé, en application de l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration*, l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la conclusion du ministre selon laquelle il constituait un danger pour le public. Le point principal soulevé dans la demande d'autorisation mettait en doute la constitutionnalité du processus administratif prévu par le paragraphe 53(1). La demande d'autorisation s'est soldée par un rejet non motivé. L'appelant a alors introduit une instance où il contestait encore une fois la constitutionnalité du paragraphe 53(1), mais également la constitutionnalité de l'obligation d'obtenir une autorisation, en application de l'article 82.1. Le protonotaire a fait droit à une requête en radiation de la déclaration. Le juge des requêtes a rejeté l'appel formé contre la décision du protonotaire, au motif que la Cour d'appel fédérale avait déjà décidé que l'article 82.1 était conforme aux articles 7 et 12 de la Charte; l'article 82.1 ne pouvait pas être contesté en raison de sa présumée incompatibilité avec les articles 16 et 32 de la Convention relative au statut des réfugiés, parce que ces articles n'avaient pas été incorporés dans le droit interne; et la question de la constitutionnalité de l'article 53 était chose jugée. L'article 16 accorde aux réfugiés «libre et facile accès devant les tribunaux», en ce sens qu'il donne à tout réfugié le droit d'agir en demande et en défense devant les cours de justice d'un État contractant et de bénéficier, lorsqu'il agit dans une action en demande ou en défense dans l'État contractant où il a sa résidence habituelle, du même traitement qu'un national de cet État, y compris l'assistance judiciaire dans les cas où elle est offerte aux nationaux. L'article 32 interdit l'expulsion d'un réfugié au sens de la Convention, si ce n'est pour des motifs de sécurité nationale ou d'ordre public, et alors uniquement en conformité avec la procédure prévue par la loi.

Arrêt: l'appel doit être rejeté, au motif que la déclaration a été valablement radiée, car elle constituait un abus de la procédure et ne révélait aucune cause d'action valable.

Pour que s'applique le principe de la préclusion pour question déjà tranchée, le même point doit avoir été effectivement décidé dans le premier procès. Il doit ressortir clairement des faits que ce point a bien été décidé, et l'élément à l'origine de la préclusion doit avoir été au cœur de la décision rendue dans le premier procès. Il ne doit faire aucun doute que la décision n'aurait pu être rendue sans que cet

being addressed and actually decided. The issue in a leave application is whether a fairly arguable case has been made. Once leave has been granted, the issue is whether the case has been made. It could not be said, for the purpose of the doctrine of *res judicata*, that the two issues were unequivocally similar. A decision granting or denying leave is not a decision on the merit of any given issue. Particularly with respect to a constitutional issue, a judgment denying leave to seek judicial review without reasons does not decide the issues raised by the applicant on their merit with such certainty, as required by the doctrine of *res judicata*, as to preclude the examination of the merit of these issues in a different sort of legitimate proceeding.

The constitutional issue was raised through the application for leave to seek judicial review along with other issues. Section 82.1 provides that there is no appeal from a judgment denying leave. Parliament clearly intended to put an end to the challenge of a determination made under the *Immigration Act* at an early stage. Where leave is denied, the commencement of an action raising an issue that was or could have been raised in the leave application is an indirect attempt to circumvent the intent of Parliament and a collateral attack on the judgment denying leave. This was an abuse of the process of the Court.

The Motions Judge correctly found that Articles 16 and 32 of the Convention Relating to the Status of Refugees had not been incorporated into domestic law. Those provisions, however, are still relevant. International norms were examined by the Court in *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* and Canadian legislation was found, at least implicitly, not to be at odds with these norms. Article 16 implicitly recognizes that refugees are subject to the procedures available in the country in which they have their habitual residence. It does not impose on the state the obligation to make available to refugees because they are refugees the most favourable procedures that can be put in place. The right to apply for leave is a right of access to the courts. Leave requirement is a usual procedure in Canadian law and it is, in Canadian terms, an accepted form of access to the courts of the country. No suggestion was made that in Canada refugees do not have free access to the leave requirement procedure within the meaning of the Convention.

It was not clear that Article 32 relates to the judicial review process available once a decision is made to expel a refugee. If it does, there is no doubt that the leave requirement accords

élément ne soit considéré et véritablement réglé. Dans une demande d'autorisation, il s'agit de savoir si un argument un tant soit peu défendable a été invoqué. Une fois l'autorisation accordée, il s'agit de savoir si le bien-fondé de l'argument a été démontré. On ne saurait dire, s'agissant du principe de l'autorité de la chose jugée, que les deux propositions sont absolument les mêmes. Une décision qui accorde l'autorisation ou qui la refuse ne constitue pas une décision quant au fond. Surtout devant une question constitutionnelle, un jugement non motivé refusant l'autorisation de demander un contrôle judiciaire n'est pas un jugement dont on peut dire qu'il dispose quant au fond des points soulevés par le demandeur et qu'il en dispose avec le niveau de persuasion qui s'attache au principe de l'autorité de la chose jugée, de telle sorte que sera empêché l'examen du bien-fondé des points en question dans un autre procès légitime.

La question constitutionnelle a été soulevée en même temps que d'autres questions à la faveur de la demande d'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire. L'article 82.1 prévoit qu'il ne peut être interjeté appel d'un jugement refusant l'autorisation. L'intention du législateur était manifestement de mettre un terme rapidement à la contestation d'une décision prise en vertu de la *Loi sur l'immigration*. Lorsque l'autorisation est refusée, l'introduction d'une instance soulevant un point qui a été soulevé ou aurait pu être soulevé dans la demande d'autorisation est une tentative indirecte de contourner la volonté du législateur et une contestation furtive du jugement qui a refusé l'autorisation. Il s'agit là d'un abus de la procédure.

