

A-427-15
2018 FCA 186

A-427-15
2018 CAF 186

Kien Beng Tan (*Appellant*)

Kien Beng Tan (*appelant*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*intimé*)

INDEXED AS: TAN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : TAN c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court of Appeal, Pelletier, Near, Rennie, Woods and Zinn (*ex officio*) J.J.A.—Vancouver, January 29; Ottawa, October 18, 2018.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Near, Rennie, Woods et Zinn (d'office), J.C.A.—Vancouver, 29 janvier; Ottawa, 18 octobre 2018.

Human Rights — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's application for judicial review of refusal by Canadian Human Rights Commission (Commission) to deal with his complaint of discrimination against Correctional Service of Canada (CSC) — Appellant committing murder while in Canada on temporary visa, subsequently fleeing — Extradited to Canada, sentenced to life in prison — Deportation order against appellant stayed until completion of sentence — Appellant complaining that CSC discriminating against him on religious grounds — Commission refusing to consider complaint because appellant not "lawfully present in Canada" as required by Canadian Human Rights Act (CHRA), s. 40(5)(a) — Referring question of appellant's status to Minister of Citizenship and Immigration — Commission considering Deputy Minister's statement conclusive of question of whether appellant lawfully present in Canada — Relying on Forrest v. Canada (Attorney General), 2006 FCA 400 (Forrest FCA) to find that appellant not lawfully present — Federal Court concluding, inter alia, that Commission not erring in referring appellant's status to Minister of Citizenship and Immigration — Appellant alleging, inter alia, that Commission basing its interpretation of "lawfully present in Canada" in s. 40(5)(a), "status of an individual" in CHRA, s. 40(6) on wrongly decided case law — Whether Commission's interpretation of s. 40(5)(a) unreasonable, whether Court should overrule its decision in Forrest FCA — Per Rennie J.A. (Near and Zinn J.J.A. concurring): Commission's decision unreasonable — Individual serving imprisonment sentence for criminal conviction "lawfully present in Canada" for purposes of s. 40(5)(a) — Commission's decision resting on proposition that because appellant having no immigration status, not lawfully present in Canada — Text in s. 40(5) supporting view that Commission, not a minister, deciding meaning of "lawfully present in Canada" — S. 40(6) concerned with "status ... in relation to a complaint" — Commission is decision maker in s. 40(6), having to resolve question of status in relation to complaint — Once minister's

Droits de la personne — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appelant concernant le refus de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) d'examiner sa plainte de discrimination contre le Service correctionnel du Canada (SCC) — L'appelant a commis un meurtre alors qu'il était au Canada — L'appelant a commis un meurtre alors qu'il était au Canada — Extradé au Canada et condamné à l'emprisonnement à perpétuité — La mesure de renvoi prise à l'encontre de l'appelant a fait l'objet d'un sursis jusqu'à la fin de la peine — L'appelant s'est plaint que le SCC a fait preuve de discrimination à son égard pour des motifs religieux — La Commission a refusé d'examiner la plainte parce que l'appelant n'était pas « légalement présent au Canada », comme l'exige l'art. 40(5)(a) de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP) — Elle a renvoyé la question de la situation de l'appelant au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration — Elle a considéré que la déclaration du sous-ministre disposait de la question de savoir si l'appelant était légalement présent au Canada — Elle s'est fondée sur l'arrêt Forrest c. Canada (Procureur général), 2006 CAF 400 (Forrest CAF) pour conclure que l'appelant n'était pas légalement présent — La Cour fédérale a conclu notamment que la Commission n'avait pas commis d'erreur en renvoyant la question de la situation de l'appelant au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration — L'appelant a allégué notamment que la Commission a fondé son interprétation du critère de la présence légale au Canada à l'art. 40(5)(a) et de l'expression « situation d'un individu » à l'art. 40(6) de la LCDP sur une jurisprudence erronée — Il s'agissait de savoir si l'interprétation de l'art. 40(5)(a) par la Commission était déraisonnable, et si la Cour devrait annuler la décision qu'elle a rendue dans l'arrêt Forrest CAF — Le juge Rennie, J.C.A. (les juges Near et Zinn souscrivant à ses motifs) : La décision de la Commission était déraisonnable — Une personne purgeant une peine d'emprisonnement pour une condamnation pénale est « légalement présente au Canada » pour l'application de l'art. 40(5)(a) —

advice received, using that information to resolve question arising under s. 40(5) — Appellant in present case lawfully present in Canada — Required by Canadian law to remain in Canada for duration of sentence — Unreasonable to limit interpretation of “status of an individual” to immigration status, to only refer question of status to Minister of Citizenship and Immigration — Forrest FCA wrongly decided, ought no longer to be followed — Matter remitted to Commission to determine whether it would hear appellant’s complaint, not for re-determination as only one reasonable outcome open to Commission — Appeal allowed — Per Pelletier J.A. (dissenting) (Woods J.A. concurring): Commission’s decision based on judicial decisions which should not be followed — Issue now how to put Commission back into position in which it would have been but for mistaken decisions — Commission should be given opportunity to decide if appellant “lawfully present in Canada” or whether question of status requiring referral to “appropriate Minister” — Phrase “lawfully present in Canada” lending itself to more than one interpretation, uncertain, imprecise — Commission’s function to resolve ambiguities in interpretation of home legislation — Tribunal entitled to be put in position in which it would have been but for judicial misdirection.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant’s application for judicial review of the refusal by the Canadian Human Rights Commission (Commission) to deal with his complaint of discrimination against the Correctional Service of Canada (CSC).

The appellant, a citizen of Malaysia, committed murder while in Canada on a temporary visa and fled. He was arrested and extradited to Canada, and subsequently convicted and sentenced to life in prison. An inadmissibility report was prepared under subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), but the execution of a deportation order was stayed until completion of the sentence. The appellant complained that the CSC had discriminated against him on religious grounds by failing to provide access to chaplains of minority faiths. The Commission refused to consider the complaint because the appellant was not “lawfully present in Canada” as required by

La décision de la Commission reposait sur la conclusion selon laquelle l’appelant n’était pas légalement présent au Canada parce qu’il n’avait pas de statut d’immigrant — Le libellé de l’art. 40(5) appuie l’opinion selon laquelle c’est la Commission et non un ministre qui doit déterminer le sens de l’expression « légalement présente » — L’art. 40(6) vise la « situation d’un individu par rapport à une plainte » — La Commission est le décideur au titre de l’art. 40(6), et elle doit régler la question de la situation relativement à la plainte — Elle peut, après avoir reçu l’avis du ministre, utiliser ces renseignements pour trancher la question soulevée au titre de l’art. 40(5) — L’appelant était légalement présent au Canada — En vertu du droit canadien, il était tenu de demeurer au Canada pendant sa peine — Il était déraisonnable de limiter l’interprétation de l’expression « situation d’un individu » au statut d’immigrant et de renvoyer la question de la situation uniquement au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration — L’arrêt Forrest CAF est erroné et ne devrait plus faire jurisprudence — L’affaire a été renvoyée à la Commission pour qu’elle détermine si elle examinera la plainte de l’appelant, et non pour nouvel examen, car il n’y avait qu’une seule conclusion raisonnable qui s’offrait à la Commission — Appel accueilli — Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident) (la juge Woods, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La décision de la Commission était fondée sur des décisions judiciaires qui ne devraient plus faire jurisprudence — Il s’agissait de savoir comment remettre la Commission dans la position où elle se serait retrouvée n’eût été des décisions erronées — La Commission devrait avoir la possibilité de décider si l’appelant était « légalement présent au Canada » ou si la question de sa situation nécessitait un renvoi au « ministre compétent » — L’expression « légalement présent au Canada » se prête à plus d’une interprétation, et elle est incertaine et imprécise — La Commission a pour fonction de résoudre les ambiguïtés dans l’interprétation de sa loi constitutive — Le tribunal a le droit d’être remis dans la position où il aurait été n’eût été l’erreur judiciaire.

Il s’agissait d’un appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de l’appelant concernant le refus de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) d’examiner sa plainte de discrimination contre le Service correctionnel du Canada (SCC).

L’appelant, un citoyen de la Malaisie, a commis un meurtre alors qu’il était au Canada en vertu d’un visa temporaire et s’est enfui. Il a été arrêté et extradé au Canada, et par la suite déclaré coupable et condamné à l’emprisonnement à perpétuité. Un rapport sur l’interdiction de territoire a été établi en vertu du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), mais la mesure de renvoi a fait l’objet d’un sursis jusqu’à la fin de la peine de l’appelant. L’appelant a déposé une plainte selon laquelle le SCC avait fait preuve de discrimination à son égard pour des motifs religieux en ne permettant pas l’accès aux aumôniers de confessions minoritaires.

paragraph 40(5)(a) of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA). It referred the question of the appellant's status to the Minister of Citizenship and Immigration. The Deputy Minister informed the Commission that the appellant, at the time of the alleged discrimination, "did not have any status as a temporary resident, permanent resident or citizen in Canada". The Commission considered the Deputy Minister's statement conclusive of the question of whether the appellant was lawfully present in Canada. The Commission relied on the decision in *Forrest v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 400 (*Forrest FCA*) to find that the appellant was not lawfully present in Canada because he was under a deportation order and had no legal status. The Federal Court concluded that the Commission did not err in referring the appellant's status to the Minister of Citizenship and Immigration, and ruled that immigration status is not an analogous ground of discrimination under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The appellant alleged that the Commission based its interpretation of "lawfully present in Canada" in paragraph 40(5)(a) and "status of an individual" in subsection 40(6) on case law that was wrongly decided, i.e. *Forrest v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 491 (*Forrest FC*) or *Forrest FCA*.

At issue was whether the Commission's interpretation of paragraph 40(5)(a) of the CHRA was unreasonable, and whether the Court should overrule its decision in *Forrest FCA*.

Held (Pelletier and Woods JJ.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Rennie J.A. (Near and Zinn JJ.A. concurring): The Commission's decision was unreasonable. An individual serving an imprisonment sentence for a criminal conviction is "lawfully present in Canada" for the purposes of paragraph 40(5)(a) of the CHRA.

The Commission's decision rested on the proposition that because the appellant had no immigration status, he was not lawfully present in Canada. Paragraph 40(5)(a) establishes a procedural bar to dealing with a complaint if the complainant is not lawfully present in Canada at the time the acts constituting the discriminatory practice occurred. The text itself supports the view that it is the Commission and not a minister who is to decide what is meant by "lawfully present in Canada". Subsection 40(6) is less clear on the issue of the decision maker. Subsection 40(6) is not simply concerned with status, it is concerned with "status ... in relation to a complaint." A review of the meaning of "the question of status is

La Commission a refusé d'examiner la plainte de l'appelant parce qu'il n'était pas « légalement présent au Canada », comme l'exige l'alinéa 40(5)a de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la LCDP). Elle a renvoyé la question de la situation de l'appelant au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. Le sous-ministre a informé la Commission que l'appelant, au moment de la discrimination alléguée, « n'était ni résident temporaire, ni résident permanent, ni citoyen canadien ». La Commission a considéré que la déclaration du sous-ministre disposait de la question de savoir si l'appelant était légalement présent au Canada. Se fondant sur l'arrêt *Forrest c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 400 (*Forrest CAF*), la Commission a conclu que l'appelant n'était pas légalement présent au Canada parce qu'il faisait l'objet d'une mesure de renvoi et qu'il n'avait aucun statut juridique. La Cour fédérale a conclu que la Commission n'avait pas commis d'erreur en renvoyant la question de la situation de l'appelant au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, et a conclu que le statut d'immigrant n'est pas un motif de discrimination analogue au titre de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'appelant a allégué que la Commission a fondé son interprétation du critère de la présence légale au Canada à l'alinéa 40(5)a) et de l'expression « situation d'un individu » au paragraphe 40(6) sur une jurisprudence erronée, à savoir *Forrest c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 491 (*Forrest CF*) ou *Forrest CAF*.

Il s'agissait de savoir si l'interprétation de l'alinéa 40(5)a) de la LCDP par la Commission était déraisonnable et si la Cour devrait annuler la décision qu'elle a rendue dans l'arrêt *Forrest CAF*.

Arrêt (les juges Pelletier et Woods, J.C.A., dissidents) : l'appel doit être accueilli.

Le juge Rennie, J.C.A. (les juges Near et Zinn, J.C.A. souscrivant à ses motifs) : La décision de la Commission était déraisonnable. Une personne purgeant une peine d'emprisonnement pour une condamnation pénale est « légalement présente » au Canada pour l'application de l'alinéa 40(5)a) de la LCDP.

La décision de la Commission reposait sur la conclusion selon laquelle l'appelant n'était pas légalement présent au Canada parce qu'il n'avait pas de statut d'immigrant. L'alinéa 40(5)a) établit une interdiction procédurale d'examiner une plainte si la victime n'était pas légalement présente au Canada au moment où l'acte discriminatoire a eu lieu. Le libellé lui-même appuie l'opinion selon laquelle c'est la Commission et non un ministre qui doit déterminer le sens de l'expression « légalement présente ». Le paragraphe 40(6) est moins clair sur la question du décideur. Le paragraphe 40(6) ne vise pas que la « situation »; il vise la « situation d'un individu par rapport à une plainte ». L'examen de la signification de l'expression « la

resolved thereby in favour of the complainant” showed that the Commission is the decision maker in subsection 40(6), which suggests that it is the Commission that must resolve the question of status in relation to the complaint. Once the minister’s advice has been received, the Commission can use that information to resolve the question which has arisen under subsection 40(5).

The appellant was lawfully present in Canada because he was sentenced to a term of imprisonment in Canada after being convicted under the *Criminal Code*, because of his continued detention under the *Corrections and Conditional Release Act*, and because of the legislative stay of his removal order under paragraph 50(b) of the IRPA. The appellant was required by Canadian law to remain in Canada for the duration of his sentence. Finding that “lawfully present in Canada” under paragraph 40(5)(a) is not limited to immigration status is also supported by the text of subsection 40(6) and the “status of an individual”. Parliament’s decision to use the word “status” instead of “immigration status” and to permit the Commission to refer the question of “status” to the “appropriate Minister” indicates that different ministers, and therefore different legislation, may be involved. Therefore, it was unreasonable to limit the interpretation of “status of an individual” to immigration status and to only refer the question of status to the Minister of Citizenship and Immigration. Immigration status is not necessarily a prerequisite to being lawfully present in Canada. *Forrest FCA* was wrongly decided and ought no longer to be followed. To the extent that *Forrest FCA* also implicitly confirmed that the only appropriate minister is the Minister of Citizenship and Immigration, it ought not to be followed either. The matter was remitted to the Commission to determine whether it would hear the appellant’s complaint, not for re-determination as there was only one reasonable outcome open to the Commission, i.e. that “lawfully present in Canada” within the meaning of paragraph 40(5)(a) of the CHRA encompassed the appellant’s circumstances.

Per Pelletier J.A. (dissenting) (Woods J.A. concurring): The Commission’s decision was based on judicial decisions which should not be followed. The issue that arose then was how to put the Commission back into the position in which it would have been but for the mistaken decisions on which it relied. The Commission should be given the opportunity to decide if the appellant was “lawfully present in Canada” or whether the question of his status required a referral to the “appropriate Minister” pursuant to subsection 40(6). The phrase “lawfully present in Canada” lends itself to more than one interpretation. On the face of it, that expression can refer to whether a person is entitled to be in Canada or whether that person is obliged to be in Canada. The expression “lawfully present in Canada” is

question est tranchée en faveur du plaignant » a démontré que la Commission est le décideur au titre du paragraphe 40(6), ce qui fait penser que c’est la Commission qui doit régler la question de la situation relativement à la plainte. La Commission peut, après avoir reçu l’avis du ministre, utiliser ces renseignements pour trancher la question soulevée au titre du paragraphe 40(5).

L’appellant était légalement présent au Canada étant donné qu’il a été condamné à une peine d’emprisonnement au Canada après avoir été reconnu coupable en vertu du *Code criminel*, étant donné son incarcération en vertu de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et étant donné le sursis légal de la mesure de renvoi à son égard au titre de l’alinéa 50b) de la LIPR. En vertu du droit canadien, l’appellant était tenu de demeurer au Canada pendant sa peine. La conclusion selon laquelle l’expression « légalement présente » à l’alinéa 40(5)a) n’est pas limitée au statut d’immigrant est également étayée par le libellé du paragraphe 40(6) et de l’expression « situation d’un individu ». La décision du législateur d’utiliser le terme « situation » plutôt que « statut d’immigrant » et de permettre à la Commission de renvoyer la question relative à la « situation » au « ministre compétent » indique que divers ministres, et donc différentes lois, peuvent être en cause. Par conséquent, il était déraisonnable de limiter l’interprétation de l’expression « situation d’un individu » au statut d’immigrant et de renvoyer la question de la situation uniquement au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration. Le statut d’immigrant n’est pas nécessairement une condition préalable à la présence légale au Canada. L’arrêt *Forrest CAF* est erroné et ne devrait plus faire jurisprudence. Dans la mesure où l’arrêt *Forrest CAF* a également confirmé implicitement que le seul ministre compétent est le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration, il ne devrait non plus faire jurisprudence. L’affaire a été renvoyée à la Commission pour qu’elle détermine si elle examinera la plainte de l’appellant, et non pour nouvel examen, car il n’y avait qu’une seule conclusion raisonnable qui s’offrait à la Commission, à savoir que l’appellant était « légalement présent au Canada » au sens de l’alinéa 40(5)a) de la LCDP.

Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident) (la juge Woods, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La décision de la Commission était fondée sur des décisions judiciaires qui ne devraient plus faire jurisprudence. Il s’agissait de savoir comment remettre la Commission dans la position où elle se serait retrouvée n’eût été des décisions erronées sur lesquelles elle s’est fondée. La Commission devrait avoir la possibilité de décider si l’appellant était « légalement présent au Canada » ou si la question de sa situation nécessitait un renvoi au « ministre compétent » conformément au paragraphe 40(6). Le fait d’être « légalement présent au Canada » se prête à plus d’une interprétation. À première vue, cette expression peut se rapporter à la question de savoir si une personne a le droit d’être au Canada ou si elle est

uncertain and imprecise. It is the function of the Commission to resolve ambiguities in the interpretation of its home legislation. Where the Commission has been curtailed in its ability to do so due to judicial misdirection, it should be given the opportunity to address the issue free of such constraints. When certain misleading or mistaken judicial pronouncements that curtailed a tribunal's ability to interpret a legislative provision have been cleared away, a tribunal is entitled to be put in the position in which it would have been but for the judicial misdirection.

tenue d'être au Canada. L'expression « légalement présent au Canada » est incertaine et imprécise. La Commission a pour fonction de résoudre les ambiguïtés dans l'interprétation de sa loi constitutive. Lorsque la Commission n'a pu le faire en raison d'une erreur judiciaire, elle devrait avoir la possibilité d'aborder la question sans être soumise à de telles contraintes. Lorsque des déclarations judiciaires trompeuses ou erronées limitant la capacité d'un tribunal administratif d'interpréter une disposition légale sont annulées, le tribunal a le droit d'être remis dans la position où il aurait été n'eût été l'erreur judiciaire.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 5, 6(a),(b), 7(a),(b), 8, 9(1)(a),(b),(c), 10, 11(1), 12, 14(1), 27, 40, 41, 48.1.
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 11–14.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 235, Form 21.
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 78, 80.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 36(1)(a), 44(1), 48(2), 50(b).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Treaty Between the United Kingdom and Belgium for the Mutual Surrender of Fugitive Criminals (29 October 1901), Art. 6.

CASES CITED

NOT FOLLOWED:

Forrest v. Canada (Attorney General), 2006 FCA 400, 357 N.R. 168; *Forrest v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 491, 250 F.T.R. 106.

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Teva Canada Ltd. v. TD Canada Trust*, 2017 SCC 51, [2017] 2 S.C.R. 317; *J.P. v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 FCA 262, [2014] 4 F.C.R. 371; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 235, formule 21.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 5, 6(a),b), 7(a),b) 8, 9(1)a),b),c), 10, 11(1), 12, 14(1), 27, 40, 41, 48.1.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 11–14.
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 78, 80.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 36(1)a), 44(1), 48(2), 50b).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Traité entre le Royaume-Uni et la Belgique pour l'extradition mutuelle de criminels fugitifs (29 octobre 1901), art. 6.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS NON SUIVIES :

Forrest c. Canada (Procureur général), 2006 CAF 400; *Forrest c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 491.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Teva Canada Ltée c. TD Canada Trust*, 2017 CSC 51, [2017] 2 R.C.S. 317; *J.P. c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CAF 262, [2014] 4 R.C.F. 371; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

CONSIDERED:

Farrell v. Alexander, [1976] 1 All E.R. 129 (C.A. Civ. Div.), revd on other grounds [1977] A.C. 59 (H.L.); *Ostime v. Australian Mutual Provident Society*, [1959] 3 All E.R. 245, [1960] A.C. 459 (H.L.); *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149; *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161, 255 D.L.R. (4th) 633 (C.A.); *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331; *Nathanson, Schachter & Thompson v. Inmet Mining Corp.*, 2009 BCCA 385, 96 B.C.L.R. (4th) 342; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *British Columbia Hydro and Power Authority v. Workers' Compensation Board of British Columbia*, 2014 BCCA 353, 377 D.L.R. (4th) 517; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83.

REFERRED TO:

R. v. Tan, 2011 BCSC 335; *R. v. Tan*, 2011 BCSC 595; *Toussaint v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 213, [2013] 1 F.C.R. 374; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 174, 475 N.R. 232; *Hagos v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 83; *Keith v. Canada (Correctional Service)*, 2012 FCA 117, 40 Admin. L.R. (5th) 1; *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529; *Régie des rentes du Québec v. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 SCC 46, [2013] 3 S.C.R. 125; *Corlac Inc. v. Weatherford Canada Ltd.*, 2012 FCA 261, 440 N.R. 113; *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.* 2014 FCA 250, 465 N.R. 306; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Kossow v. Canada*, 2013 FCA 283, [2014] 2 C.T.C. 1; *Apotex Inc. v. Eli Lilly Canada Inc.*, 2016 FCA 267, [2017] 3 F.C.R. 145; *R. v. Neves*, 2005 MBCA 112, 201 Man. R. (2d) 44; *R. v. Grumbo* (1998), 159 D.L.R. (4th) 577, 168 Sask. R. 78; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Locals 527, 1370, 1598, 1907 and 2397 v. Labour Relations Board*, 2006 BCCA 364, 272 D.L.R. (4th) 253; *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425, 149 N.R. 273 (C.A.); *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, (1992), 93 D.L.R. (4th) 346; *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008]

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Farrell v. Alexander, [1976] 1 All E.R. 129 (C.A. div. civ.), inf. pour d'autres motifs par [1977] A.C. 59 (H.L.); *Ostime v. Australian Mutual Provident Society*, [1959] 3 All E.R. 245, [1960] A.C. 459 (H.L.); *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370; *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161, 255 D.L.R. (4th) 633 (C.A.); *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331; *Nathanson, Schachter & Thompson v. Inmet Mining Corp.*, 2009 BCCA 385, 96 B.C.L.R. (4th) 342; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *British Columbia Hydro and Power Authority v. Workers' Compensation Board of British Columbia*, 2014 BCCA 353, 377 D.L.R. (4th) 517; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83.

DÉCISIONS CITÉES :

R. v. Tan, 2011 BCSC 335; *R. v. Tan*, 2011 BCSC 595; *Toussaint c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 213, [2013] 1 R.C.F. 374; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 174; *Hagos c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 83; *Keith c. Canada (Service correctionnel)*, 2012 CAF 117; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2003 CAF 53, [2003] 3 C.F. 529; *Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 CSC 46, [2013] 3 R.C.S. 125; *Corlac Inc. c. Weatherford Canada Ltd.*, 2012 CAF 261; *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.* 2014 CAF 250; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Kossow c. Canada*, 2013 CAF 283; *Apotex Inc. c. Eli Lilly Canada Inc.*, 2016 CAF 267, [2017] 3 R.C.F. 145; *R. v. Neves*, 2005 MBCA 112, 201 Man. R. (2d) 44; *R. v. Grumbo* (1998), 159 D.L.R. (4th) 577, 168 Sask. R. 78; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Locals 527, 1370, 1598, 1907 and 2397 v. Labour Relations Board*, 2006 BCCA 364, 272 D.L.R. (4th) 253; *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Québec (Commission des*

2 S.C.R. 604; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230; *Sylla v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 905.

AUTHORS CITED

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.): LexisNexis Canada Inc., 2014.

APPEAL from a Federal Court decision (2015 FC 907) dismissing the appellant's application for judicial review of the refusal by the Canadian Human Rights Commission to deal with his complaint of discrimination against the Correctional Service of Canada. Appeal allowed, Pelletier and Woods J.J.A. dissenting.

APPEARANCES

Jennifer Metcalfe and *Fadi Yachoua* for appellants.
Banafsheh Sokhansanj and *Thomas Bean* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

West Coast Prison Justice Society, Burnaby, British Columbia, and *Embarkation Law Corporation*, Vancouver, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

RENNIE J.A.:

I. Overview

[1] Mr. Tan, the appellant, a foreign national who was surrendered to Canadian authorities following a request

droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230; *Sylla c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 905.

DOCTRINE CITÉE

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1983.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd., Markham (Ont.) : LexisNexis Canada Inc., 2014.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2015 CF 907) rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appelant concernant le refus de la Commission canadienne des droits de la personne d'examiner sa plainte de discrimination contre le Service correctionnel du Canada. Appel accueilli, les juges Pelletier et Woods, J.C.A. étant dissidents.

ONT COMPARU :

Jennifer Metcalfe et *Fadi Yachoua* pour l'appelant.
Banafsheh Sokhansanj et *Thomas Bean* pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

West Coast Prison Justice Society, Burnaby (Colombie-Britannique) et *Embarkation Law Corporation*, Vancouver, pour l'appelant.
La sous-procureure générale du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE RENNIE, J.C.A. :

I. Aperçu

[1] M. Tan, l'appelant, un étranger qui a été extradé aux autorités canadiennes à la suite d'une demande du

by the Minister of Justice under the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18 (*Extradition Act*), was convicted of an offence under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (*Criminal Code*) and, while currently serving a sentence in a Canadian penitentiary, filed a complaint of discrimination under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (CHRA [or the Act]). The Canadian Human Rights Commission declined to process the claim and when the appellant challenged this decision in the Federal Court, it decided that the Commission's decision was reasonable. He now appeals to this Court.

[2] The Commission refused to deal with the appellant's complaint of discrimination against the Correctional Service of Canada (CSC) for lack of jurisdiction under paragraph 41(1)(c) of the CHRA because, in its view, he was not "lawfully present in Canada" at the time of the alleged discrimination as required by paragraph 40(5)(a) of the CHRA. The Federal Court, *per* Justice Heneghan (2015 FC 907), dismissed his application for judicial review of the Commission's decision.

[3] In reaching their conclusion, the Commission and the Federal Court properly considered themselves bound by the decision of this Court in *Forrest v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 400, 357 N.R. 168 (*Forrest FCA*). Both the appellant and the Crown contend that *Forrest FCA* was wrongly decided and urge this Court to depart from precedent and to set it aside.

[4] For the reasons which follow, I am of the view that *Forrest FCA* and the Federal Court's decision in the same case, *Forrest v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 491, 250 F.T.R. 106 (*Forrest FC*), ought not to be followed.

[5] I would therefore allow the appeal.

II. The context

[6] The appellant is a citizen of Malaysia. In May 2004, while in Canada on a temporary visa, he committed murder and fled to Belgium. In March 2008, he was arrested and extradited to Canada to stand trial for second-degree murder under section 235 of the *Criminal Code*.

ministre de la Justice en vertu de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, a été déclaré coupable d'une infraction au *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (le *Code criminel*), et, alors qu'il purge actuellement une peine dans un pénitencier canadien, a déposé une plainte de discrimination en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la LCDP ou la loi). La Commission canadienne des droits de la personne a refusé d'examiner la plainte et, lorsque l'appelant a contesté cette décision devant la Cour fédérale, celle-ci a jugé que la décision de la Commission était raisonnable. L'appelant interjette maintenant appel devant notre Cour.

[2] La Commission a refusé d'examiner la plainte de discrimination de l'appelant contre le Service correctionnel du Canada pour défaut de compétence en vertu de l'alinéa 41(1)c) de la LCDP car, à son avis, l'appelant n'était pas « légalement présent au Canada » au moment de la discrimination alléguée, comme l'exige l'alinéa 40(5)a) de la LCDP. La Cour fédérale (la juge Heneghan, 2015 CF 907) a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission.

[3] Pour en arriver à leur conclusion, la Commission et la Cour fédérale se sont considérées à juste titre comme liées par la décision de notre Cour dans l'arrêt *Forrest c. Procureur général*, 2006 CAF 400 (*Forrest CAF*). L'appelant et le procureur général soutiennent tous deux que l'arrêt *Forrest CAF* est erroné et demandent à la Cour de s'écarter de cette décision antérieure et de l'annuler.

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'arrêt *Forrest CAF* et la décision de la Cour fédérale dans la même affaire, *Forrest c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 491 (*Forrest CF*), ne devraient plus faire jurisprudence.

[5] Par conséquent, j'accueillerais l'appel.

II. Le contexte

[6] L'appelant est un citoyen de la Malaisie. En mai 2004, alors qu'il était au Canada en vertu d'un visa temporaire, il a commis un meurtre et s'est enfui en Belgique. En mars 2008, il a été arrêté et extradé au Canada pour être jugé pour meurtre au deuxième degré, soit l'infraction visée par l'article 235 du *Code criminel*.

[7] The appellant was subsequently convicted and sentenced to life in prison (*R. v. Tan*, 2011 BCSC 335; *R. v. Tan*, 2011 BCSC 595). An inadmissibility report was prepared under subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) based on serious criminality as defined in paragraph 36(1)(a) of the IRPA. A deportation order was issued, but its execution was stayed under paragraph 50(b) of the IRPA until completion of the sentence. The appellant remains in custody at Mission Institute, a federal prison in British Columbia.

[8] The appellant is Buddhist. He filed a complaint with the Commission that the CSC had discriminated against him on religious grounds by failing to provide access to chaplains of minority faiths while continuing to provide access to Christian chaplains to other inmates.

[9] The Commission refused to consider the appellant's complaint because he was not "lawfully present in Canada" as required by paragraph 40(5)(a) of the CHRA. In reaching this decision, the Commission referred the question of his status to "the appropriate minister" under subsection 40(6), which, in this case, it considered to be the Minister of Citizenship and Immigration. The Deputy Minister informed the Commission that the appellant, at the time of the alleged discrimination, "did not have any status as a temporary resident, permanent resident or citizen in Canada".

[10] The Commission considered the Deputy Minister's statement conclusive of the question of whether the appellant was lawfully present in Canada. Relying on *Forrest FCA*, the Commission found that he was not lawfully present in Canada "because he was under a deportation order and [had] no legal status in Canada" (Commission Decision, citing paragraph 24 of the Section 40/41 Report prepared by the Commission investigator).

[7] L'appelant a par la suite été déclaré coupable et condamné à l'emprisonnement à perpétuité (*R. v. Tan*, 2011 BCSC 335; *R. v. Tan*, 2011 BCSC 595). Un rapport sur l'interdiction de territoire a été 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), en raison de grande criminalité au sens de l'alinéa 36(1)a de la LIPR. Une mesure de renvoi a été prise, mais a fait l'objet d'un sursis en vertu de l'alinéa 50b) de la LIPR jusqu'à la fin de la peine de l'appelant. L'appelant demeure incarcéré à l'établissement de Mission, une prison fédérale en Colombie-Britannique.

[8] L'appelant est bouddhiste. Il a déposé une plainte auprès de la Commission selon laquelle le Service correctionnel du Canada (le SCC) avait fait preuve de discrimination à son égard pour des motifs religieux en ne permettant pas l'accès aux aumôniers de confessions minoritaires, tandis qu'il permet l'accès aux aumôniers chrétiens pour d'autres détenus.

[9] La Commission a refusé d'examiner la plainte de l'appelant parce qu'il n'était pas légalement présent au Canada, comme l'exige l'alinéa 40(5)a) de la LCDP. Pour rendre cette décision, la Commission a renvoyé la question de la situation de l'appelant au « ministre compétent » en vertu du paragraphe 40(6), qu'elle estimait être, dans ce cas, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. Le sous-ministre a informé la Commission que l'appelant, au moment de la discrimination alléguée, [TRADUCTION] « n'était ni résident temporaire, ni résident permanent, ni citoyen canadien ».

[10] La Commission a considéré que la déclaration du sous-ministre disposait de la question de savoir si l'appelant était légalement présent au Canada. Se fondant sur l'arrêt *Forrest CAF*, la Commission a conclu que l'appelant n'était pas légalement présent au Canada [TRADUCTION] « parce qu'il faisait l'objet d'une mesure de renvoi et qu'il n'avait aucun statut juridique au Canada » (décision de la Commission, qui cite le paragraphe 24 du rapport sur les articles 40 et 41 préparé par l'enquêteur de la Commission).

[11] The Federal Court dismissed the appellant’s judicial review application to set aside the Commission’s decision. In so doing, it made two main rulings.

[12] First, the Court concluded that the Commission did not err in referring the appellant’s status to the Minister of Citizenship and Immigration under subsection 40(6) of the CHRA because that Minister “is tasked with the regulation of the admission of non-citizens into Canada” (at paragraph 44). As the appellant lacked citizenship or immigration status, and because *Forrest FCA* was binding, the Commission’s conclusion that he was not lawfully present in Canada was reasonable (at paragraphs 43 and 45–50).

[13] Secondly, the Federal Court rejected the appellant’s argument that limiting paragraph 40(5)(a) and subsection 40(6) to immigration status infringed his rights under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter). Relying on this Court’s decision in *Toussaint v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 213, [2013] 1 F.C.R. 374, the Federal Court ruled that immigration status is not an analogous ground (at paragraphs 51–58).

III. The legislation

[14] The two subsections of the CHRA in issue in this appeal are set out below:

40 ...

No complaints to be considered in certain cases

(5) No complaint in relation to a discriminatory practice may be dealt with by the Commission under this Part unless the act or omission that constitutes the practice

(a) occurred in Canada and the victim of the practice was at the time of the act or omission either lawfully present in Canada or, if temporarily absent from Canada, entitled to return to Canada;

[11] La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l’appelant visant à annuler la décision de la Commission. Ce faisant, elle est arrivée à deux conclusions principales.

[12] Premièrement, la Cour a conclu que la Commission n’avait pas commis d’erreur en renvoyant la question de la situation de l’appelant au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration en vertu du paragraphe 40(6) de la LCDP parce que le ministre est chargé de « régler l’admission des étrangers au Canada » (au paragraphe 44). Étant donné que l’appelant n’était ni citoyen ni immigrant, et puisque l’arrêt *Forrest CAF* avait force obligatoire, la conclusion de la Commission selon laquelle l’appelant n’était pas légalement présent au Canada était raisonnable (aux paragraphes 43 et 45 à 50).

[13] En second lieu, la Cour fédérale n’a pas retenu la prétention de l’appelant selon laquelle le fait de limiter la portée de l’alinéa 40(5)a) et du paragraphe 40(6) selon le statut d’immigrant portait atteinte à ses droits au titre de l’article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte). Se fondant sur la décision de notre Cour dans l’arrêt *Toussaint c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 213, [2013] 1 R.C.F. 374, la Cour fédérale a conclu que le statut d’immigrant n’est pas un motif analogue (aux paragraphes 51 à 58).

III. Les dispositions légales

[14] Les deux paragraphes de la LCDP en cause dans le présent appel sont les suivants :

40 [...]

Recevabilité

(5) Pour l’application de la présente partie, la Commission n’est valablement saisie d’une plainte que si l’acte discriminatoire :

a) a eu lieu au Canada alors que la victime y était légalement présente ou qu’elle avait le droit d’y revenir;

(b) occurred in Canada and was a discriminatory practice within the meaning of section 5, 8, 10 or 12 in respect of which no particular individual is identifiable as the victim;

(c) occurred outside Canada and the victim of the practice was at the time of the act or omission a Canadian citizen or an individual lawfully admitted to Canada for permanent residence.

Determination of status

(6) Where a question arises under subsection (5) as to the status of an individual in relation to a complaint, the Commission shall refer the question of status to the appropriate Minister and shall not proceed with the complaint unless the question of status is resolved thereby in favour of the complainant.

IV. Issues on appeal

[15] As noted, the appellant contends that the Commission's interpretation of paragraph 40(5)(a) of the CHRA was unreasonable, and that this Court should overrule its decision in *Forrest FCA*. In the alternative, if the Commission's interpretation is reasonable, then the appellant submits that paragraph 40(5)(a) infringes section 15 of the Charter and is not justified under section 1.

[16] The argument advanced by the appellant requires us to revisit *Forrest FC* and *Forrest FCA* in order to determine if they are conclusive of his lawful presence in Canada, as found by the Commission and the Federal Court and, if so, whether they are wrongly decided, as alleged.

V. Standard of Review

[17] When this Court sits in appeal from the Federal Court on judicial review, it must ask itself if the Federal Court identified the appropriate standard of review and applied it correctly. As a practical matter, this means that we step into the shoes of the Federal Court so that our focus is on the decision of the administrative decision maker: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraph 46. As a result, the discussion which follows

b) a eu lieu au Canada sans qu'il soit possible d'en identifier la victime, mais tombe sous le coup des articles 5, 8, 10 ou 12;

c) a eu lieu à l'étranger alors que la victime était un citoyen canadien ou qu'elle avait été légalement admise au Canada à titre de résident permanent.

Renvoi au ministre compétent

(6) En cas de doute sur la situation d'un individu par rapport à une plainte dans les cas prévus au paragraphe (5), la Commission renvoie la question au ministre compétent et elle ne peut procéder à l'instruction de la plainte que si la question est tranchée en faveur du plaignant.

IV. Les questions faisant l'objet de l'appel

[15] Comme on l'a mentionné, l'appelant soutient que l'interprétation de l'alinéa 40(5)a de la LCDP par la Commission était déraisonnable et que notre Cour devrait annuler la décision qu'elle a rendue dans l'arrêt *Forrest CAF*. Subsidiairement, si l'interprétation de la Commission était raisonnable, l'appelant soutient que l'alinéa 40(5)a contrevient à l'article 15 de la Charte et n'est pas justifié en vertu de l'article premier.

[16] La prétention avancée par l'appelant nous oblige à réexaminer la décision *Forrest CF* et l'arrêt *Forrest CAF* afin de déterminer s'ils sont concluants quant à sa présence légale au Canada, comme l'ont conclu la Commission et la Cour fédérale, et, dans l'affirmative, s'ils sont erronés, comme il a été allégué.

V. La norme de contrôle

[17] Lorsque notre Cour siège en appel d'un contrôle judiciaire de la Cour fédérale, elle doit se demander si la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée et l'a appliquée correctement. En pratique, cela signifie que nous nous mettons à la place de la Cour fédérale afin de nous concentrer sur la décision du décideur administratif (arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 46). Par conséquent, l'examen qui suit portera sur

will focus on the Commission's decision rather than that of the Federal Court.

[18] Given the interaction between paragraph 40(5)(a) and subsection 40(6), and the involvement of another decision maker when subsection 40(6) is triggered, the standard of review is not as straight forward as it may first appear.

[19] The Commission found that because the appellant was under a deportation order and had no legal (immigration or citizenship) status in Canada, he was not lawfully present in Canada. It was also clear that, as far as the Commission was concerned, "status of an individual" in subsection 40(6) meant immigration status, and that when the question of a complainant's status arises, the appropriate minister is the Minister of Citizenship and Immigration (Section 40/41 Report, at paragraphs 18–19).

[20] The Commission also implicitly, if not explicitly, found that it is the Minister's determination of the complainant's status that determines whether "the question of status is resolved thereby in favour of the complainant" and, consequently, whether the Commission may "proceed with the complaint" as stated in subsection 40(6).

[21] These questions involve the Commission interpreting its home statute. Thus, reasonableness applies unless the issue falls into one of the correctness categories (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraphs 54 and 58–61). This Court has previously reviewed the Commission's decisions under subsection 41(1) for reasonableness (see e.g. *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 174, 475 N.R. 232, at paragraphs 27–29; *Hagos v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 83, at paragraphs 8–11), except where correctness was explicitly required (see e.g. *Keith v. Canada (Correctional Service)*, 2012 FCA 117, 40 Admin. L.R. (5th) 1, at paragraphs 50–53 where the Commission's decision under paragraph 41(1)(c) engaged a question regarding the division of powers and the jurisdictional lines between two competing tribunals).

la décision de la Commission plutôt que sur celle de la Cour fédérale.

[18] Compte tenu de l'interaction de l'alinéa 40(5)a) et du paragraphe 40(6), et de la participation d'un autre décideur lorsque le paragraphe 40(6) est en jeu, la norme de contrôle n'est pas aussi évidente qu'elle pourrait l'apparaître au départ.

[19] La Commission a conclu qu'étant donné que l'appelant faisait l'objet d'une mesure de renvoi et qu'il n'avait pas de situation juridique au Canada (immigrant ou citoyen), il n'était pas légalement présent au Canada. Il était également clair que, selon la Commission, l'expression « situation d'un individu » au paragraphe 40(6) s'entend du statut d'immigrant, et que, lorsque la question de la situation d'un plaignant se pose, le ministre compétent est le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (rapport sur les articles 40 et 41, aux paragraphes 18 et 19).

[20] La Commission a également conclu implicitement, sinon explicitement, que c'est la décision du ministre quant à la situation du plaignant qui détermine « si la question est tranchée en faveur du plaignant » et, par conséquent, si la Commission peut « procéder à l'instruction de la plainte », comme il est énoncé au paragraphe 40(6).

[21] Lors de l'examen de ces questions, la Commission interprète sa loi constitutive. Par conséquent, le caractère raisonnable s'applique, à moins que la question ne tombe dans l'une des catégories de la décision correcte (arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (l'arrêt *Dunsmuir*), aux paragraphes 54 et 58 à 61). Notre Cour a déjà examiné les décisions de la Commission en vertu du paragraphe 41(1) pour en déterminer le caractère raisonnable (voir, p. ex., l'arrêt *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 174, aux paragraphes 27 à 29, et l'arrêt *Hagos c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 83, aux paragraphes 8 à 11), sauf lorsque la norme de la décision correcte s'imposait explicitement (voir, p. ex., l'arrêt *Keith c. Canada (Service correctionnel)*, 2012 CAF 117, aux paragraphes 50 à 53, dans lequel la décision de la Commission en vertu de l'alinéa 41(1)c) soulevait une question concernant le partage des pouvoirs et la répartition des compétences entre deux tribunaux concurrents).

[22] In this case, the appellant alleges that the Commission based its interpretation of “lawfully present in Canada” in paragraph 40(5)(a) and “status of an individual” in subsection 40(6) on *Forrest FC* or *Forrest FCA*. The jurisprudence is to the effect that the doctrine of *stare decisis* requires an administrative tribunal to follow a court’s interpretation of the law: *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529, at paragraph 54; *Régie des rentes du Québec v. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 SCC 46, [2013] 3 S.C.R. 125, at paragraphs 46 and 68; *Corlac Inc. v. Weatherford Canada Ltd.*, 2012 FCA 261, 440 N.R. 113, at paragraph 18.

[23] The appellant goes one step further in his argument when he alleges that the jurisprudence upon which the Commission relied was wrongly decided. In those circumstances, different considerations apply.

[24] Decisions of a panel of this Court are decisions of the Court as a whole. When a panel of appellate judges speak, they do so not for themselves, but for the Court. This is reflected in the principle of horizontal *stare decisis*, which dictates that decisions of a panel of an appellate court bind future panels of the Court.

[25] Important values underlie this doctrine. Consistency, certainty, predictability and institutional integrity are enhanced by *stare decisis*. “Consistency” wrote Lord Scarman, “is necessary to certainty—one of the great objectives of law” (*Farrell v. Alexander*, [1976] 1 All E.R. 129 (C.A. Civ. Div.), at page 147, revd on other grounds [1977] A.C. 59 (H.L.)). To this I would add that there is a link to the rule of law, which requires that the law be normative, that is to say it must be capable of being discerned in order that individuals can conduct themselves in accordance with it. These considerations have an added dimension, particularly so in the context of the Federal Courts’ jurisdiction, where decisions may have significant consequences on a national scale affecting government, corporations and individuals alike.

[26] So important are these values that appellate courts must follow decisions of other panels, even though,

[22] En l’espèce, l’appelant allègue que la Commission a fondé son interprétation du critère de la présence légale au Canada à l’alinéa 40(5)a) et de l’expression « situation d’un individu » au paragraphe 40(6) sur la décision *Forrest CF* ou sur l’arrêt *Forrest CAF*. La jurisprudence indique que la règle du *stare decisis* exige qu’un tribunal administratif suive l’interprétation que la Cour fait du droit (arrêt *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2003 CAF 53, [2003] 3 C.F. 529, au paragraphe 54; arrêt *Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 CSC 46, [2013] 3 R.C.S. 125, aux paragraphes 46 et 68; arrêt *Corlac Inc. c. Weatherford Canada Ltd.*, 2012 CAF 261, au paragraphe 18).

[23] L’appelant va un peu plus loin dans son argumentation lorsqu’il allègue que la jurisprudence invoquée par la Commission est erronée. Dans ce cas, différentes considérations s’appliquent.

[24] Les décisions d’une formation de notre Cour sont les décisions de la Cour dans son ensemble. Lorsqu’une formation de juges d’appel s’exprime, elle ne le fait pas en son nom, mais au nom de la Cour. Cela se reflète dans la règle du *stare decisis* horizontal, selon laquelle les décisions d’une formation d’un tribunal judiciaire d’appel lient les formations futures du même tribunal.

[25] Des valeurs importantes sous-tendent ce principe. La cohérence, la certitude, la prévisibilité et l’intégrité institutionnelle sont renforcées par le *stare decisis*. Lord Scarman a écrit : [TRADUCTION] « La cohérence est nécessaire pour assurer la certitude, l’un des principes fondamentaux du droit » (*Farrell v. Alexander*, [1976] 1 All E.R. 129 (C.A. div. civ.), à la page 147, inf. pour d’autres motifs par [1977] A.C. 59 (H.L.)). À cela j’ajouterais qu’il y a un lien avec la primauté du droit, qui exige que la loi soit normative, c’est-à-dire qu’elle puisse être discernée afin que les particuliers puissent s’y conformer. Ces considérations ont une dimension supplémentaire, particulièrement dans le cas de la compétence des Cours fédérales, où les décisions peuvent avoir des conséquences importantes à l’échelle nationale pour l’État, les sociétés et les particuliers.

[26] Ces valeurs sont tellement importantes que les tribunaux d’appel doivent suivre les décisions d’autres

if called on to decide the matter afresh, they would decide the matter differently. Trial courts are also bound by appellate decisions, even if the lower court thinks the decision is incorrectly decided (*Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2014 FCA 250, 465 N.R. 306 (*Apotex*), at paragraph 114).

[27] Nevertheless, courts must balance certainty and predictability with the need for the law to evolve in response to new economic, social and societal circumstances. As Lord Denning noted, “[t]he doctrine of precedent does not compel [us] to follow the wrong path until [we] fall over the edge of a cliff” (*Ostime v. Australian Mutual Provident Society*, [1959] 3 All E.R. 245, at page 256, [1960] A.C. 459 (H.L.)). Courts also recognize that with the perspective of time, fresh arguments, and hindsight, decisions may not have been correctly decided. In consequence, the Supreme Court of Canada and most Canadian appellate courts have elaborated criteria to be considered when they might, to continue the metaphor, take a different path.

[28] The circumstances under which the Supreme Court of Canada will depart from precedent have received considerable attention as of late (see e.g. *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at paragraphs 56–57 (but see also paragraphs 129–139, *per* Rothstein J.); *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489 (*Craig*), at paragraphs 24–27; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paragraph 47). In its most recent articulation (*Teva Canada Ltd. v. TD Canada Trust*, 2017 SCC 51, [2017] 2 S.C.R. 317 (*Teva*)) the Court stated that “the Court must be satisfied based on compelling reasons that the precedent was wrongly decided and should be overruled” (at paragraph 65 citing *Craig*, at paragraph 25).

[29] The language of *Teva* is significant. It requires a finding that the precedent was “wrongly decided”. As gleaned from Supreme Court decisions, a case may be considered to be “wrongly decided” where the prior decision does not reflect Charter values, where a decision

formations, même si, advenant le cas où on leur demandait de se prononcer à nouveau sur la question, ils le feraient différemment. Les tribunaux de première instance sont également liés par les décisions des tribunaux d’appel, même si le tribunal inférieur estime que la décision est erronée (arrêt *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2014 CAF 250 (l’arrêt *Apotex*), au paragraphe 114).

[27] Toutefois, les tribunaux doivent établir un équilibre entre la certitude et la prévisibilité et la nécessité que le droit évolue en fonction de nouvelles circonstances économiques et sociales. Comme l’a indiqué lord Denning : [TRADUCTION] « la règle du précédent jurisprudentiel ne nous oblige pas à suivre le mauvais chemin jusqu’à ce que nous tombions dans un précipice » (*Ostime v. Australian Mutual Provident Society*, [1959] 3 All E.R. 245, à la page 256, [1960] A.C. 459 (Ch. des lords)). Les tribunaux reconnaissent également qu’avec le temps, la présentation de nouveaux arguments et le recul, des décisions peuvent sembler erronées. Par conséquent, la Cour suprême du Canada et la plupart des cours d’appel canadiennes ont énoncé les critères dont elles doivent tenir compte lorsqu’elles pourraient, pour poursuivre la métaphore, s’écarter des sentiers battus.