Le juge des requêtes a eu raison de dire que les articles 16 et 32 de la Convention relative au statut des réfugiés n'avaient pas été intégrés dans le droit interne. Toutefois, ces dispositions sont quand même pertinentes. Les normes internationales ont été considérées par la Cour dans l'arrêt *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, et la législation canadienne a été jugée, du moins implicitement, conforme aux normes en question. L'article 16 reconnaît implicitement que les réfugiés sont soumis aux procédures en vigueur dans le pays où ils ont leur résidence habituelle. Il n'impose pas à l'État l'obligation d'offrir aux réfugiés, parce qu'ils sont des réfugiés, les procédures les plus favorables qui puissent être mises en place. Le droit de demander une autorisation est un droit d'ester en justice. La procédure de demande d'autorisation est une procédure courante en droit canadien et elle est, en des termes canadiens, une forme acceptée d'accès aux tribunaux du pays. Il n'a pas été avancé qu'au Canada les réfugiés n'ont pas le libre accès à la procédure de demande d'autorisation selon ce que prévoit la Convention.

Il n'était pas sûr que l'article 32 se rapporte à la procédure de contrôle judiciaire qui est applicable après que la décision est prise d'expulser un réfugié. Si effectivement il se rapporte

with due process of the law. The only novel issue raised in this appeal with respect to the constitutionality of the leave requirement is the failure to impose an obligation to give reasons when denying leave. Judicial decisions are not subject to the requirements of giving formal reasons, and nothing which was said in *Baker* with respect to the requirement that in certain circumstances reasons be provided for administrative decisions, led to the import of such a requirement with respect to judicial decisions denying leave to seek judicial review. The attack on the constitutionality of the leave requirement prescribed by section 82.1 had no chance of success.

à cette procédure, alors il ne fait aucun doute que le principe de la demande d'autorisation s'accorde avec la procédure prévue par la loi. Le seul point inédit soulevé dans cet appel au regard de la constitutionnalité du principe de la demande d'autorisation est l'absence d'une obligation de motiver un refus d'autorisation. Lorsqu'ils rendent leurs décisions, les tribunaux ne sont pas tenus d'exposer des motifs en bonne et due forme, et les attendus de l'arrêt *Baker* sur la nécessité de motiver dans certains cas les décisions administratives n'emportent en aucune façon une telle obligation pour les décisions judiciaires où est refusée l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire. La contestation de la constitutionnalité du principe de la demande d'autorisation dont il est question à l'article 82.1 n'avait aucune chance de succès.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221(1)(a),(b), (f).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16), 53(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43; 1995, c. 15, s. 12), 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73).

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172.

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Arts. 16, 32.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Bains v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (1990), 47 Admin. L.R. 317; 109 N.R. 239 (F.C.A.); *Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 596 (C.A.) (QL); *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 164 N.R. 1; *Paul v. The Queen*, [1960] S.C.R. 452; (1960), 127 C.C.C. 129; 34 C.R. 110.

CONSIDERED:

Metodieva v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1991), 132 N.R. 38 (F.C.A.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 592; (2000), 18 Admin. L.R. (3d) 159; 5 Imm. L.R. (3d) 1; 252 N.R. 1 (C.A.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T.Can. n° 6, art. 16, 32.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1), 53(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 12), 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172.

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 221(1)a, b), f).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1990), 47 Admin. L.R. 317; 109 N.R. 239 (C.A.F.); *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 596 (C.A.) (QL); *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 164 N.R. 1; *Paul v. La Reine*, [1960] R.C.S. 452; (1960), 127 C.C.C. 129; 34 C.R. 110.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Metodieva c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1991), 132 N.R. 38 (C.A.F.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 592; (2000), 18 Admin. L.R. (3d) 159; 5 Imm. L.R. (3d) 1; 252 N.R. 1 (C.A.).

REFERRED TO:

Angle v. M.N.R., [1975] 2 S.C.R. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397; *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639; (1979), 103 D.L.R. (3d) 1; 14 C.P.C. 264; 30 N.R. 316; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219; (1987), 43 D.L.R. (4th) 1; 28 Admin. L.R. 239; 87 CLLC 14,045; 78 N.R. 201; 9 Q.A.C. 161.

AUTHORS CITED

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Toronto: Butterworths, 2000.

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva, January 1992.

Weis, Paul, ed. *The Refugee Convention, 1951*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

APPEAL from a Motions Judge's dismissal of an appeal from a Prothonotary's decision striking out the statement of claim challenging the constitutionality of *Immigration Act*, subsection 53(1) and section 82.1 after leave had been denied to file a judicial review application of the Minister's finding that the appellant was a danger to the public. Appeal dismissed on the ground that the statement of claim was properly struck out as an abuse of process of the Court, and did not raise any reasonable cause of action.

APPEARANCES:

Pia Zambelli for appellant.
Michel Pépin for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Joseph W. Allen, Montréal, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

DÉCISIONS CITÉES:

Angle c. M.R.N., [1975] 2 R.C.S. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397; *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639; (1979), 103 D.L.R. (3d) 1; 14 C.P.C. 264; 30 N.R. 316; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219; (1987), 43 D.L.R. (4th) 1; 28 Admin. L.R. 239; 87 CLLC 14,045; 78 N.R. 201; 9 Q.A.C. 161.

DOCTRINE

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Toronto: Butterworths, 2000.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. Genève, janvier 1992.

Weis, Paul, ed. *The Refugee Convention, 1951*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

APPEL dirigé contre la décision d'un juge des requêtes de rejeter un appel à l'encontre de la décision d'un protonotaire qui avait radié la déclaration contestant la constitutionnalité du paragraphe 53(1) et de l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration*, après qu'avait été refusée l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire de la conclusion du ministre selon laquelle l'appelant constituait un danger pour le public. Appel rejeté, au motif que la déclaration avait été valablement radiée car elle constituait un abus de la procédure et ne révélait aucune cause d'action valable.

ONT COMPARU:

Pia Zambelli, pour l'appellant.
Michel Pépin, pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Joseph W. Allen, Montréal, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DÉCARY J.A.: The appellant was recognized as a Convention refugee in 1994. He became a permanent resident of Canada in 1996.