[28] Les circonstances dans lesquelles la Cour suprême du Canada s’écartera d’une décision antérieure ont fait l’objet d’une attention considérable dernièrement (voir, p. ex., l’arrêt *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, aux paragraphes 56 et 57 (voir cependant les paragraphes 129 à 139 des motifs concordants du juge Rothstein); l’arrêt *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489 (l’arrêt *Craig*), aux paragraphes 24 à 27; l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, au paragraphe 47). La Cour suprême indiquait tout dernièrement qu’« “[i]l lui faut [...] être convaincue, pour des raisons impérieuses, que la décision est erronée et qu’elle devrait être écartée” » (arrêt *Teva Canada Ltée c. TD Canada Trust*, 2017 CSC 51, [2017] 2 R.C.S. 317 (l’arrêt *Teva*), au paragraphe 65, qui cite le paragraphe 25 de l’arrêt *Craig*).

[29] Le libellé de l’arrêt *Teva* est important. Il faut que la Cour en arrive à la conclusion que la décision « est erronée ». Ce qu’on comprend des décisions de la Cour suprême, c’est qu’on peut estimer qu’une décision est « erronée » lorsqu’elle ne tient pas compte des valeurs de la

is attenuated by or inconsistent with another decision of the Court, where the social, political and economic assumptions that underlie the decision are no longer extant or where the law is uncertain. In *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, decided two years earlier, the Supreme Court said that settled rulings of higher courts may be reconsidered by trial courts, where a new issue is raised, “where there is a change in the circumstances” or there is evidence that “fundamentally shifts the parameters of the debate” (at paragraph 44). Although these criteria were identified in the context of a discussion of vertical *stare decisis*, they are equally pertinent to a discussion of horizontal *stare decisis*.

[30] In this Court, a three-judge panel may depart from a decision of another panel in three circumstances.

[31] The first arises when the panel is satisfied that the decision was “manifestly wrong, in the sense that the Court overlooked a relevant statutory provision, or a case that ought to have been followed” (*Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149 (*Miller*), at paragraph 10). The second arises when the decision has been overtaken by subsequent Supreme Court jurisprudence. The third arises where there are compelling reasons to do so and correctness prevails over certainty (*J.P. v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 FCA 262, [2014] 4 F.C.R. 371 (*J.P.*), at paragraph 72).

[32] The manifestly wrong test has been consistently applied in this Court’s jurisprudence when it sits in its usual three-judge formation (see e.g. *Kossow v. Canada*, 2013 FCA 283, [2014] 2 C.T.C. 1, at paragraph 33; *Apotex Inc. v. Eli Lilly Canada Inc.*, 2016 FCA 267, [2017] 3 F.C.R. 145, at paragraph 2). It is also the test in other appellate courts (see e.g. the cases reviewed at paragraph 126 of *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161, 255 D.L.R. (4th) 633 (C.A.) (*Polowin Real Estate*)); see also the discussion at paragraphs 77 to 94 of *R. v. Neves*, 2005 MBCA 112, 201 Man. R. (2d) 44; *R. v. Grumbo* (1998), 159 D.L.R. (4th) 577, 168 Sask. R. 78,

Charte, lorsqu’elle est affaiblie par une autre décision de la Cour ou lorsqu’elle est incompatible avec celle-ci, lorsque les hypothèses sociales, politiques et économiques qui sous-tendent la décision ne tiennent plus ou lorsque le droit est incertain. Dans l’arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, rendu deux ans plus tôt, la Cour suprême a déclaré que les juridictions inférieures « peuvent réexaminer les précédents de tribunaux supérieurs dans deux situations : (1) lorsqu’une nouvelle question juridique se pose; et (2) lorsqu’une modification de la situation ou de la preuve “change radicalement la donne” » (au paragraphe 44). Bien que ces critères aient été énoncés à l’égard de la règle du *stare decisis* vertical, ils sont tout aussi pertinents à l’égard du *stare decisis* horizontal.

[30] À notre Cour, une formation de trois juges peut s’écarter d’une décision d’une autre formation dans trois circonstances.

[31] La première survient lorsque le tribunal est convaincu que la décision en cause est « manifestement erronée, du fait que la Cour n’aurait pas tenu compte de la législation applicable ou d’un précédent qui aurait dû être respecté » (arrêt *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370 (l’arrêt *Miller*), au paragraphe 10). La deuxième se produit lorsque la décision est caduque en raison de la jurisprudence subséquente de la Cour suprême. La troisième survient lorsqu’il y a des raisons impérieuses de le faire et que la justesse l’emporte sur la certitude (arrêt *J.P. c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CAF 262, [2014] 4 R.C.F. 371 (l’arrêt *J.P.*), au paragraphe 72).

[32] Notre Cour a appliqué le critère de la décision « manifestement erronée » de façon constante lorsqu’elle siège dans sa formation habituelle de trois juges (voir, p. ex., l’arrêt *Kossow c. Canada*, 2013 CAF 283, au paragraphe 33; l’arrêt *Apotex Inc. c. Eli Lilly Canada Inc.*, 2016 CAF 267, [2017] 3 R.C.F. 145, au paragraphe 2). C’est également le critère appliqué par d’autres cours d’appel (voir, par exemple, les décisions examinées au paragraphe 126 de l’arrêt *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161, 255 D.L.R. (4th) 633 (C.A.) (l’arrêt *Polowin Real Estate*); voir également les points soulevés aux paragraphes 77 à 94 de l’arrêt *R. v. Neves*, 2005 MBCA 112, 201 Man. R.

at paragraph 54; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Locals 527, 1370, 1598, 1907 and 2397 v. Labour Relations Board*), 2006 BCCA 364, 272 D.L.R. (4th) 253, at paragraph 24).

[33] The question that arises here, however, is the standard to be applied when a five-judge panel considers a decision of a three-judge panel.

[34] In *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331 (*Hospira*), a five-judge panel of this Court reversed a three-judge majority of a five-member panel decision in *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425, 149 N.R. 273 (C.A.) (*Aqua-Gem*) which established the standard of review on appeal from decisions of prothonotaries. Nadon J.A., writing for the five-member panel, noted that the *Miller* test was not applicable because *Aqua-Gem* could not be said to be manifestly wrong, but that the rationalization of the law with respect to the standard of review had “fundamentally shift[ed] the parameters of the debate” (*Hospira*, at paragraphs 61–64).

[35] Other courts have stated that a five-judge panel may overrule a prior decision of a three-judge panel when the “earlier decision was wrong, or [where] for any other reason, the earlier decision ought to be overruled” (*Nathanson, Schachter & Thompson v. Inmet Mining Corp.*, 2009 BCCA 385, 96 B.C.L.R. (4th) 342, at paragraph 62). The Ontario Court of Appeal stated that the inquiry should be on the nature of the error, its impact and the consequences of maintaining it (*Polowin Real Estate*, at paragraph 127).

[36] These statements echo the compelling reasons test articulated by the Supreme Court in *Craig* and *Teva* and developed by this Court in *J.P.* Subject to what follows, I would apply this test in a five-judge panel context as well.

[37] The decision which we are asked to overturn consists essentially of two paragraphs in a decision dismissing an appeal on very narrow grounds. While *Forrest FCA* has

(2d) 44; l’arrêt *R. v. Grumbo* (1998), 159 D.L.R. (4th) 577, 168 Sask. R. 78, au paragraphe 54; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Locals 527, 1370, 1598, 1907 and 2397 v. Labour Relations Board*, 2006 BCCA 364, 272 D.L.R. (4th) 253, au paragraphe 24).

[33] La question qui se pose ici, cependant, est la norme à appliquer lorsqu’une formation de cinq juges examine une décision rendue par une formation de trois juges.

[34] Dans l’arrêt *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331 (l’arrêt *Hospira*), une formation de cinq juges de notre Cour a invalidé la décision majoritaire de trois juges d’une formation de cinq juges dans l’arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.) (l’arrêt *Aqua-Gem*), qui avait établi la norme de contrôle en matière d’appel des décisions des protonotaires. Le juge Nadon, s’exprimant au nom de la formation de cinq juges, a fait remarquer que le critère de l’arrêt *Miller* ne s’appliquait pas parce qu’on ne pouvait pas dire que l’arrêt *Aqua-Gem* était manifestement erroné, mais que la rationalisation du droit en ce qui concerne la norme de contrôle « change radicalement la donne » (arrêt *Hospira*, aux paragraphes 61 à 64).

[35] D’autres tribunaux ont déclaré qu’une formation constituée de cinq juges peut annuler une décision antérieure d’une formation constituée de trois juges lorsque la [TRADUCTION] « décision antérieure est erronée ou lorsque, pour tout autre motif, la décision antérieure doit être rejetée » (arrêt *Nathanson, Schachter & Thompson v. Inmet Mining Corp.*, 2009 BCCA 385, 96 B.C.L.R. (4th) 342, au paragraphe 62). La Cour d’appel de l’Ontario a déclaré que l’examen devrait porter sur la nature de l’erreur, ses répercussions et les conséquences de son maintien (arrêt *Polowin Real Estate*, au paragraphe 127).

[36] Ces déclarations font écho au critère des motifs impérieux énoncé par la Cour suprême dans l’arrêt *Craig* et dans l’arrêt *Teva* et examiné par notre Cour dans l’arrêt *J.P.* Sous réserve de ce qui suit, j’appliquerais également ce critère dans le cas d’une formation de cinq juges.

[37] La décision que l’on nous demande d’annuler est constituée essentiellement de deux paragraphes d’une décision rejetant un appel pour des motifs très limités.

been cited on a few occasions on the issue of whether immigration status is an analogous ground under section 15 of the Charter, in the 12 years since it was decided, it has never been cited on the issue at the heart of this appeal, except in the appellant's case. As a result, this is not a case in which certainty and predictability in the law are in issue. Similarly, this is not a case in which the parameters of the debate have shifted.

[38] In the end, this panel was formed by the Chief Justice in response to a request from the parties who allege that *Forrest FCA* is wrongly decided and should be set aside. Given the inapplicability of the factors referred to earlier in these reasons, and in the particular circumstances of this case, I believe that this panel's mandate is simply to decide if *Forrest FCA* and, by extension, *Forrest FC* were wrongly decided and if so, to provide further guidance to the Commission.

VI. Analysis

A. *Forrest FC and Forrest FCA*

[39] The saga begins with consideration of the Federal Court's decision in *Forrest FC*.

[40] The facts of *Forrest FC* are practically identical to the facts of this case, except that Mr. Forrest was not extradited to Canada. Like the appellant, he was convicted of serious crimes, he was sentenced to a long period of imprisonment, and at the time of the alleged discrimination, he was subject to a deportation order whose execution was stayed by operation of paragraph 50(b) of the IRPA. In the course of his incarceration, he was allegedly the victim of one or more discriminatory practices. Mr. Forrest filed a complaint with the Commission, which the Commission dismissed on the basis that it lacked the jurisdiction to deal with it.

[41] In a first judicial review, which is not reported, the Commission's decision was set aside on consent and the matter was returned to the Commission for redetermination "in accordance with the Direction of this Court that the question of the Applicant's status in Canada at the relevant time be referred to the Minister of Citizenship

Bien que l'on ait fait référence à l'arrêt *Forrest CAF* à quelques reprises, au cours des 12 années écoulées depuis qu'il a été rendu, au sujet de la question de savoir si le statut d'immigrant est un motif analogue au titre de l'article 15 de la Charte, on n'y a jamais fait référence quant à la question au cœur du présent appel, sauf en l'espèce. Par conséquent, il ne s'agit pas d'un cas où la certitude et la prévisibilité du droit sont en cause. De même, il ne s'agit pas d'un cas où il y a eu un changement radical de la donne.

[38] En fin de compte, le juge en chef a constitué la présente formation en réponse à la demande des parties qui allèguent que l'arrêt *Forrest CAF* est erroné et ne devrait plus faire jurisprudence. Puisque les facteurs que j'ai indiqués précédemment ne sont pas applicables, et vu les circonstances de la présente affaire, je suis d'avis que la présente formation n'a qu'à déterminer si l'arrêt *Forrest CAF* et, par extension, la décision *Forrest CF* sont erronés et, le cas échéant, fournir des directives à la Commission.

VI. Analyse

A. *La décision Forrest CF et l'arrêt Forrest CAF*

[39] L'histoire commence par l'examen de la décision *Forrest CF* de la Cour fédérale.

[40] Les faits de la décision *Forrest CF* sont pratiquement identiques aux faits de la présente affaire, à l'exception que M. Forrest n'a pas été extradé au Canada. Comme l'appellant, il a été déclaré coupable de crimes graves, il a été condamné à une longue peine d'emprisonnement et, au moment de la discrimination alléguée, il faisait l'objet d'une mesure de renvoi en sursis en application de l'alinéa 50b) de la LIPR. Au cours de son emprisonnement, il aurait été victime d'un ou de plusieurs actes discriminatoires. M. Forrest a déposé une plainte auprès de la Commission, que la Commission a rejetée au motif qu'elle n'avait pas la compétence voulue pour l'examiner.

[41] Lors d'un premier contrôle judiciaire, qui n'apparaît pas dans les recueils de jurisprudence, la décision de la Commission fut annulée avec le consentement des parties et l'affaire renvoyée à la Commission pour nouvel examen « en conformité avec les directives de la Cour que la question du statut du demandeur au Canada à l'époque

and Immigration as contemplated by [subsection 40(6)] of the *Canadian Human Rights Act*” (*Forrest FC*, at paragraph 7).

[42] A review of the Federal Court’s file shows that the Commission initially decided, without reference to an appropriate minister, that Mr. Forrest was not lawfully present in Canada. Mr. Forrest filed an application for judicial review which was allowed on the basis of a joint submission that the matter should be referred to the Minister of Citizenship and Immigration. As a result, the Commission referred the question of Mr. Forrest’s status to the Minister of Citizenship and Immigration under subsection 40(6). The latter responded that Mr. Forrest was neither a Canadian citizen nor a permanent resident of Canada and that he was under an order of deportation. The Minister reported that Citizenship and Immigration Canada (CIC) took the position that Mr. Forrest was not lawfully present in Canada at the material time (*Forrest FC*, at paragraph 8).

[43] The Commission’s investigator who received the Minister’s reply summarized their position with respect to this advice as follows:

7. Following the Federal Court order [in the previous application for judicial review], the Minister of Citizenship and Immigration was asked to confirm the complainant’s legal status in Canada. By letter dated February 28, 2000, the Minister informed the Commission that the complainant has “no status” in Canada. The letter indicates that the complainant is under an order of deportation from Canada and that the order was issued following an immigration hearing on November 23, 1995.

8. Section 40(6) of the CHRA gives the Minister of Citizenship and Immigration the jurisdiction to determine an individual’s status in Canada and states that the Commission cannot proceed unless the question of status is resolved in favour of the complainant. In light of the Minister’s determination that the complainant has no status in Canada, the Canadian Human Rights Commission does not have the jurisdiction to deal with the complaint.

(*Forrest FC*, at paragraph 22.)

pertinente soit renvoyée au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration comme le prévoit le paragraphe [40(6)] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* » (décision *Forrest CF*, au paragraphe 7).

[42] Un examen du dossier de la Cour fédérale indique que la Commission a d’abord conclu, sans renvoi à un ministre compétent, que M. Forrest n’était pas légalement présent au Canada. M. Forrest a déposé une demande de contrôle judiciaire qui a été accueillie selon une observation conjointe voulant que l’affaire soit renvoyée au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration. Par conséquent, la Commission a renvoyé la question de la situation de M. Forrest au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration en vertu du paragraphe 40(6). Le ministre a indiqué que M. Forrest n’était ni citoyen canadien ni résident permanent du Canada et qu’il faisait l’objet d’une mesure de renvoi. Le ministre a déclaré que Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) estimait que M. Forrest n’était pas légalement présent au Canada à l’époque pertinente (décision *Forrest CF*, au paragraphe 8).

[43] L’enquêteur de la Commission qui a reçu la réponse du ministre a résumé ainsi son point de vue au sujet de la réponse :

[TRADUCTION]

7. À la suite de l’ordonnance de la Cour fédérale [dans la demande de contrôle judiciaire précédente], on a demandé au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration de confirmer le statut juridique du plaignant au Canada. Par lettre datée du 28 février 2000, le ministre a informé la Commission que le plaignant n’avait « aucun statut » au Canada. La lettre indique que le plaignant fait l’objet d’une mesure de renvoi du Canada et que l’ordonnance a été rendue à la suite d’une audience d’immigration tenue le 23 novembre 1995.

8. Le paragraphe 40(6) de la LCDP accorde au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration la compétence quant à la détermination du statut au Canada d’un individu et mentionne que la Commission ne peut procéder à l’instruction de la plainte que si la question est tranchée en faveur du plaignant. Compte tenu de la conclusion du ministre que le plaignant n’a aucun statut au Canada, la Commission canadienne des droits de la personne n’a pas compétence pour traiter la plainte.

(Décision *Forrest CF*, au paragraphe 22.)

[44] In the end, the Commission wrote to Mr. Forrest to advise him that it would not deal with his complaint because it was “beyond its jurisdiction in that the victim of the alleged discriminatory practice was, at the time of such acts or omissions, not lawfully present in Canada” (*Forrest FC*, at paragraph 1).

[45] The Federal Court pointed out that CIC’s opinion that Mr. Forrest was not lawfully present in Canada was simply gratuitous advice which was not binding on the Commission. The Court was of the view that it was the Commission’s responsibility to determine if Mr. Forrest was lawfully present in Canada and that the Commission could not rely upon the Minister’s or CIC’s advice on that issue to relieve it of its responsibility (*Forrest FC*, at paragraph 21).

[46] However, the Federal Court considered the Minister’s response as to Mr. Forrest’s standing under the IRPA as “status advice”. The Federal Court’s treatment of that “status advice” is important enough to be quoted at length:

I conclude that the foregoing advice, particularly that contained in the quoted paragraph 8 [quoted above] is correct. As earlier noted, the Minister of Citizenship and Immigration provided the Minister with “status” advice, that being that since the Applicant is neither a Canadian citizen nor a permanent resident of Canada, he has no “status” in Canada.... Given the Minister’s “status” advice, by virtue of subsection 40(6) of the *Canadian Human Rights Act*, the Commission had no authority to further examine the question of whether or not the Applicant was “lawfully present in Canada” since the question of status was not resolved in favour of the Applicant. In effect, the question of lawful presence in Canada became irrelevant and the Minister’s gratuitous advice in that regard was similarly irrelevant.

(*Forrest FC*, at paragraph 23.)

[47] The significance of the Federal Court’s reasoning in this paragraph is its conclusions that subsections 40(5)

[44] En fin de compte, la Commission a informé M. Forrest par écrit qu’elle ne donnerait pas suite à sa plainte parce que « [elle] ne relève pas de sa compétence car la victime de la prétendue pratique discriminatoire ne se trouvait pas légalement au Canada à l’époque où ces actes ou omissions ont été commis » (décision *Forrest CF*, au paragraphe 1).

[45] La Cour fédérale a fait remarquer que l’opinion de CIC selon laquelle M. Forrest n’était pas légalement présent au Canada n’était en fait qu’un conseil à titre gratuit qui ne liait pas la Commission. La Cour était d’avis qu’il incombait à la Commission de déterminer si M. Forrest était légalement présent au Canada et que la Commission ne pouvait pas s’en remettre aux conseils du ministre ou de CIC sur cette question pour se dégager de sa responsabilité (décision *Forrest CF*, au paragraphe 21).

[46] Toutefois, la Cour fédérale a considéré la réponse du ministre quant à la situation de M. Forrest en vertu de la LIPR comme un avis « quant au statut ». Le traitement par la Cour fédérale de cet avis « quant au statut » est suffisamment important pour être cité intégralement :

Je conclus que l’avis qui précède, en particulier ce qui figure au paragraphe 8, précité, est juste. Comme il a été souligné plus haut, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration a donné au ministre un avis « quant au statut » selon lequel étant donné que le demandeur est ni citoyen canadien, ni résident permanent du Canada, il n’a aucun « statut » au Canada. De plus, il n’a pas été contesté devant la Cour que, au moment pertinent, le demandeur n’avait aucun statut de « visiteur » au Canada si, en effet, un visa de visiteur confère un « statut » au sens employé en matière d’immigration. Compte tenu de l’avis du ministre « quant au statut », en vertu du paragraphe 40(6) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la Commission n’avait pas compétence pour examiner davantage la question de savoir si oui ou non le demandeur était « légalement présent au Canada » car la question du statut n’a pas été résolue en faveur du demandeur. En effet, la question de la présence légale au Canada est devenue non pertinente et l’avis à titre gratuit du ministre à cet égard était également non pertinent.

(Décision *Forrest CF*, au paragraphe 23.)

[47] L’importance du raisonnement de la Cour fédérale dans ce paragraphe se trouve dans sa conclusion que les

and 40(6) are two distinct mechanisms for determining if the Commission can proceed with a complaint and that it is necessarily the Minister of Citizenship and Immigration who has the authority and responsibility to resolve the question of status under subsection 40(6), once the question is referred to him. I will elaborate on this reasoning shortly but for the present, suffice it to say that both conclusions are incorrect.

[48] Since, in the Federal Court's view, the Minister's determination that Mr. Forrest had no immigration status meant that the question of status was not resolved in his favour, the Commission was barred from proceeding with the complaint by the terms of subsection 40(6). In the result, the Federal Court found that the Commission did not err in concluding that it lacked the jurisdiction to deal with Mr. Forrest's complaint.

[49] I turn now to *Forrest FCA*.

[50] The argument advanced in *Forrest FCA* was that Mr. Forrest was lawfully present in Canada within the meaning of paragraph 40(5)(a) of the CHRA because he was in lawful custody (*Forrest FCA*, at paragraph 8). This Court's reasoning is contained in a single paragraph:

In my respectful view, the appellant looks at the issue from the wrong end of the telescope. His custody is lawful because he is unlawfully present in Canada. It is also lawful because he has been convicted of serious crimes (possession of a restricted weapon, possession of cocaine for the purpose of trafficking, forcible confinement, assault, possession of a dangerous weapon, pointing a firearm and attempted murder). From an immigration perspective, the legality of his custody is determined both by the illegality of his presence in Canada and his criminal convictions, not the other way around as suggested by the appellant. The fact that he is in lawful custody does not clothe him with an immigration status.

[*Forrest FCA*, at paragraph 9.]

[51] Although being unlawfully present in Canada would be grounds for lawful custody, Mr. Forrest's custody was of a different nature. At the time of the alleged

paragraphs 40(5) et 40(6) représentent deux mécanismes distincts pour déterminer si la Commission peut examiner une plainte et qu'il revient nécessairement au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de trancher la question de la situation au titre du paragraphe 40(6) une fois que la question lui a été renvoyée. Je vais examiner ce raisonnement sous peu, mais pour l'instant, il suffit de dire que les deux conclusions sont erronées.

[48] Étant donné que, de l'avis de la Cour fédérale, la décision du ministre selon laquelle M. Forrest n'avait pas de statut d'immigrant signifiait que la question de la situation n'était pas tranchée en sa faveur, la Commission ne pouvait procéder à l'instruction de la plainte en vertu du paragraphe 40(6). Par conséquent, la Cour fédérale a conclu que la Commission n'avait pas commis d'erreur en concluant qu'elle n'avait pas la compétence nécessaire pour examiner la plainte de M. Forrest.

[49] Je passe maintenant à l'arrêt *Forrest CAF*.

[50] On a fait valoir, dans l'arrêt *Forrest CAF*, que M. Forrest était légalement présent au Canada au sens de l'alinéa 40(5)a de la LCDP parce qu'il y était légalement détenu (arrêt *Forrest CAF*, au paragraphe 8). Le raisonnement de notre Cour apparaît dans un seul paragraphe :

À mon avis, l'appelant examine la question sous le mauvais angle. Il est détenu légalement parce qu'il est illégalement présent au Canada. Sa détention est aussi légale parce qu'il a été déclaré coupable de graves infractions (possession d'une arme à autorisation restreinte, possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic, séquestration, voies de fait, possession d'une arme dangereuse, le fait d'avoir braqué une arme à feu et tentative de meurtre). Du point de vue de l'immigration, la légalité de la détention repose sur le fait que l'appelant est illégalement présent au Canada ainsi que sur les déclarations de culpabilité qui ont été prononcées contre lui au criminel, et non le contraire comme le soutient l'appelant. L'appelant est légalement détenu mais cela ne lui confère pas un statut en matière d'immigration.

[Arrêt *Forrest CAF*, au paragraphe 9.]

[51] Même si le fait d'être illégalement présent au Canada constituait un motif de détention légal, la détention de M. Forrest était d'une toute autre nature. Au

discrimination, his custody was lawful not because he was illegally in Canada, but because he was serving a prison sentence for committing various criminal offences (*Forrest FCA*, at paragraphs 6–7; *Forrest FC*, at paragraph 14).

[52] The reasoning of the Court in *Forrest FCA* must be understood in this factual context, and the context of the appellant’s argument. Since Mr. Forrest based his appeal on the basis that he was lawfully present in Canada, thereby invoking paragraph 40(5)(a), the fact of his lack of immigration status is material only to the extent that one accepts that “lawfully present in Canada” requires one to have some status under the IRPA. Implicit in paragraph 9 of *Forrest FCA* is that the absence of immigration status meant that Mr. Forrest was not lawfully present in Canada. In finding as it did, the Court was necessarily rejecting the Federal Court’s conclusion that once the question of status was referred to the Minister under subsection 40(6), the question of “lawfully present in Canada” was no longer relevant.

[53] Indeed, Mr. Forrest was determined by this Court not to be lawfully present in Canada solely because he lacked immigration status. The fact that he was serving an imprisonment sentence for being convicted of criminal offences at the time of the alleged discrimination made no difference.

[54] As noted, the salient features of the present case match those of *Forrest FCA*. As in that case, the complainant in this case lacks immigration status and is serving a term of imprisonment for a criminal conviction at the time of the alleged discrimination. The sole distinction here is that the appellant’s original entry into Canada was authorized by the *Extradition Act* and the charges which he faced were circumscribed by the terms of surrender made under the *Extradition Act*.

[55] With this background in mind, I turn to the Commission’s decision.

moment de la prétendue discrimination, sa détention était légale non pas parce qu’il se trouvait illégalement au Canada, mais parce qu’il purgeait une peine d’emprisonnement pour diverses infractions pénales (arrêt *Forrest CAF*, aux paragraphes 6 et 7, et décision *Forrest CF*, au paragraphe 14).

[52] Le raisonnement de la Cour dans l’arrêt *Forrest CAF* doit être compris en tenant compte de ce contexte et des observations de l’appelant. Étant donné que M. Forrest a fondé son appel sur le fait qu’il était légalement présent au Canada, invoquant ainsi l’alinéa 40(5)a), le fait qu’il n’avait pas de statut d’immigrant n’est pertinent que si on suppose que pour qu’une personne soit « légalement présente » au Canada, elle doit avoir un statut quelconque au titre de la LIPR. Le paragraphe 9 de l’arrêt *Forrest CAF* affirmait implicitement que l’absence de statut d’immigrant signifiait que M. Forrest n’était pas légalement présent au Canada. Dans sa conclusion, la Cour rejetait nécessairement la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle, une fois que la question de la situation a été renvoyée au ministre en vertu du paragraphe 40(6), la question de la présence légale au Canada n’était plus pertinente.

[53] En fait, la Cour a conclu que M. Forrest n’était pas légalement présent au Canada uniquement parce qu’il n’avait pas de statut d’immigrant. Le fait qu’il purgeait une peine d’emprisonnement après avoir été reconnu coupable d’infractions pénales au moment de la prétendue discrimination était sans pertinence.

[54] Comme on l’a mentionné, les faits principaux en l’espèce correspondent à ceux de l’arrêt *Forrest CAF*. Comme dans cette affaire, le plaignant n’a pas de statut d’immigrant et purgeait une peine d’emprisonnement pour une condamnation pénale au moment de la prétendue discrimination. La seule distinction en l’espèce, c’est que l’entrée initiale de l’appelant au Canada a été autorisée en vertu de la *Loi sur l’extradition* et que les accusations auxquelles il a fait face ont été circonscrites par les conditions d’extradition établies en vertu de la *Loi sur l’extradition*.

[55] J’examine maintenant la décision de la Commission en tenant compte de ce contexte.

B. Analysis of the Commission's decision

[56] As in Mr. Forrest's case, the Commission appointed an investigator to examine whether the Commission had jurisdiction to deal with the appellant's complaint. The investigator prepared a Section 40/41 Report (appeal book, at pages 138–143) (the Report) in which the investigator noted at paragraph 12 that when the Commission was informed that the appellant was not a Canadian citizen and that he had been convicted of murder, "the question of his status in Canada was raised". It further notes that the parties were not consulted with respect to this referral: see Report, at paragraph 9.

[57] The Minister responded by the hand of his Deputy Minister who advised that the appellant was found to be inadmissible to Canada and was issued a deportation order whose enforcement was stayed until the completion of his sentence. In addition, the Deputy Minister reported that the appellant was not, at the material time, a Canadian citizen, a permanent resident, a visitor whose who had not ceased to be a visitor or a person holding a valid and subsisting Minister's permit. The Deputy Minister closed by writing that "In other words, during the period in question, [the appellant] did not have any status as a temporary resident, permanent resident or citizen in Canada and as such, was not lawfully present in Canada": appeal book, at page 145.

[58] At paragraph 16, the Report concluded that in light of the information received from the Minister's office, the question of the complainant's status was not resolved in his favour "which means he was not lawfully present in Canada within the meaning of section 40(5) of the Act". This conclusion is inconsistent with *Forrest FC* and with subsection 40(6) of the Act.

[59] The Report then referred to *Forrest FC*, noting that it was authority for the proposition that where the question of a complainant's status is not resolved in the latter's favour, the Commission does not have jurisdiction over the allegations in the complaint.

B. Analyse de la décision de la Commission

[56] Comme dans le cas de M. Forrest, la Commission a nommé un enquêteur pour examiner si elle avait compétence pour examiner la plainte de l'appelant. L'enquêteur a rédigé un rapport sur les articles 40 et 41 (dossier d'appel, aux pages 138 à 143) (le rapport) dans lequel il fait remarquer, au paragraphe 12, que lorsque la Commission a été informée du fait que l'appelant n'était pas citoyen canadien et qu'il avait été reconnu coupable de meurtre, [TRADUCTION] « la question de sa situation au Canada a été soulevée ». Il note également que les parties n'ont pas été consultées à l'égard de ce renvoi (voir le rapport, au paragraphe 9).

[57] Le ministre a répondu par la voie de son sous-ministre, qui a indiqué que l'appelant avait été déclaré interdit de territoire au Canada et qu'il avait fait l'objet d'une mesure de renvoi, en sursis jusqu'à la fin de sa peine. De plus, le sous-ministre a déclaré que l'appelant n'était pas, au moment pertinent, un citoyen canadien, un résident permanent, un visiteur dont le statut de visiteur n'avait pas pris fin ou une personne titulaire d'un permis ministériel en cours de validité. Le sous-ministre a conclu en écrivant : [TRADUCTION] « En d'autres termes, au cours de la période en question, [l'appelant] n'avait pas de statut de résident temporaire, de résident permanent ou de citoyen du Canada et, à ce titre, n'était pas légalement présent au Canada » (dossier d'appel, à la page 145).

[58] Au paragraphe 16 du rapport, on indique qu'à la lumière des renseignements reçus du cabinet du ministre, la question de la situation du plaignant n'avait pas été tranchée en sa faveur, [TRADUCTION] « ce qui signifie qu'il n'était pas légalement présent au Canada au sens du paragraphe 40(5) de la Loi ». Cette conclusion est incompatible avec la décision *Forrest CF* et avec le paragraphe 40(6) de la Loi.

[59] Le rapport renvoyait ensuite à la décision *Forrest CF* et indiquait que selon cette décision, la Commission n'avait pas compétence sur les allégations formulées dans la plainte lorsque la question de la situation d'un plaignant n'était pas tranchée en faveur de celui-ci.

[60] In response to submissions made by the appellant's counsel as to the appellant's status, the Report reasoned that the determination as to whether a person is lawfully present in Canada within the meaning of subsection 40(5) does not turn on whether the person entered the country legally or was convicted of an offence: "Rather, 'the status of an individual' referred to in [sub]section 40(6) refers to that individual's immigration status.... A person against whom a deportation order has been issued no longer has status in Canada and is not 'lawfully present in Canada' within the meaning of section 40(5)": Report, at paragraph 18.

[61] The Report went on to say that given this interpretation of "the status of an individual", the appropriate minister pursuant to subsection 40(6) is the Minister of Citizenship and Immigration, not the Minister of Justice or the Attorney General as counsel for the appellant had argued: Report, at paragraph 19.

[62] The Report then referred to this Court's decision in *Forrest FCA*, quoting paragraphs 8 and 9 of the decision, which are reproduced above, without commenting on their significance for the appellant's case: Report, at paragraph 20.

[63] As a result, the Commission found that it did not have jurisdiction over the appellant's complaint because he was not lawfully in Canada within the meaning of paragraph 40(5)(a) of the Act: Report, at paragraph 23.