[2] He was ordered deported from Canada in 1999 pursuant to paragraph 53(1)(d) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43; 1995, c. 15, s. 12] of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] (the Act) on the basis that he was a danger to the public in Canada.

[3] He sought leave, under section 82.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the Act, to file a judicial review application with respect to the Minister's finding under subsection 27(1) [as am. *idem*, s. 16] of the Act that he was a danger to the public. The principal issue raised in the application for leave was whether the administrative process under subsection 53(1) of the Act was unconstitutional. Issues relating to the reasonableness of the Minister's finding were also raised. Leave was denied on September 30, 1999, without reasons.

[4] On November 26, 1999, the appellant commenced an action, once again challenging the constitutionality of subsection 53(1) and adding a challenge to the constitutionality of the leave requirement in section 82.1 of the Act. The respondent filed a motion to strike the statement of claim in its entirety on the basis that it disclosed no reasonable cause of action, that it was immaterial or redundant and that it was an abuse of the process of the Court (paragraphs 221(1)(a), (b) and (f) of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106]).

[5] On February 7, 2000, the Prothonotary struck out the statement of claim.

[6] On April 17, 2000, the Motions Judge dismissed the appeal from the order of the Prothonotary in the following terms:

CONSIDERING that the Federal Court of Appeal has already decided that Section 82.1 of the *Act* is consistent with Sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: L'appelant a été reconnu réfugié au sens de la Convention en 1994. Il est devenu un résident permanent du Canada en 1996.

[2] Son expulsion du Canada a été ordonnée en 1999 conformément à l'alinéa 53(1)d) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 12] de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] (la Loi), parce qu'il constituait un danger pour le public au Canada.

[3] Il a demandé, en application de l'article 82.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la Loi, l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la conclusion du Ministre selon le paragraphe 27(1) [mod., *idem*, art. 16] de la Loi, conclusion selon laquelle il constituait un danger pour le public. Le point principal soulevé dans la demande d'autorisation mettait en doute la constitutionnalité du processus administratif prévu par le paragraphe 53(1) de la Loi. Était également soulevée la question de savoir si la conclusion du ministre était raisonnable. La demande s'est soldée par un rejet non motivé le 30 septembre 1999.

[4] Le 26 novembre 1999, l'appelant introduisait une instance où il contestait encore une fois la constitutionnalité du paragraphe 53(1), mais également la constitutionnalité de l'obligation d'obtenir une autorisation, en application de l'article 82.1 de la Loi. L'intimé déposa une requête en radiation de la déclaration dans son intégralité, au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action valable, qu'elle n'était pas pertinente ou était redondante et qu'elle constituait un abus de la procédure (alinéas 221(1)a), b) et f) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106]).

[5] Le 7 février 2000, le protonotaire radiait la déclaration.

[6] Le 17 avril 2000, le juge des requêtes rejetait dans les termes suivants l'appel interjeté contre l'ordonnance du protonotaire:

[TRADUCTION]

CONSIDÉRANT que la Cour d'appel fédérale a déjà jugé que l'article 82.1 de la *Loi* est conforme aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et

CONSIDERING that Section 82.1 cannot be attacked on the basis that it infringes Sections 16 and 32 of the 1951 Convention on the Status of Refugees, these sections have not been incorporated into domestic law and finally,

CONSIDERING that the issue of the constitutionality of Section 53 is *res judicata*, the plaintiff has failed to demonstrate that the decision rendered by Prothonotary Morneau is clearly wrong.

[7] I shall deal with the reasons of the Motions Judge in their reverse order.

The constitutionality of subsection 53(1) and *res judicata*

[8] Contrary to the Motions Judge, I would be reluctant to decide this question on the basis that the denial without reasons of an application for leave to seek judicial review gives rise to *estoppel* with respect to a constitutional issue raised in the application.

[9] For the doctrine of issue *estoppel* (as opposed to the doctrine of cause of action *estoppel*, which is not argued here) to apply, the same question must have been actually decided in the first proceeding. For the same question to have been actually decided in the first proceeding, it must be clear from the facts that the question has indeed been decided and the issue out of which the *estoppel* is said to arise must have been fundamental to the decision arrived at in the earlier proceeding. For the issue to have been fundamental to the earlier proceeding, there must be no doubt that the decision could not have been made without that issue being addressed and actually decided. There is no equivocal finding which can found issue *estoppel*. (See *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248; *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, Donald J. Lange, Butterworths, 2000, at page 38 ff.)

[10] It is true, as noted by Mahoney J.A. in *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317 (F.C.A.), at page 318, that in leave applications under section 82.1 of the *Immigration Act* “the only consideration is whether a fairly arguable case has been disclosed”. Yet, where there is a denial without reasons of a leave application,

CONSIDÉRANT que l'article 82.1 ne peut être contesté au motif qu'il contrevient aux articles 16 et 32 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, ces articles n'ont pas été incorporés dans le droit interne et finalement,

CONSIDÉRANT que la question de la constitutionnalité de l'article 53 est chose jugée, le demandeur n'a pas démontré que la décision rendue par le protonotaire Morneau est manifestement erronée.

[7] J'examinerai dans l'ordre inverse les motifs du juge des requêtes.

La constitutionnalité du paragraphe 53(1) et l'autorité de la chose jugée

[8] Contrairement au juge des requêtes, j'hésiterais à décider ce point pour le motif qu'un rejet non motivé d'une demande d'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire donne lieu à préclusion au regard d'une question constitutionnelle soulevée dans la demande.

[9] Pour que s'applique le principe de la préclusion pour question déjà tranchée (par opposition au principe de la préclusion pour identité de cause d'action, qui n'est pas débattu ici), le même point doit avoir été effectivement décidé dans le premier procès. Pour que le même point ait été effectivement décidé dans le premier procès, il doit ressortir clairement des faits que ce point a bien été décidé, et l'élément à l'origine de la préclusion doit avoir été au cœur de la décision rendue dans le premier procès. Pour que cet élément ait été au cœur du premier procès, il ne doit faire aucun doute que la décision n'aurait pu être rendue sans que cet élément ne soit considéré et véritablement réglé. Une conclusion discutable ne peut fonder une préclusion pour question déjà tranchée. (Voir l'arrêt *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248; *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, Donald J. Lange, Butterworths, 2000, aux pages 38 et suiv.)

[10] Il est vrai, comme l'a noté le juge Mahoney, J.C.A. dans l'arrêt *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317 (C.A.F.), à la page 318, que, dans les demandes d'autorisation selon l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration*, «le seul élément dont il faut tenir compte est de savoir si une cause défendable a été établie». Or,

there could be so many grounds, apart from those raised by the applicant, on which the judge may have relied for *estoppel* to be said to arise with respect to any given issue. Even, for example, where only one legal issue is raised, the judge might have been of the view that the facts did not support the issue raised or that the issue raised was not determinative of the case.

[11] The issue, in a leave application under the *Immigration Act*, is whether a fairly arguable case has been made. Once leave has been granted, the issue is whether the case has been made. One cannot say, for the purpose of the doctrine of *res judicata*, that the two issues are unequivocally similar. Neither a decision granting leave nor a decision denying leave may be said to be a decision on the merit of any given issue. I have yet to see either type of decision successfully invoked as authority for the proposition that the issues raised in a leave application have been actually decided one way or the other.

[12] The case of *Metodieva v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 132 N.R. 38 (F.C.A.) on which the respondent relies is authority for the proposition that the Court has no jurisdiction, once it has denied a leave application, to hear a leave application pertaining to the same matter. The decision in *Metodieva* was not based on *res judicata*.

[13] More to the point, perhaps, is a decision I made as a single judge in *Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 596 (C.A.) (QL). The respondent had suggested that where an application for leave to appeal raises an issue concerning the constitutional operability of a paragraph of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172], the applicant ought to give notice of the constitutional question under section 57 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)]. I had dismissed the suggestion in the following words [at paragraph 2]:

That suggestion is without merit. Section 57 requires a notice “where the constitutional validity, applicability or operability of . . . regulations . . . is in question before the

lorsqu’il y a rejet non motivé d’une demande d’autorisation, le juge peut s’être fondé sur une foule de raisons, outre celles invoquées par le demandeur, qui puissent donner lieu à préclusion au regard d’un élément donné. Par exemple, même si un seul point de droit est soulevé, le juge a pu être d’avis que les faits n’autorisaient pas le point soulevé ou que le point soulevé ne permettait pas de disposer du cas.

[11] Dans une demande d’autorisation selon la *Loi sur l’immigration*, il s’agit de savoir si un argument un tant soit peu défendable est invoqué. Une fois l’autorisation accordée, il s’agit de savoir si le bien-fondé de l’argument a été démontré. On ne saurait dire, s’agissant du principe de l’autorité de la chose jugée, que les deux propositions sont absolument les mêmes. Une décision qui accorde l’autorisation ou qui la refuse ne constitue pas une décision quant au fond. Je n’ai connaissance d’aucune décision d’octroi ou de refus dont on se soit autorisé pour prétendre que les points soulevés dans une demande d’autorisation ont été effectivement décidés dans un sens ou dans l’autre.

[12] L’arrêt *Metodieva c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1991), 132 N.R. 38 (C.A.F.), dont s’autorise l’intimé, permet d’affirmer que la Cour n’a pas compétence, après qu’elle a refusé une demande d’autorisation, pour statuer sur une demande d’autorisation se rapportant à la même affaire. L’arrêt rendu dans l’affaire *Metodieva* n’était pas fondé sur une exception de la chose jugée.

[13] Plus pertinente me semble-t-il est une décision que j’ai rendue à titre de juge unique dans l’affaire *Singh c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 596 (C.A.) (QL). L’intimé avait plaidé que, lorsqu’une demande d’autorisation d’appel met en cause l’effet, sur le plan constitutionnel, d’une disposition du *Règlement sur l’immigration de 1978* [DORS/78-172], le demandeur doit donner avis de la question constitutionnelle aux termes de l’article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19)]. J’avais rejeté dans les termes suivants cette manière de voir [au paragraphe 2]:

[TRADUCTION] Cette proposition n’a aucune valeur. L’article 57 requiert un avis «lorsque les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d’application, dont la validité,

Court. . .". In the application for leave to appeal, the Court is not being asked to adjudge the constitutional validity, applicability or operability of a law, but rather the Court is being asked to decide whether or not there is an arguable case to be heard by the Court. A notice of a constitutional question would be premature, if not presumptuous at this preliminary stage.

[14] I note that in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, Sopinka and Cory JJ., while dealing with interlocutory motions to stay proceedings, expressed the view, at page 337, that:

. . . a decision by an appellate court to grant leave on the merits indicates that serious questions are raised, but a refusal of leave in a case which raises the same issues cannot automatically be taken as an indication of the lack of strength of the merits.

[15] In *Paul v. The Queen*, [1960] S.C.R. 452, a decision referred to with approval by Chief Justice Laskin in *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639, Taschereau J. made the following observation at page 457:

It is furthermore my strong view, that a refusal by a Court of Appeal to grant leave to appeal is not tantamount to a dismissal of the appeal. It simply means that the right of appeal which does not exist as of right, but only by leave, never came into being. A judgment on an application for leave to appeal is *one judgment*, and the disposal of the case on its merits when leave has been granted is *another judgment*. The refusal by the Court of Appeal to grant leave is not a disposal of the case on its merits.

Taschereau J. was speaking on behalf of Abbott J. and his view on this matter was adopted at page 466 by Fauteux and Judson JJ.

[16] I appreciate that these views were expressed in a different legislative context and that they were not made in discussions pertaining to *res judicata*, but they reinforce my reluctance, particularly with respect to a constitutional issue, to rule that a judgment denying leave to seek judicial review without reasons is a judgment which can be said to decide the issues raised

l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour. . .». Dans la demande d'autorisation d'appel, la Cour n'est pas priée de statuer sur la validité, l'applicabilité ou l'effet d'une loi sur le plan constitutionnel, mais plutôt de décider s'il y a ou non une cause défendable justifiant la saisine de la Cour. Un avis de question constitutionnelle serait prématuré, sinon présomptueux, à ce stade préliminaire.