[64] The Report then stated its conclusion which was adopted verbatim by the Commission as its decision with respect to the appellant's complaint:

Citizenship and Immigration Canada has advised the Commission that at the time of the alleged discrimination raised in this complaint, the complainant was under a deportation order and has no legal status in Canada. This means that the complainant was not lawfully present in Canada within the meaning of subsection 40(5) of the Act at the time of the alleged acts of discrimination raised in this complaint. Thus, the question of the complainant's status was not resolved in his favour. Given the wording of section 40(6) of the Act, the fact that the question of status was not resolved in favour of the complainant

[60] En guise de réponse aux observations présentées par l'avocat de l'appelant en ce qui a trait à la situation de ce dernier, le rapport a indiqué que la conclusion selon laquelle une personne est légalement présente ou non au Canada au sens du paragraphe 40(5) ne repose pas sur le fait que la personne soit entrée au pays légalement ou non ni qu'elle ait ou non été reconnue coupable d'une infraction : [TRADUCTION] « "La situation d'un individu" visée au paragraphe 40(6) est son statut d'immigrant. [...] La personne visée par une mesure de renvoi n'a plus de statut au Canada et n'est pas "légalement présente" au Canada au sens du paragraphe 40(5) » (rapport, au paragraphe 18).

[61] Le rapport ajoute que, compte tenu de cette interprétation de la « situation d'un individu », le ministre compétent en vertu du paragraphe 40(6) est le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, et non le ministre de la Justice ou le procureur général, comme l'avait soutenu l'avocat de l'appelant (rapport, au paragraphe 19).

[62] Le rapport renvoie ensuite à la décision de notre Cour dans l'arrêt *Forrest CAF* en citant les paragraphes 8 et 9 de l'arrêt, qui sont reproduits ci-dessus, sans commenter leur pertinence dans le cas de l'appelant (rapport, au paragraphe 20).

[63] Par conséquent, la Commission a conclu qu'elle n'avait pas compétence sur la plainte de l'appelant parce qu'il ne se trouvait pas légalement au Canada au sens de l'alinéa 40(5)a) de la LCDP (rapport, au paragraphe 23).

[64] Le rapport énonce ensuite sa conclusion, que la Commission a adoptée textuellement en guise de décision concernant la plainte de l'appelant :

[TRADUCTION] Citoyenneté et Immigration Canada a informé la Commission qu'au moment de la discrimination alléguée selon la plainte, le plaignant faisait l'objet d'une mesure de renvoi et n'avait aucun statut juridique au Canada. Cela signifie que le plaignant n'était pas légalement présent au Canada au sens du paragraphe 40(5) de la Loi au moment de l'acte discriminatoire allégué soulevé dans la plainte. Par conséquent, la question de la situation du plaignant n'a pas été tranchée en sa faveur. Compte tenu du libellé du paragraphe 40(6) de la Loi, le fait que la question de la situation n'ait pas été tranchée en faveur du

means that the Commission does not have jurisdiction over the allegations in the complaint.

(Appeal book, at page 29.)

[65] As a result, it is reasonably clear that the Commission’s decision rests on the proposition that because the appellant had no immigration status, he was not lawfully present in Canada. This proposition, which comes from *Forrest FCA*, is the question whose correctness is challenged in these proceedings. This leads us to an examination of the statutory scheme.

C. The interpretation of subsections 40(5) and 40(6) of the CHRA

[66] I begin where any statutory interpretation exercise must: the modern approach, that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193 (*Rizzo*), at paragraph 21, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at page 87). Another way of expressing the same principle is that “[t]he interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole”: see *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10.

[67] The crux of this appeal is the reasonableness of the Commission’s interpretation of “lawfully present in Canada” in paragraph 40(5)(a) and of “status of an individual” in subsection 40(6). Recall that the Commission determined that the absence of immigration status meant that the appellant was not lawfully present in Canada, and that “status of an individual” in subsection 40(6) only refers to immigration status such that it was required to refer the question of status to the Minister of Citizenship and Immigration alone.

[68] When the appellant was extradited to Canada, he entered Canada under the authority of the *Extradition*

plaignant signifie que la Commission n’a pas compétence sur les allégations contenues dans la plainte.

(Dossier d’appel, à la page 29.)

[65] Par conséquent, il est raisonnablement clair que la décision de la Commission repose sur la conclusion selon laquelle l’appellant n’était pas légalement présent au Canada parce qu’il n’avait pas de statut d’immigrant. Cette conclusion, qui vient de l’arrêt *Forrest CAF*, est celle dont le bien-fondé est contesté en l’espèce. Cela nous amène à examiner le cadre légal.

C. L’interprétation des paragraphes 40(5) et 40(6) de la LCDP

[66] J’amorce l’interprétation de la loi là où elle doit commencer, à savoir l’approche moderne selon laquelle « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 (l’arrêt *Rizzo*), au paragraphe 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto : Butterworths, 1983), à la page 87). On peut également énoncer le même principe en disant que « [l’]interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble » (voir l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10).

[67] Au cœur du présent appel se trouve le caractère raisonnable de l’interprétation par la Commission de l’expression « légalement présente » à l’alinéa 40(5)a) et de l’expression « situation d’un individu » au paragraphe 40(6). On se souviendra que la Commission a conclu que l’absence de statut d’immigrant signifie que l’appellant n’est pas légalement présent au Canada et que l’expression « situation d’un individu » au paragraphe 40(6) ne s’entend que du statut d’immigrant, ce qui exige un renvoi de la question au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration uniquement.

[68] Lorsque l’appellant a été extradé au Canada, il est entré au Canada en vertu de la *Loi sur l’extradition*. Plus

Act. In particular, he entered Canada as a result of the Minister of Justice making a request to Belgium for his extradition under both section 78 of the *Extradition Act* and the *Treaty Between the United Kingdom and Belgium for the Mutual Surrender of Fugitive Criminals* (29 October 1901) (Extradition Treaty).

[69] The *Extradition Act* remained the legal authority for the appellant's continued presence in Canada while in detention prior to and during trial. The specific legal authority for his detention during the trial is the surrender order, which, subject to section 80 of the *Extradition Act* and article 6 of the Extradition Treaty, gives Canada jurisdiction to detain and prosecute the extradited person.

[70] In the case of an individual, extradited or not, who lacks immigration status but who receives a sentence of imprisonment for a criminal conviction, a Warrant of Committal issues under the *Criminal Code* which commands the keeper of the institution to which he is committed "to receive the accused into custody and to imprison him or her there for the term(s) of his or her imprisonment" (*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, Form 21), as well as sections 11–14 of the *Corrections and Conditional Release Act* [S.C. 1992, c. 20], provide authority for their detention of the convicted person in a Canadian prison.

[71] The *Extradition Act* is also a continuing source of authority for the appellant's presence in Canada post-conviction in that it continues to circumscribe Canada's jurisdiction over him by ensuring that he is not detained, prosecuted, or imprisoned with respect to any offences other than those for which he was extradited. Here, there is no question that the appellant's imprisonment falls within the scope of his surrender order. Consequently, while the *Extradition Act* provides a basis, parallel to the *Criminal Code*, for the legality of his presence in Canada, it is not sufficient to distinguish this case from *Forrest FCA*.

[72] It is opportune to begin by considering subsections 40(5) and (6) within the scheme of the Act, that is, by a consideration of the contextual factors.

précisément, il est entré au Canada parce que le ministre de la Justice a présenté une demande d'extradition à la Belgique en vertu de l'article 78 de la *Loi sur l'extradition* et du *Traité entre le Royaume-Uni et la Belgique pour l'extradition mutuelle de criminels fugitifs* (29 octobre 1901) (le traité sur l'extradition).

[69] La *Loi sur l'extradition* demeure le fondement juridique de la présence continue de l'appelant au Canada lors de sa détention avant et pendant son procès. L'arrêté d'extradition constitue le fondement juridique de sa détention pendant le procès; sous réserve de l'article 80 de la *Loi sur l'extradition* et de l'article 6 du traité sur l'extradition, l'arrêté donne au Canada le pouvoir de détenir et de poursuivre la personne extradée.

[70] Dans le cas d'une personne, extradée ou non, qui n'a pas de statut d'immigrant, mais qui doit purger une peine d'emprisonnement à la suite d'une condamnation pénale, un mandat de dépôt rendu en vertu du *Code criminel* ordonnant au gardien de l'établissement où il sera incarcéré « de recevoir le contrevenant et de l'y incarcérer pour la durée de sa peine d'emprisonnement » (*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, formule 21), ainsi que les articles 11 à 14 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* [L.C. 1992, ch. 20], autorisent la détention de la personne déclarée coupable dans une prison canadienne.

[71] La *Loi sur l'extradition* constitue également le fondement juridique qui se poursuit pour la présence de l'appelant au Canada après sa condamnation, puisqu'elle circonscrit la compétence du Canada à son égard en veillant à ce qu'il ne soit pas détenu, poursuivi ou emprisonné pour des infractions autres que celles pour lesquelles il a été extradé. En l'espèce, il ne fait aucun doute que l'emprisonnement de l'appelant s'inscrit dans la portée de l'arrêté d'extradition. Par conséquent, même si la *Loi sur l'extradition*, tout comme le *Code criminel*, offre un fondement pour la légalité de la présence de l'appelant au Canada, cela ne suffit pas à distinguer la présente affaire de l'arrêt *Forrest CAF*.

[72] Il convient de commencer en examinant les paragraphes 40(5) et 40(6) en tenant compte de l'esprit de la loi, c'est-à-dire en tenant compte de leur contexte.

[73] In interpreting these provisions, it is also important to recall that section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 states:

Enactments deemed remedial

12 Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

[74] This principle of interpretation takes on added significance in the human rights context, where the Supreme Court has long held that rights-conferring provisions are to be interpreted broadly and liberally, while exceptions are to be narrowly construed (see e.g. *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, at page 339, (1992), 93 D.L.R. (4th) 346; *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604, at paragraphs 65–67 (per McLachlin C.J.C., concurring in part); see also Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., (Markham, Ont.: LexisNexis Canada Inc., 2014), at §19.1–§19.10).

[75] The CHRA is concerned with discriminatory practices. The sections which define discriminatory practices proscribe those practices with respect to “any individual” or “an individual”: see paragraphs 5(a) and (b), paragraphs 6(a) and (b), paragraph 7(a), paragraphs 9(1)(a) and (c), section 10, and subsection 14(1) of the CHRA. In some cases, a more restrictive descriptor is used because the focus is persons with a particular status: see, for example, the reference to “employee” in paragraph 7(b) dealing with discrimination in employment, the reference to “members of [an] organization” in paragraph 9(1)(b) dealing with discrimination in employee organizations, the reference to “male and female employees” in subsection 11(1) dealing with equal wages.

[76] In my view, these inclusive references demonstrate an intention to extend the benefit of the legislation to as broad a group of persons as possible.

[77] The process of extending the benefits of the CHRA includes providing recourse to those who believe that they

[73] Lorsque l’on interprète ces dispositions, il est également important de se rappeler ce que prévoit l’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 :

Principe et interprétation

12 Tout texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

[74] Ce principe d’interprétation revêt une importance accrue dans le cas des droits de la personne; la Cour suprême a depuis longtemps affirmé que les dispositions conférant des droits doivent être interprétées de façon libérale, tandis que les exceptions doivent être interprétées de façon restreinte (voir, p. ex., l’arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, à la page 339; l’arrêt *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604, aux paragraphes 65 à 67 (motifs concordant en partie de la juge en chef McLachlin); voir également Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. (Markham (Ont.) : LexisNexis Canada Inc., 2014), aux paragraphes 19.1 à 19.10).

[75] La LCDP s’intéresse aux actes discriminatoires. Les articles qui définissent les actes discriminatoires les interdisent à l’égard d’« un individu » (voir les alinéas 5a), 5b), 6a), 6b), 7a), 9(1)a) et 9(1)c), l’article 10 et le paragraphe 14(1) de la LCDP). Dans certains cas, on utilise un terme plus précis car l’on vise des personnes ayant une situation particulière; voir, par exemple, le terme « *employee* » (employé) à la version anglaise de l’article 7b) traitant d’actes discriminatoires liés à l’emploi, le terme « *adhérent* » à l’alinéa 9(1)b) traitant d’actes discriminatoires dans les organisations syndicales et l’expression « *les hommes et les femmes* » au paragraphe 11(1) traitant de disparité salariale discriminatoire.

[76] À mon avis, ces termes inclusifs attestent de l’intention de faire profiter un maximum de personnes de la Loi.

[77] Le processus d’extension des droits prévus par la LCDP comprend un droit de recours pour les personnes

have been denied the rights protected by the CHRA. This is done through the complaint process described at subsection 40(1) of the CHRA:

Complaints

40 (1) Subject to subsections (5) and (7), any individual or group of individuals having reasonable grounds for believing that a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice may file with the Commission a complaint in a form acceptable to the Commission.

[78] This provision also uses “any individual” to describe those who are entitled to file a complaint, subject to the exceptions found in subsections 40(5) and (7). Once again, a very broad class of persons are given access to the Commission’s remedial jurisdiction. While exceptions to this broad class are identified, the jurisprudence is consistently to the effect that such exceptions should be narrowly construed (see e.g. *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, at page 339, (1992), 93 D.L.R. (4th) 346; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665, at paragraph 29).

[79] In addition, the powers of the Commission are broadly framed, giving it overall responsibility for the administration of the Act. The opening words of section 27 make this clear:

Powers, duties and functions

27 (1) In addition to its duties under Part III with respect to complaints regarding discriminatory practices, the Commission is generally responsible for the administration of this Part and Parts I and III and

[80] Part I of the Act deals with discriminatory practices, Part II deals with the organization, powers and duties of the Commission, while Part III sets out the statutory framework for the making and investigation of complaints, the conciliation and settlement of complaints and the referral of complaints to the Human Rights Tribunal. Every step of the process leading to the referral of a

qui estiment qu’on leur a refusé les droits garantis par la LCDP. Cela se fait au moyen du processus de plainte décrit au paragraphe 40(1) de la LCDP :

Plaintes

40 (1) Sous réserve des paragraphes (5) et (7), un individu ou un groupe d’individus ayant des motifs raisonnables de croire qu’une personne a commis un acte discriminatoire peut déposer une plainte devant la Commission en la forme acceptable pour cette dernière.

[78] Cette disposition utilise également l’expression « un individu » pour décrire la personne qui a le droit de déposer une plainte, sous réserve des exceptions prévues aux paragraphes 40(5) et 40(7). Encore une fois, un très grand nombre de personnes ont accès au pouvoir de réparation de la Commission. Bien que des exceptions existent, la jurisprudence est unanime quant au fait que de telles exceptions devraient être interprétées de façon étroite (voir, p. ex., *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, à la page 339; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665, au paragraphe 29).

[79] De plus, les pouvoirs de la Commission sont énoncés en termes larges, et elle a la responsabilité globale de l’application de la Loi. Le libellé de l’article 27 est clair à ce sujet :

Pouvoirs et fonctions

27 (1) Outre les fonctions prévues par la partie III au titre des plaintes fondées sur des actes discriminatoires et l’application générale de la présente partie et des parties I et III, la Commission [...]

[80] La partie I de la Loi traite des actes discriminatoires, la partie II de la Loi traite de la Commission et de ses pouvoirs et fonctions, tandis que la partie III de la Loi énonce le cadre légal du dépôt et de l’examen des plaintes, de la conciliation et du règlement des plaintes et du renvoi des plaintes au Tribunal canadien des droits de la personne. Chaque étape du processus menant au

complaint to the Human Rights Tribunal established pursuant to section 48.1 of the Act is under the control of the Commission.

[81] Subsection 40(5) of the Act identifies three circumstances in which the Commission is barred from proceeding with complaints. Paragraph 40(5)(a) has already been described. Paragraph 40(5)(b) deals with the situation in which a discriminatory practice within the meaning of sections 5, 8, 10 or 12 of the Act occurred in Canada and in respect of which there is no identifiable victim. Paragraph 40(5)(c) prevents the Commission from dealing with acts which occurred outside Canada in respect of which the victim, at the time of the discriminatory practice, was not a Canadian citizen or a permanent resident.

[82] Subsection 40(7) describes another circumstance which precludes the Commission from dealing with a complaint, specifically a complaint with respect to the terms and conditions of a superannuation or pension fund or plan where the relief to be accorded pursuant to a complaint would deprive a person of rights under that fund or plan which vested prior to March 1, 1978. The Commission is the entity which must interpret and apply these limitations on its ability to proceed with a complaint.

[83] Turning to subsection 40(6), one notes that the Commission is required to refer a question to an appropriate minister only when one “arises under subsection 40(5) as to the status of an individual in relation to a complaint”. This suggests that there may be cases under subsection 40(5) where no question arises because the Commission is able to resolve the question for itself. In light of the Commission’s overall responsibility for the complaint process, one can reasonably ask whether Parliament intended to deprive the Commission of the ability to decide for itself if a complaint is barred by the terms of subsection 40(5) simply because of the presence of facts which come within the mandate of another decision maker.