[14] J'observe que, dans l'arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, les juges Sopinka et Cory, qui examinaient des requêtes interlocutoires en suspension d'instance, ont exprimé l'avis, à la page 337, que:

[. . .] l'autorisation d'appel sur le fond qu'une cour d'appel accorde constitue une indication que des questions sérieuses sont soulevées, mais un refus d'autorisation dans un cas qui soulève les mêmes questions n'indique pas automatiquement que les questions de fond ne sont pas sérieuses.

[15] Dans l'arrêt *Paul v. The Queen*, [1960] R.C.S. 452, une décision citée avec approbation par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639, le juge Taschereau a fait l'observation suivante à la page 457:

[TRADUCTION]

Je suis d'ailleurs fermement d'avis que le refus d'une cour d'appel d'accorder l'autorisation d'appel n'équivaut pas à un rejet de l'appel. Un tel refus signifie simplement que le droit d'appel, qui n'est pas automatique mais résulte seulement d'une autorisation, n'a jamais existé. Un jugement qui dispose d'une demande d'autorisation d'appel *constitue un jugement*, et la décision qui dispose de l'affaire quant au fond après que l'autorisation a été accordée *constitue un autre jugement*. Le refus de la cour d'appel d'accorder l'autorisation ne dispose pas de l'affaire quant au fond.

Le juge Taschereau s'exprimait au nom du juge Abbott, et son avis sur ce point a été adopté à la page 466 par les juges Fauteux et Judson.

[16] Je sais que ces vues ont été exprimées dans un contexte législatif différent et qu'elles ne sont pas le résultat d'observations sur l'autorité de la chose jugée, mais elles renforcent mon hésitation, surtout devant une question constitutionnelle, à dire qu'un jugement non motivé refusant l'autorisation de demander un contrôle judiciaire est un jugement dont on pourrait dire qu'il

by the applicant on their merit with such certainty, as required by the doctrine of *res judicata*, as to preclude the examination of the merit of these issues in a different sort of legitimate proceeding.

[17] In the end, I prefer not to base my conclusion on the doctrine of *res judicata* and to rely, for the following reasons, on the abuse of the process of the Court.

[18] The constitutional issue was raised, as is mandated by section 82.1 of the Act, through the only process contemplated by Parliament to challenge the Minister's decision: an application for leave to seek judicial review. The issue was raised, one must assume, with the other issues that could be raised in order to challenge the decision of the Minister. Section 82.1 of the Act provides that there is no appeal from a judgment denying leave. The intent of Parliament was clearly to put an end to the challenge of a decision made under the *Immigration Act* at an early stage, i.e. as soon as leave was denied. Where leave is denied, the commencement of an action raising an issue that was or could have been raised in the leave application is an indirect attempt to circumvent the intent of Parliament and a collateral attack on the judgment denying leave. This is an abuse of the process of the Court.

[19] This conclusion disposes of the issue raised with respect to the constitutional validity of subsection 53(1). It could dispose, also, of the better part of the issues raised with respect to the constitutional validity of the leave requirement because, apart from the issue relating to the absence of reasons in denying leave which obviously could not have been raised prior to the decision denying leave, these issues could and should have been raised at the first opportunity, i.e. in the leave application. However, the argument was not made on that basis, and I shall treat the whole issue of the validity of the leave requirement under the following heading, as was done by the parties.

dispose quant au fond des points soulevés par le demandeur, et qu'il en dispose avec le niveau de persuasion qui s'attache au principe de l'autorité de la chose jugée, de telle sorte que sera empêché l'examen du bien-fondé des points en question dans un autre procès légitime.

[17] En définitive, je préfère ne pas fonder ma conclusion sur le principe de l'autorité de la chose jugée et m'en remettre, pour les motifs suivants, à la notion d'abus de la procédure.

[18] La question constitutionnelle a été soulevée, comme le prévoit l'article 82.1 de la Loi, à la faveur du seul processus envisagé par le législateur pour contester la décision du ministre: une demande d'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire. La question a été soulevée, on doit le présumer, en même temps que les autres questions qui pouvaient être soulevées pour contester la décision du ministre. L'article 82.1 de la Loi prévoit qu'il ne peut être interjeté appel d'un jugement refusant l'autorisation. L'intention du législateur était manifestement de mettre un terme rapidement, c'est-à-dire dès le refus d'autorisation, à la contestation d'une décision prise en vertu de la *Loi sur l'immigration*. Lorsque l'autorisation est refusée, l'introduction d'une instance soulevant un point qui a été soulevé ou aurait pu être soulevé dans la demande d'autorisation est une tentative indirecte de contourner la volonté du législateur et une contestation furtive du jugement qui a refusé l'autorisation. Il s'agit là d'un abus de la procédure.

[19] Cette conclusion dispose du point soulevé au regard de la validité constitutionnelle du paragraphe 53(1). Elle pourrait disposer aussi d'une bonne partie des points soulevés au regard de la validité constitutionnelle du principe de la demande d'autorisation, parce que, abstraction faite du point se rapportant à l'absence de motifs dans le refus d'autorisation, point qui à l'évidence n'aurait pu être soulevé avant la décision refusant l'autorisation, ces points auraient pu et auraient dû être soulevés à la première occasion, c'est-à-dire dans la demande d'autorisation. Toutefois, l'argument n'a pas été avancé sur cette base, et j'aborderai sous la rubrique suivante, comme l'ont fait les parties, la question tout entière de la validité du principe de la demande d'autorisation.

The constitutionality of the leave requirement under section 82.1 and articles 16 and 32 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (the Convention)

La constitutionnalité du principe de la demande d'autorisation, énoncé à l'article 82.1 de la Loi, et les articles 16 et 32 de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (la Convention)

[20] The first two grounds relied upon by the Motions Judge may be examined together.

[20] Les deux premières raisons de droit invoquées par le juge des requêtes peuvent être examinées ensemble.

[21] Articles 16 and 32 of the Convention read as follows:

[21] Les articles 16 et 32 de la Convention sont ainsi rédigés:

Article 16

Access to courts

1. A refugee shall have free access to the courts of law on the territory of all Contracting States.
2. A refugee shall enjoy in the Contracting State in which he has his habitual residence the same treatment as a national in matters pertaining to access to the Courts, including legal assistance and exemption from *cautio judicatum solvi*.
3. A refugee shall be accorded in the matters referred to in paragraph 2 in countries other than that in which he has his habitual residence the treatment granted to a national of the country of his habitual residence.

...

Article 32

Expulsion

1. The Contracting States shall not expel a refugee lawfully in their territory save on grounds of national security or public order.
2. The expulsion of such a refugee shall be only in pursuance of a decision reached in accordance with due process of law. Except where compelling reasons of national security otherwise require, the refugee shall be allowed to submit evidence to clear himself, and to appeal to and be represented for the purpose before competent authority or a person or persons specially designated by the competent authority.
3. The Contracting States shall allow such a refugee a reasonable period within which to seek legal admission into another country. The Contracting States reserve the right to apply during that period such internal measures as they may deem necessary.

[22] Counsel for the appellant concedes that these provisions have not been incorporated into Canadian domestic law. (I note that in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 592

Article 16

Droit d'ester en justice

1. Tout réfugié aura, sur le territoire des États Contractants, libre et facile accès devant les tribunaux.
2. Dans l'État Contractant où il a sa résidence habituelle, tout réfugié jouira du même traitement qu'un ressortissant en ce qui concerne l'accès aux tribunaux, y compris l'assistance judiciaire et l'exemption de la caution *judicatum solvi*.
3. Dans les États Contractants autres que celui où il a sa résidence habituelle, et en ce qui concerne les questions visées au paragraphe 2, tout réfugié jouira du même traitement qu'un national du pays dans lequel il a sa résidence habituelle.

[...]

Article 32

Expulsion

1. Les États Contractants n'expulseront un réfugié se trouvant régulièrement sur leur territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.
2. L'expulsion de ce réfugié n'aura lieu qu'en exécution d'une décision rendue conformément à la procédure prévue par la loi. Le réfugié devra, sauf si des raisons impérieuses de sécurité nationale s'y opposent, être admis à fournir des preuves tendant à le disculper, à présenter un recours et à se faire représenter à cet effet devant une autorité compétente ou devant une ou plusieurs personnes spécialement désignées par l'autorité compétente.
3. Les États Contractants accorderont à un tel réfugié un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays. Les États Contractants peuvent appliquer, pendant ce délai, telle mesure d'ordre interne qu'ils jugeront opportune.

[22] L'avocate de l'appellant reconnaît que ces dispositions n'ont pas été incorporées dans le droit interne canadien. (J'observe que, dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

(C.A.), this Court expressed the view, in *obiter*, at paragraph 116, that Article 32, paragraph 2 of the Convention “has become part of our domestic law with the promulgation of the *Immigration Act*”. The Court, as it appears clearly in the context, was in reality referring to paragraph 3.) Counsel argues, rather, that even though the provisions have not been so incorporated, they are nevertheless relevant to the extent that it is now settled law that international norms should inform the interpretation of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at page 1057, Lamer J.; *Suresh*, *supra*, at paragraph 22) and “may help inform the contextual approach to statutory interpretation and judicial review” (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 70, L’Heureux-Dubé J.).

l’Immigration), [2000] 2 C.F. 592 (C.A.), la Cour a exprimé l’avis, dans une remarque incidente, au paragraphe 116, que l’article 32, paragraphe 2, de la Convention «a été intégrée à notre droit national par la promulgation de la *Loi sur l’immigration*». La Cour, comme le contexte le montre clairement, parlait en réalité du paragraphe 3.) L’avocate de l’appelant soutient plutôt que, même si les dispositions n’ont pas été ainsi intégrées, elles sont néanmoins pertinentes dans la mesure où il est maintenant établi en droit que les normes internationales devraient influencer l’interprétation de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (voir l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la page 1057, le juge Lamer; et l’arrêt *Suresh*, précité, au paragraphe 22) et «peuvent, toutefois, être prises en compte dans l’approche contextuelle de l’interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire» (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 70, le juge L’Heureux-Dubé).

[23] The Motions Judge was correct in finding that the provisions had not been incorporated into domestic law. If that finding meant that they were irrelevant, she was wrong. I shall examine the impact of these provisions in a few moments.

[23] Le juge des requêtes a eu raison de dire que les dispositions n’avaient pas été intégrées dans le droit interne. Si cette conclusion signifiait qu’elles n’étaient pas pertinentes, alors le juge des requêtes a erré. J’examinerai un peu plus loin l’incidence de ces dispositions.

[24] In dealing with the constitutionality of section 82.1 of the *Immigration Act*, it is useful, first, to quote from the reasons of Mahoney J.A. in *Bains*, *supra*, at page 318:

[24] S’agissant de la constitutionnalité de l’article 82.1 de la *Loi sur l’immigration*, il est utile d’abord de citer les motifs du juge Mahoney dans l’arrêt *Bains*, précité, à la page 318:

The requirement of leave does not deny refugee claimants access to the court. The right to apply for leave is itself a right of access to the Court and, in our opinion, the requirement that leave be obtained before an appeal or application for judicial review may proceed does not impair rights guaranteed refugee claimants under either s. 7 or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

L’obligation de l’autorisation n’interdit pas aux revendicateurs du statut de réfugié de s’adresser à la Cour. Le droit de demander une telle autorisation est en soi un droit d’accès à la Cour et à notre avis, l’obligation d’obtenir cette autorisation avant qu’un appel ou une demande de contrôle judiciaire ne puisse être instruit ne porte pas atteinte aux droits garantis aux revendicateurs du statut de réfugié par les art. 7 ou 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[25] Counsel for the appellant correctly points out that *Bains* was rendered in a case involving a Convention

[25] L’avocate de l’appelant fait observer à juste titre que l’arrêt *Bains* a été rendu dans une affaire qui

refugee claimant and not, as in this case, a Convention refugee. The Convention, therefore, did not apply. Yet, in the extensive written representations then submitted to the Court by Mrs. Jackman, counsel for Mr. Bains, it was argued under the heading “International Norms”, in paragraph 20, that:

Where fundamental rights are concerned, the importance of an effective remedy before the courts and free access to the courts have been recognized internationally.

and reference was made, *inter alia*, to the Convention and, more particularly, to articles 16 and 32. Counsel concluded, at paragraph 22:

In particular, it is submitted that the international community has recognized that where refugee protection is in issue, there must be an effective appellate or review remedy on the merits.