[84] With that context in mind, I return to subsections 40(5) and (6) of the CHRA.

renvoi d’une plainte au Tribunal des droits de la personne constitué en vertu du paragraphe 48.1 de la Loi relève de la Commission.

[81] Le paragraphe 40(5) de la Loi énonce trois situations dans lesquelles la Commission ne peut examiner une plainte. J’ai déjà mentionné l’alinéa 40(5)a). L’alinéa 40(5)b) traite de la situation où un acte discriminatoire qui tombe sous le coup des articles 5, 8, 10 ou 12 de la Loi a eu lieu au Canada sans qu’il soit possible d’en identifier la victime. L’alinéa 40(5)c) interdit à la Commission d’examiner des actes qui ont eu lieu à l’étranger alors que la victime n’était pas un citoyen canadien ou un résident permanent.

[82] Le paragraphe 40(7) énonce une autre situation où la Commission ne peut examiner une plainte, c’est-à-dire une plainte qui porte sur les conditions et les modalités d’une caisse ou d’un régime de pensions, lorsque le redressement demandé aurait pour effet de priver un participant de droits acquis avant le 1^{er} mars 1978. La Commission doit interpréter et appliquer ces restrictions à son pouvoir d’examiner une plainte.

[83] En ce qui concerne le paragraphe 40(6), la Commission est tenue de renvoyer une question au ministre compétent uniquement en cas de doute « sur la situation d’un individu par rapport à une plainte dans les cas prévus au paragraphe (5) ». Cela laisse entendre qu’il peut y avoir des cas prévus au paragraphe 40(5) où aucune question n’est soulevée parce que la Commission est en mesure de trancher la question elle-même. Compte tenu de la responsabilité globale de la Commission sur le processus de plainte, on peut raisonnablement se demander si le législateur a voulu priver la Commission du droit de décider elle-même si une plainte est irrecevable aux termes du paragraphe 40(5) simplement en raison de l’existence de faits relevant d’un autre décideur.

[84] En tenant compte de ce contexte, je reviens aux paragraphes 40(5) et 40(6) de la LCDP.

[85] It will be useful to clarify questions of terminology at this point. Paragraph 40(5)(a) says that at the time the act or omission that constitutes the practice occurred, the complainant was either “lawfully present in Canada” or “if temporarily absent from Canada, entitled to return to Canada.” Given that the issue in this case whether the appellant was lawfully present in Canada, I shall refer only to that condition in the following discussion, to avoid repetition of the cumbersome phrase “lawfully present in Canada or, if absent from Canada, entitled to return to Canada.”

[86] Since the Commission based its failure to proceed with the appellant’s complaint on the basis of its lack of jurisdiction pursuant to paragraph 41(1)(c) of the Act, it is tempting to view the conditions set out in subsections 40(5) and (6) as jurisdictional. In fact, subsections 40(5) and (6) stipulate that where the identified conditions are present, the Commission may not deal with (subsection (5)) or proceed with (subsection (6)) the complaint.

[87] Given the difficulty identifying a “true” question of jurisdiction (see [*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230]), at paragraphs 31–41), it appears that the better view is that the constraints imposed on the Commission by subsections 40(5), 40(6), as well as that imposed by subsection 40(1) quoted earlier, are free-standing procedural bars which are effective whether or not they can successfully be brought within paragraph 41(1)(c) of the Act. As a result, I will refer to procedural bars and not to jurisdiction in the comments which follow.

[88] Paragraph 40(5)(a) establishes a procedural bar to dealing with a complaint if the complainant is not lawfully present in Canada at the time the acts constituting the discriminatory practice occurred. The text itself, as well as the contextual factors to which I referred earlier, both support the view that it is the Commission and not a minister who is to decide what is meant by “lawfully present in Canada”.

[85] Il sera utile d’expliquer certains termes à ce stade-ci. Selon l’alinéa 40(5)a), l’acte discriminatoire doit avoir eu lieu alors que la victime était « légalement présente [au Canada] ou qu’elle avait le droit d’y revenir ». Étant donné que la question en l’espèce est de savoir si l’appelant était légalement présent au Canada, je me reporterai uniquement à cette condition dans la discussion qui suit, afin d’éviter la répétition de l’expression encombrante « alors que la victime y était légalement présente [au Canada] ou qu’elle avait le droit d’y revenir ».

[86] Étant donné que la Commission a fondé son défaut d’examiner la plainte de l’appelant sur le fait qu’elle n’avait pas compétence en vertu de l’alinéa 41(1)c) de la Loi, on est tenté de considérer que les conditions énoncées aux paragraphes 40(5) et 40(6) portent sur sa compétence. En fait, les paragraphes 40(5) et 40(6) précisent que dans certaines situations, la Commission ne peut être « valablement saisie d’une plainte » (paragraphe 40(5)) ou ne peut « procéder à l’instruction de la plainte » (paragraphe 40(6)).

[87] Étant donné la difficulté d’identifier les questions touchant « véritablement » à la compétence (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230, aux paragraphes 31 à 41), il semble que la meilleure approche est que les contraintes imposées à la Commission par les paragraphes 40(5) et 40(6), ainsi que celles imposées par le paragraphe 40(1) précité, sont des interdictions procédurales indépendantes qui s’appliquent peu importe si elles relèvent ou non de l’alinéa 41(1)c) de la Loi. Par conséquent, je parlerai d’interdiction procédurale et non de compétence dans les commentaires qui suivent.

[88] L’alinéa 40(5)a) établit une interdiction procédurale si la victime n’était pas légalement présente au Canada au moment où l’acte discriminatoire a eu lieu. Le libellé lui-même, ainsi que les facteurs contextuels dont j’ai parlé plus tôt, appuient tous deux l’opinion selon laquelle c’est la Commission et non un ministre qui doit déterminer le sens de l’expression « légalement présente ».

[89] However, subsection 40(6) is less clear on the issue of the decision maker. That provision introduces a number of difficulties to be navigated on the way to a resolution of that question. The first is the stipulation that when “a question arises under subsection (5) as to the status of an individual in relation to a complaint, the Commission shall refer the question of status to the appropriate Minister”.

[90] While this appeal deals with the question of whether a complainant is lawfully present in Canada at the material time, subsection 40(5) identifies other circumstances in which the Commission cannot proceed with a complaint. As noted above, there is the question of whether a person who is temporarily absent from Canada is entitled to return to Canada. In addition, paragraph 40(5)(c) raises the issue as to whether, in the case of acts which occurred outside Canada, the victim was a Canadian citizen or a person “lawfully admitted to Canada for permanent residence.”

[91] Thus, questions may arise as to whether a person is lawfully present in Canada, whether a person temporarily absent from Canada is entitled to return to Canada, whether a person is a Canadian citizen or whether a person was lawfully admitted to Canada for permanent residence. Questions may arise because the individual does not provide the information or because the Commission is unsure as to whether the information which it has been provided is credible. But, where the information is provided and the Commission considers it reliable, I can see no reason why the Commission could not determine, on the basis of the information before it, whether or not the complainant satisfied the relevant condition.

[92] But subsection 40(6) is not simply concerned with status, it is concerned with “status ... in relation to a complaint.” Both the Federal Court in *Forrest FC* and the Commission in this case treated the Minister’s advice in response to “status” as a full answer to the question of status in relation to a complaint. This led the appellant’s counsel, in an attempt to avoid the application of *Forrest FCA*, to argue that the appropriate minister in the case of an extradited person is the Minister of Justice or the Attorney General.

[89] Cependant, le paragraphe 40(6) est moins clair sur la question du décideur. Cette disposition présente un certain nombre de difficultés à surmonter afin de trancher cette question. La première a trait au fait qu’en « cas de doute sur la situation d’un individu par rapport à une plainte dans les cas prévus au paragraphe (5), la Commission renvoie la question au ministre compétent ».

[90] Bien que le présent appel porte sur la question de savoir si un plaignant est légalement présent au Canada au moment pertinent, le paragraphe 40(5) fait état d’autres circonstances où la Commission ne peut examiner une plainte. Comme nous l’avons mentionné plus haut, il y a la question de savoir si une personne qui est temporairement absente du Canada a le droit d’y revenir. En outre, l’alinéa 40(5)c soulève la question de savoir, dans le cas d’actes commis à l’étranger, si la victime était un citoyen canadien ou une personne « légalement admise au Canada à titre de résident permanent ».

[91] On peut donc se demander si une personne est légalement présente au Canada, si une personne temporairement absente du Canada a le droit d’y revenir, si une personne est un citoyen canadien ou si une personne a été légalement admise au Canada à titre de résident permanent. Des questions peuvent se soulever parce que la personne ne fournit pas les renseignements ou parce que la Commission n’est pas certaine que les renseignements fournis sont crédibles. Toutefois, lorsque les renseignements sont fournis et que la Commission les juge fiables, je ne vois pas pourquoi la Commission ne pourrait pas déterminer, en se fondant sur les renseignements dont elle dispose, si le plaignant a satisfait ou non à la condition pertinente.

[92] Cependant, le paragraphe 40(6) ne vise pas que la « situation »; il vise la « situation d’un individu par rapport à une plainte ». La Cour fédérale, dans la décision *Forrest CF*, et la Commission, en l’espèce, ont considéré l’avis du ministre au sujet de la « situation » comme une réponse complète à la question de la situation par rapport à une plainte. Cela a amené l’avocat de l’appelant, dans une tentative d’éviter l’application de l’arrêt *Forrest CAF*, à soutenir que c’est le ministre de la Justice ou le procureur général qui est le ministre compétent dans le cas d’une personne extradée.

[93] Presumably, counsel's expectation was that the Minister of Justice or the Attorney General would advise that the appellant was legally present in Canada because he entered Canada via an extradition order or because he was serving a sentence of imprisonment while the Minister of Citizenship and Immigration would advise that the appellant was not lawfully present in Canada because he had no immigration status. It may not have occurred to counsel that the Minister of Justice or the Attorney General might answer that they could not offer any advice since the effect of the extradition order was spent. Though the issue was not raised, another minister who could be considered "appropriate" would be the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness as the minister responsible for the *Corrections and Conditional Release Act*. In any case, the advice offered by the minister to whom the question was referred appears to have been considered by the Commission as determinative of the question of status in relation to the complaint.

[94] A few observations are in order. Firstly, no matter which minister's advice is sought, that minister can only answer the question by reference to his or her legislative mandate. Thus, the answer provided by the Minister of Citizenship and Immigration will necessarily be expressed in terms of the IRPA or perhaps, in the case of new citizens, the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29. A question to the Minister of Justice or the Attorney General will necessarily be framed in terms of the legislation for which that minister is responsible.

[95] Secondly, as this case illustrates, this possibility leads to a kind of forum shopping. Counsel may seek to persuade the Commission to refer the question of status to the minister most likely to give the answer most favourable to their client's position. Forum shopping is not generally regarded as a desirable quality in a legal scheme.

[96] Finally, and most importantly, the fact that each minister is bound to answer the question from the point of view of their mandate means that they are unable to take account of considerations arising outside their mandate. This is significant because the question of status arises in

[93] L'avocat s'attendait sans doute à ce que le ministre de la Justice ou le procureur général donne l'avis que l'appellant était légalement présent au Canada parce qu'il est entré au Canada en vertu d'un arrêté d'extradition ou parce qu'il purgeait une peine d'emprisonnement, alors que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration donnerait l'avis que l'appellant n'était pas légalement présent au Canada parce qu'il n'avait pas de statut d'immigrant. Il n'est sans doute pas venu à l'esprit de l'avocat que le ministre de la Justice ou le procureur général pourrait répondre qu'il ne peut donner d'avis puisque l'effet de l'arrêté d'extradition a pris fin. Bien que la question n'ait pas été soulevée, un autre ministre « compétent » serait le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, en tant que ministre responsable de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Quoi qu'il en soit, la Commission semble avoir considéré que la réponse du ministre auquel on avait renvoyé la question de la situation par rapport à la plainte était déterminante.

[94] Quelques observations s'imposent. Premièrement, quel que soit le ministre dont on demande l'avis, celui-ci ne peut répondre à la question qu'à l'égard de son mandat légal. Ainsi, la réponse du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration sera nécessairement exprimée en fonction de la LIPR ou possiblement, dans le cas des nouveaux citoyens, de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29. Toute question adressée au ministre de la Justice ou au procureur général sera nécessairement formulée en fonction de la loi dont celui-ci est responsable.

[95] Deuxièmement, comme l'illustre la présente affaire, cela pourrait mener à la recherche d'un forum favorable. Les avocats pourraient tenter de persuader la Commission de renvoyer la question de la situation au ministre le plus susceptible de donner la réponse la plus favorable à leur client. La recherche d'un forum favorable n'est généralement pas considérée comme souhaitable dans un régime juridique.

[96] Enfin, et c'est ce qui est le plus important, le fait que chaque ministre soit tenu de répondre à la question du point de vue de son mandat signifie qu'il n'est pas en mesure de tenir compte de considérations qui ne relèvent pas de son mandat. Cela est important parce que la

relation to a complaint, and the only entity whose mandate includes human rights complaints is the Commission. This suggests that advice received from an appropriate minister cannot be conclusive of the question of status in relation to a complaint even though it is material to that question.

[97] This leads to the next difficulty which is the meaning of “the question of status is resolved thereby in favour of the complainant” or “*la question est tranchée en faveur du plaignant*” in the French version. I note that subsection 40(6) requires the Commission to refer a question as to status to the appropriate minister. It also provides that “[the Commission] shall not proceed with the complaint”. This shows that the Commission is the decision maker in subsection 40(6) which suggests that it is the Commission which must resolve the question of status in relation to the complaint.

[98] If a question arises about status in relation to a complaint because the Commission lacks the information to make the determination as to lawful presence or is unsure as to whether it can rely on the information which it has been given, then once the minister’s advice has been received, the Commission can use that information, together with other information which has been brought to its attention, to resolve the question which has arisen under subsection 40(5).

[99] In this view of subsection 40(6), the bars against dealing with (or proceeding with) a complaint in subsection (5) and (6) are the same bar, applied under different circumstances. The bar in subsection (5) applies if the Commission is able to make the required determination on the basis of the information which is provided by the complainant or which arises in the course of its investigation. The bar in subsection (6) applies if the Commission requires further information in order to make the determination and makes its determination as to the complainant’s status in relation to a complaint after it has received the advice of the appropriate minister. But in both cases, the determination is the same: does the complainant satisfy the applicable condition set out in paragraph 40(5)(a) or (c) when viewed from the perspective of the administration of the CHRA? In both cases, it is the

question of the situation se pose à l’égard d’une plainte, et la Commission demeure le seul tribunal dont le mandat comprend les droits de la personne. Cela fait penser que l’avis reçu du ministre compétent ne peut être concluant quant à la question de la situation par rapport à la plainte, même s’il est pertinent.

[97] Cela mène à la difficulté suivante, à savoir la signification de l’expression « la question est tranchée en faveur du plaignant », ou « *the question of status is resolved thereby in favour of the complainant* » dans la version anglaise. Je souligne que le paragraphe 40(6) exige que la Commission renvoie la question sur la situation au ministre compétent. Il prévoit également que : « [la Commission] ne peut procéder à l’instruction de la plainte ». Cela démontre que la Commission est le décideur au titre du paragraphe 40(6), ce qui fait penser que c’est la Commission qui doit régler la question de la situation relativement à la plainte.

[98] Lorsqu’une question relative à la situation par rapport à une plainte se présente parce que la Commission ne dispose pas de renseignements pour décider de la présence légale ou parce qu’elle est incertaine de la fiabilité des renseignements qui lui ont été transmis, la Commission peut, après avoir reçu l’avis du ministre, utiliser ces renseignements, ainsi que les autres renseignements qui lui ont été signalés, pour trancher la question soulevée au titre du paragraphe 40(5).

[99] Selon cette interprétation du paragraphe 40(6), les dispositions sur les plaintes dont la Commission peut être saisie, ou qu’elle peut instruire, aux paragraphes 40(5) et 40(6) sont les mêmes, bien qu’elles s’appliquent dans des circonstances différentes. L’interdiction prévue au paragraphe 40(5) s’applique si la Commission est en mesure de prendre la décision requise en se fondant sur les renseignements fournis par le plaignant ou en se fondant sur les renseignements qui se présentent au cours de son enquête. L’interdiction prévue au paragraphe 40(6) s’applique si la Commission a besoin de renseignements supplémentaires pour rendre sa décision et si elle détermine la situation du plaignant par rapport à une plainte après avoir reçu l’avis du ministre compétent. Dans les deux cas, cependant, la décision est la même : le plaignant satisfait-il à la condition pertinente à l’alinéa 40(5)a) ou 40(5)c) pour ce qui

Commission who must resolve the question of status not the appropriate minister.