[26] It follows that international norms were examined by the Court in *Bains* and that the Canadian legislation was found at least implicitly not to be at odds with these norms. For greater certainty, however, I have examined closely the provisions of Article 16 and of Article 32, paragraphs 1 and 2 of the Convention on which counsel relies. I have been careful, in doing so, not to import in our statute the very words of the Convention, for these words are only to be used as guides helping us in the interpretation of the provisions of our own statute. It is the spirit, rather than the words, of the Convention that should guide us.

[27] Article 16 is found in Chapter II of the Convention. Chapter II deals with the “Juridical Status” of refugees in their country of refuge once their refugee status has been determined. I note in passing that, according to paragraph 12(ii) of the *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* published by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, the provisions of Chapter II “have no influence on the process of determination of refugee status”. That process has been completed here.

concernait un revendicateur du statut de réfugié au sens de la Convention et non, comme en l’espèce, un réfugié au sens de la Convention. La Convention n’était donc pas applicable. Or, dans les nombreuses observations écrites alors présentées à la Cour par M^{me} Jackman, avocate de M. Bains, on faisait valoir, sous la rubrique «Normes internationales», au paragraphe 20, que:

[TRADUCTION] S’agissant des droits fondamentaux, l’importance d’un recours effectif devant les tribunaux et d’un libre accès aux tribunaux a été reconnue au niveau international.

et mention était faite, entre autres, de la Convention et plus particulièrement de ses articles 16 et 32. L’avocate avait ainsi conclu, au paragraphe 22:

[TRADUCTION] Il est allégué en particulier que la communauté internationale a reconnu que, lorsque la protection des réfugiés est en jeu, il doit exister une procédure efficace d’appel ou de révision quant au fond.

[26] Il s’ensuit que les normes internationales ont été considérées par la Cour dans l’arrêt *Bains* et que la législation canadienne a été jugée, du moins implicitement, conforme aux normes en question. Par acquit de conscience, cependant, j’ai étudié attentivement les dispositions de l’article 16 et de l’article 32, paragraphes 1 et 2, de la Convention, sur lesquels s’appuie l’avocate de l’appelant. J’ai pris soin, ce faisant, de ne pas introduire dans notre loi les mots mêmes de la Convention, car ces mots doivent être employés uniquement comme guides pour nous aider dans l’interprétation des dispositions de notre propre loi. C’est l’esprit, et non la lettre, de la Convention qui devrait nous guider.

[27] L’article 16 se trouve dans le chapitre II de la Convention. Le chapitre II parle du «statut juridique» des réfugiés dans leur pays de refuge après que leur statut de réfugié a été établi. Je note en passant que, selon le paragraphe 12 II) du *Guide des procédures et des critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, publié par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, les dispositions du chapitre II «soient sans incidence sur le processus de reconnaissance du statut de réfugié». Ce processus a été appliqué ici.

[28] Article 16 is entitled “Access to Courts” (*Droit d’Ester en Justice*). It is a general provision granting refugees “free access to the courts of law” (*libre et facile accès devant les tribunaux*) in the sense of granting refugees the right to sue and to be sued in the courts of law of a Contracting State and to enjoy, when suing or being sued in the Contracting State in which he has his habitual residence, the same treatment as a national including legal assistance when available to nationals.

[29] According to the Travaux Préparatoires of the Convention, as analysed in 1995 by Dr. Paul Weis (Weis (éd.), *The Refugee Convention, 1951*, Cambridge International Documents Series, Volume 7, Cambridge University Press), the purpose of Article 16 is essentially the following (at page 131):

Although in principle the right of a refugee to sue and to be sued is not challenged, in practice there are insurmountable difficulties to the exercise of this right by needy refugees: the obligation to furnish *cautio judicatum solvi* and the refusal to grant refugees the benefit of legal assistance make the right illusory.

[30] “Free access to the courts of law” (*libre et facile accès devant les tribunaux*) are therefore words that are addressed, not to the type of procedure prescribed by the national law, but to the effective access to courts of law by refugees. Legal aid and exemption from security for costs were expressly provided for in paragraph 2 of Article 16. Items such as free assistance of an interpreter are contemplated by the use of the word “including” in that paragraph.

[31] Article 16 does not define a special procedure nor does it provide for special procedures for refugees. Quite to the contrary: in granting refugees the right to equal treatment before the courts, it implicitly recognizes that refugees are subject to the procedures available in the country in which they have their habitual residence. Article 16 does not impose on the state the obligation to make available to refugees because they are refugees the most favourable procedures that can be put in place.

[28] L’article 16 est intitulé «Droit d’Ester en Justice» (*Access to Courts*). Il s’agit d’une disposition générale qui accorde aux réfugiés «libre et facile accès devant les tribunaux» (*free access to the courts of law*), en ce sens qu’elle donne à tout réfugié le droit d’agir en demande et en défense devant les cours de justice d’un État Contractant et de bénéficiaire, lorsqu’il agira dans une action en demande ou en défense dans l’État Contractant où il a sa résidence habituelle, du même traitement qu’un national de cet État, y compris l’assistance judiciaire dans les cas où elle est offerte aux nationaux.

[29] Selon les Travaux préparatoires de la Convention, analysés en 1995 par le D^r Paul Weis (Weis (éd.), *The Refugee Convention, 1951*, Cambridge International Documents Series, volume 7, Cambridge University Press), l’objet de l’article 16 est essentiellement le suivant (à la page 131):

[TRADUCTION] Bien qu’en principe le droit d’un réfugié d’ester en justice ne soit pas contesté, il existe en pratique des obstacles insurmontables à l’exercice de ce droit par les réfugiés impécunieux: l’obligation de fournir la *cautio judicatum solvi* et le refus d’accorder aux réfugiés le bénéfice de l’assistance judiciaire rendent le droit illusoire.

[30] L’expression «libre et facile accès devant les tribunaux» (*free access to the courts of law*) est par conséquent une expression qui concerne non le genre de procédure prévue par le droit interne, mais l’accès effectif des réfugiés aux tribunaux. L’assistance judiciaire et la dispense de cautionnement pour dépens ont été expressément prévues au paragraphe 2 de l’article 16. Les éléments tels que l’assistance gratuite d’un interprète sont envisagés par l’emploi de l’expression «y compris», dans ce paragraphe.

[31] L’article 16 ne définit pas une procédure spéciale ni ne prévoit des procédures spéciales pour les réfugiés. Bien au contraire: en donnant aux réfugiés le droit à un traitement égal devant les tribunaux, il reconnaît implicitement que les réfugiés sont soumis aux procédures en vigueur dans le pays où ils ont leur résidence habituelle. L’article 16 n’impose pas à l’État l’obligation d’offrir aux réfugiés, parce qu’ils sont des réfugiés, les procédures les plus favorables qui puissent être mises en place.

[32] There is no doubt that the right to apply for leave is a right of access to courts. Leave requirement is a usual procedure in Canadian law and it is, in Canadian terms, an accepted form of access to the courts of the country. No suggestions were made that in Canada refugees do not have free access to the leave requirement procedure within the meaning of the Convention: counsel did not argue that legal aid and interpretation services were not available or that security for costs need be given and counsel has not referred the Court to any sort of obstacle contemplated by the Convention that would prevent a refugee from requesting leave to seek judicial review.

[33] Article 32 (Expulsion) is found in Chapter V, “Administrative Measures”. It is not clear to me that it relates to the judicial review process available once a decision is made to expel a refugee. If it does, there is no doubt, in my view, that the leave requirement accords with due process of law.

[34] The only novel issue raised in this appeal with respect to the constitutionality of the leave requirement is the failure to impose an obligation to give reasons when denying leave. I say it is a novel issue because it was not formally raised in *Bains*, although counsel and the Court were certainly well aware of the general practice of the Court to deny leave without giving reasons.

[35] That neither the Court nor counsel seemed to be concerned with that practice is hardly surprising. It was then settled law that judicial decisions are not subject to the requirement of giving formal reasons (see *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219, at page 233) and in my view nothing which was said in *Baker* at paragraph 35 ff. with respect to the requirement that in certain circumstances reasons be provided for administrative decisions, leads to the import of such a requirement with respect to judicial decisions denying leave to seek judicial review.

[32] Il ne fait aucun doute que le droit de demander une autorisation est un droit d’ester en justice. La procédure de demande d’autorisation est une procédure courante en droit canadien et elle est, en des termes canadiens, une forme acceptée d’accès aux tribunaux du pays. Il n’a pas été avancé qu’au Canada les réfugiés n’ont pas le libre accès à la procédure de demande d’autorisation selon ce que prévoit la Convention: l’avocate de l’appelant n’a pas prétendu que l’assistance judiciaire et les services d’interprétation n’étaient pas accessibles ou qu’un cautionnement pour dépens devait être déposé, et elle n’a indiqué à la Cour aucune forme d’obstacle envisagé par la Convention qui pourrait empêcher un réfugié de demander l’autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire.

[33] L’article 32 (Expulsion) se trouve au chapitre V, «Mesures administratives». Il ne m’apparaît pas évident que cet article se rapporte à la procédure de contrôle judiciaire qui est applicable après que la décision est prise d’expulser un réfugié. Si effectivement il se rapporte à cette procédure, alors il ne fait aucun doute à mon avis que le principe de la demande d’autorisation s’accorde avec l’application régulière de la loi.

[34] Le seul point inédit soulevé dans le présent appel au regard de la constitutionnalité du principe de la demande d’autorisation est l’absence d’une obligation de motiver un refus d’autorisation. Je dis que c’est un point inédit parce qu’il n’a pas été formellement soulevé dans l’arrêt *Bains*, bien que les avocats et la Cour fussent certainement au fait de la pratique générale de la Cour consistant à refuser une autorisation sans donner de motifs.

[35] Il n’est guère surprenant que ni la Cour ni les avocats ne se soient penchés sur cette pratique. Il était alors bien établi en droit que les décisions judiciaires ne sont pas soumises à l’obligation d’exposer des motifs en bonne et due forme (voir l’arrêt *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219, à la page 233), et à mon avis les attendus de l’arrêt *Baker*, aux paragraphes 35 et suivants, sur la nécessité de motiver dans certains cas les décisions administratives n’emportent en aucune façon une telle obligation pour les décisions judiciaires qui refusent l’autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire.

[36] The attack on the constitutionality of the leave requirement prescribed by section 82.1 of the *Immigration Act* has no chance of success.

[37] The statement of claim was properly struck out in its entirety as it was on the one hand an abuse of the process of the Court and as it did not, on the other hand, raise any reasonable cause of action.

[38] The appeal will therefore be dismissed with costs.

RICHARD C.J.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

[36] La contestation de la constitutionnalité du principe de la demande d'autorisation dont il est question à l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration* n'a aucune chance de succès.

[37] La déclaration a été valablement radiée dans son intégralité vu qu'elle constituait d'une part un abus de la procédure et qu'elle ne révélait d'autre part aucune cause d'action valable.

[38] L'appel sera donc rejeté, avec dépens.

LE JUGE EN CHEF RICHARD: J'y souscris.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: J'y souscris.