[100] This result allows the Commission to take into account all relevant factors in deciding whether a complainant satisfies the conditions set out in subsection 40(5) without being bound by the limitations imposed by an appropriate minister's legislative mandate. This leads to more nuanced decision-making and allows the Commission to exercise its discretion in the way which most advances the objects of the Act. It also does away with the issue of forum shopping since the choice of the appropriate minister is driven by the information which the Commission requires to make its determination and not by counsel's view as to which minister's determination might be most favourable to a complainant. But because the minister's advice is not conclusive, the complainant is still able to bring relevant considerations to the Commission's attention notwithstanding the minister's advice.

D. Another look at the jurisprudence

[101] On the basis of this interpretation of subsections 40(5) and 40(6) of the Act, it is possible to address certain propositions put forward in *Forrest FC*.

[102] The first is the proposition that any issue as to lawful presence in Canada requires the Commission to refer the matter to the Minister of Citizenship and Immigration. The Commission may believe that it is bound to do so by the order made at the conclusion of the first application for judicial review brought by Mr. Forrest. On the basis of the analysis undertaken above, it is my opinion that this is not the case.

[103] If a question arises, that is, if the Commission lacks the information to answer the question or is uncertain as to whether it can rely on the information it has, then the Commission must refer the matter to the minister within whose mandate the question falls. In the case of immigration status, that will normally be the Minister of Citizenship and Immigration. Having received the

est de l'administration de la LCDP? Dans les deux cas, il revient à la Commission, et non au ministre compétent, de trancher la question de la situation.

[100] Ce résultat permet à la Commission de tenir compte de tous les facteurs pertinents pour décider si un plaignant satisfait aux conditions énoncées au paragraphe 40(5), sans être liée par les limites du mandat légal du ministre compétent, mène à une prise de décision plus nuancée et permet à la Commission d'exercer son pouvoir discrétionnaire de la façon qui favorise le plus les objectifs de la Loi. Il élimine également la question de la recherche d'un forum favorable, puisque le choix du ministre compétent est dicté par l'information dont la Commission a besoin pour rendre sa décision et non par le point de vue de l'avocat quant au ministre dont la décision serait la plus favorable au plaignant. Toutefois, comme l'avis du ministre n'est pas concluant, le plaignant peut toujours porter les considérations pertinentes à l'attention de la Commission, malgré l'avis du ministre.

D. Un autre regard sur la jurisprudence

[101] En se fondant sur cette interprétation des paragraphes 40(5) et 40(6) de la Loi, il est possible de répondre à certaines affirmations faites dans la décision *Forrest CF*.

[102] La première est que toute question relative à la présence légale au Canada fait que la Commission doit renvoyer l'affaire au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. La Commission peut estimer qu'elle est tenue de le faire en raison de l'ordonnance rendue lors de la première demande de contrôle judiciaire présentée par M. Forrest. À la lumière de l'analyse qui précède, je suis d'avis que ce n'est pas le cas.

[103] Si une question se présente, c'est-à-dire si la Commission ne dispose pas des renseignements pour y répondre ou si elle est incertaine quant à la fiabilité des renseignements dont elle dispose, la Commission doit renvoyer la question au ministre pertinent. Dans le cas du statut d'immigrant, ce sera normalement le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. Après avoir reçu l'avis

Minister's advice, the Commission may also take into account other relevant factors.

[104] This case illustrates the kind of considerations which the Commission is entitled to take into account in making the determination which the Act has asked it to make. The Minister's advice in this case was clearly premised on the view that the appellant, because of his lack of immigration status, was not entitled to be in Canada. The argument advanced by the appellant is that his obligation to remain in Canada by virtue of his lawful detention means that his presence in Canada is lawful. The Commission has never had the opportunity to answer that question because of the Federal Court's decision following the first judicial review application that the question must be referred to the Minister of Citizenship and Immigration and this Court's teaching in *Forrest FCA* that the Minister's determination was conclusive.

[105] The proposition in paragraph 23 of *Forrest FC* to the effect that the Minister's advice that Mr. Forrest had no immigration status meant that the Commission "had no authority to further examine the question of whether or not the Applicant was 'lawfully present in Canada' since the question of status was not resolved in favour of the Applicant" is incorrect and does not bind the Commission. A minister's advice is relevant to the extent that it relates to a matter within the minister's legislative mandate. However, the only entity with a mandate over "status ... in relation to a complaint" is the Commission. To that extent the Federal Court was correct when it said that the Minister's advice as to whether Mr. Forrest was lawfully present in Canada was gratuitous advice which was not binding on the Commission. The Federal Court was also correct in holding that the Commission could not avoid its responsibility to decide if a complaint was lawfully present in Canada by deferring to another decision maker. As a result, the Minister's advice that the appellant was not lawfully present in Canada does not bind the Commission when determining whether he is lawfully in Canada as described in paragraph 40(5)(a).

[106] As for the decision in *Forrest FCA*, the conclusion that lack of immigration status is determinative of

du ministre, la Commission peut également tenir compte d'autres facteurs pertinents.

[104] La présente affaire illustre le genre de facteurs dont la Commission peut tenir compte pour rendre la décision qu'elle doit rendre selon la Loi. L'avis du ministre en l'espèce reposait clairement sur l'opinion selon laquelle l'appelant, en raison de son absence de statut d'immigrant, n'avait pas le droit d'être au Canada. Selon l'argument avancé par l'appelant, son obligation de demeurer au Canada en raison de sa détention légale signifie que sa présence au Canada est légale. La Commission n'a jamais eu l'occasion de répondre à cette question en raison de la décision rendue par la Cour fédérale lors de la première demande de contrôle judiciaire, selon laquelle la question doit être renvoyée au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, et de l'affirmation de notre Cour dans l'arrêt *Forrest CAF* selon laquelle la décision du ministre était concluante.

[105] Au paragraphe 23 de la décision *Forrest CF*, on affirme que le fait que l'avis du ministre indiquait que M. Forrest n'avait pas de statut d'immigrant signifie que la Commission « n'avait pas compétence pour examiner davantage la question de savoir si oui ou non le demandeur était "légalement présent au Canada" car la question du statut n'a pas été résolue en faveur du demandeur ». Cette affirmation est erronée et ne lie pas la Commission. L'avis du ministre est pertinent lorsqu'il se rapporte à une question relevant de son mandat légal. Cependant, le seul organisme ayant un mandat en matière de « situation [...] par rapport à une plainte » est la Commission. Dans ce sens, la Cour fédérale avait raison de dire que l'avis du ministre sur la question de savoir si M. Forrest était légalement présent au Canada était gratuit et ne liait pas la Commission. La Cour fédérale a également eu raison de conclure que la Commission ne pouvait se soustraire à sa responsabilité de déterminer si le plaignant était légalement présent au Canada en s'en remettant à un autre décideur. Par conséquent, l'avis du ministre selon lequel l'appelant n'était pas légalement présent au Canada ne lie pas la Commission lorsqu'elle doit déterminer s'il est légalement présent au Canada au sens de l'alinéa 40(5)a).

[106] Dans le cas de l'arrêt *Forrest CAF*, la conclusion selon laquelle l'absence de statut d'immigrant est

whether a complainant is lawfully present in Canada is incorrect for the reasons set out above.

VII. Remedy

[107] On the basis of this analysis, it is apparent that the Commission’s decision is based upon legal error and cannot stand. The question which remains is the appropriate remedy.

[108] It is my conclusion that the only reasonable interpretation of “lawfully present in Canada” within the meaning of paragraph 40(5)(a) of the CHRA encompasses the appellant’s circumstances. The appellant was lawfully present in Canada because he was sentenced to a term of imprisonment in Canada after being convicted under the *Criminal Code* (for an offence to which his extradition related), because of his continued detention under the *Corrections and Conditional Release Act*, and because of the legislative stay of his removal order under paragraph 50(b) of the IRPA. His entry into Canada was also lawful as it was authorized under the *Extradition Act*.

[109] The appellant alleges he was discriminated against while in prison serving such a sentence. As such, the appellant was, and continues to be, “lawfully present in Canada” based on the ordinary—and, unambiguous—text of paragraph 40(5)(a). Certainly, the appellant was not, at the time of the alleged act of discrimination, “unlawfully” present in Canada. Were that the case, he would be removed, or detained pending removal.

[110] Accordingly, if there were any ambiguity in paragraph 40(5)(a), which there is not, it would have to be resolved in favour of the interpretation which furthers the purpose and objects of the CHRA. The appellant is required by Canadian law to remain in Canada for the duration of his sentence—he is not in immigration detention awaiting deportation. The appellant’s situation is legally and factually discrete from those who, but for pending legal proceedings or administrative delay, would be removed from Canada.

déterminante pour décider si le plaignant est légalement présent au Canada est erronée pour les motifs susmentionnés.

VII. Le redressement

[107] Compte tenu de cette analyse, il est évident que la décision de la Commission est fondée sur une erreur de droit et ne peut être maintenue. La question qui demeure a trait au redressement approprié.

[108] Je conclus que la seule interprétation raisonnable de l’expression « légalement présente [au Canada] » au sens de l’alinéa 40(5)a) de la LCDP englobe la situation de l’appellant. L’appellant était légalement présent au Canada étant donné qu’il a été condamné à une peine d’emprisonnement au Canada après avoir été reconnu coupable en vertu du *Code criminel* (d’une infraction liée à son extradition), étant donné son incarcération en vertu de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et étant donné le sursis légal de la mesure de renvoi à son égard au titre de l’alinéa 50b) de la LIPR. Son entrée au Canada était également légale, puisqu’elle était autorisée en vertu de la *Loi sur l’extradition*.

[109] L’appellant allègue avoir été victime de discrimination pendant qu’il purgeait la peine d’emprisonnement. Ainsi, l’appellant était et demeure légalement présent au Canada selon le libellé ordinaire — et non ambigu — de l’alinéa 40(5)a). Il est certain que l’appellant n’était pas « illégalement » présent au Canada au moment de l’acte discriminatoire allégué. Si c’était le cas, il serait renvoyé ou détenu en attente de renvoi.

[110] Ainsi, s’il y avait une ambiguïté à l’alinéa 40(5)a), ce qui n’est pas le cas, il faudrait la résoudre en faveur de l’interprétation qui favorise le but et l’objet de la LCDP. En vertu du droit canadien, l’appellant est tenu de demeurer au Canada pendant sa peine : il n’est pas en détention en attendant d’être renvoyé. La situation de l’appellant est distincte en fait et en droit de celle des personnes qui, si ce n’était de procédures judiciaires en instance ou de retard administratif, seraient renvoyées du Canada.

[111] Finding that “lawfully present in Canada” under paragraph 40(5)(a) is not limited to immigration status is also supported by the text of subsection 40(6) and the “status of an individual”. Parliament’s decision to use the word “status” instead of “immigration status” and to permit the Commission to refer the question of “status” to the “appropriate Minister” indicates that different ministers, and therefore different legislation, may be involved: the Minister of Justice up to the point of conviction; the Minister of Citizenship and Immigration with respect to the entry of foreign nationals into Canada; the Minister of Public Safety, responsible for the CSC and charged with administering the *Corrections and Conditional Release Act*, up to the end of the Warrant of Committal, and who, following the expiry of the Warrant of Committal, is responsible for removal of foreign nationals.

[112] Therefore, it was unreasonable to limit the interpretation of “status of an individual” to immigration status and to only refer the question of status to the Minister of Citizenship and Immigration. As noted, any ambiguity in the meaning of “status” must be resolved in favour of the interpretation which furthers the purpose and objects of the CHRA.

[113] It must be kept in mind that if *Forrest FCA* continues to stand the appellant will spend at least 10 years to possibly his entire life in a Canadian prison, under the greatest restriction of liberty and government control possible, in all aspects of life and well-being, yet cannot make a human rights complaint merely because he does not hold some form of immigration status and is subject to a deportation order if ever he is released.

[114] In contrast, a visitor from the United States, granted entry to Canada for a day of cross-border shopping, would have standing to make a complaint about discriminatory treatment at the border. The aggrieved tourist can leave Canada at any time, continue to prosecute the complaint and recover damages, even though they might never step foot in Canada again. Similarly, under *Forrest FCA* and the Commission’s interpretation, a Canadian

[111] La conclusion selon laquelle l’expression « légalement présente » à l’alinéa 40(5)a n’est pas limitée au statut d’immigrant est également étayée par le libellé du paragraphe 40(6) et de l’expression « situation d’un individu ». La décision du législateur d’utiliser le terme « situation » plutôt que « statut d’immigrant » et de permettre à la Commission de renvoyer la question relative à la « situation » au « ministre compétent » indique que divers ministres, et donc différentes lois, peuvent être en cause : le ministre de la Justice jusqu’au moment de la condamnation, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration en ce qui a trait à l’entrée de ressortissants étrangers au Canada, le ministre de la Sécurité publique, dont relèvent le SCC et l’exécution de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, jusqu’à l’expiration du mandat de dépôt et dont relève ensuite le renvoi de ressortissants étrangers.

[112] Par conséquent, il était déraisonnable de limiter l’interprétation de l’expression « situation d’un individu » au statut d’immigrant et de renvoyer la question de la situation uniquement au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration. Comme il a été mentionné, toute ambiguïté dans la signification du terme « situation » doit être résolue selon l’interprétation qui favorise le plus les objectifs de la LCDP.

[113] Il faut garder à l’esprit que si l’arrêt *Forrest CAF* continue de faire jurisprudence, l’appelant sera incarcéré pendant au moins 10 ans, et possiblement toute sa vie, dans un pénitencier canadien, en étant privé de sa liberté et en étant assujéti au contrôle de l’État au plus haut point, à tous égards de sa vie et de son bien-être, sans pouvoir déposer une plainte concernant les droits de la personne, pour la simple raison qu’il ne détient pas un quelconque statut d’immigrant et qu’il fait l’objet d’une mesure de renvoi si jamais il venait à être libéré.

[114] Par contre, un visiteur des États-Unis autorisé à entrer au Canada pour une journée de magasinage transfrontalier aurait qualité pour porter plainte au sujet d’un acte discriminatoire à la frontière. Le touriste lésé peut quitter le Canada à n’importe quel moment, poursuivre le processus de plainte et recouvrer des dommages-intérêts, même s’il ne remet jamais plus les pieds au Canada. De même, selon l’arrêt *Forrest CAF* et l’interprétation de la

inmate who could launch a complaint for religious discrimination, but the foreign national without immigration status could not, even though the latter may be serving a life sentence and the former a minimum federal term. Since it is well established that Parliament does not intend to produce absurd consequences (*Rizzo*, at paragraph 43), this cannot be the result.

[115] This analysis demonstrates the compelling reasons that form the basis of my conclusion that immigration status is not necessarily a prerequisite to being lawfully present in Canada, and that *Forrest FCA* was wrongly decided and ought no longer to be followed. While this Court's finding that lawful detention does not confer status under the IRPA is unassailable, that proposition is not in dispute, and is not at issue in this appeal. What is in issue is its ruling that lack of immigration status is determinative of whether a complainant is "lawfully present in Canada". For the foregoing reasons, this is incorrect.

[116] Moreover, when a question of status arises, the Minister of Citizenship and Immigration is not necessarily the only appropriate minister to whom the question of status should be referred. The Commission may believe that it is bound to do so by the order made at the conclusion of the first application for judicial review brought by Mr. Forrest to refer the question of status to the Minister any time the question of status arises. But based on the analysis undertaken above, this is not the case. Thus, to the extent that *Forrest FCA* also implicitly confirmed that the only appropriate minister is the Minister of Citizenship and Immigration, it ought not to be followed either.

[117] Correctness concerns in this case outweigh concerns about certainty, especially in light of the fact that only one other case, *Sylla v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 905, has considered this issue.

Commission, un détenu canadien pourrait déposer une plainte pour discrimination religieuse, tandis qu'un ressortissant étranger qui n'a pas de statut d'immigrant ne pourrait en faire autant, même si ce dernier purge une peine d'emprisonnement à perpétuité et que le premier purge une peine fédérale minimale. Puisqu'il est bien établi que le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes (arrêt *Rizzo*, au paragraphe 43), ce résultat n'est pas possible.

[115] Cette analyse démontre les motifs impérieux qui sous-tendent ma conclusion selon laquelle le statut d'immigrant n'est pas nécessairement une condition préalable à la présence légale au Canada et selon laquelle l'arrêt *Forrest CAF* est erroné et ne devrait plus faire jurisprudence. Bien que la conclusion de notre Cour selon laquelle la détention légale ne confère pas un statut sous le régime de la LIPR soit inattaquable, cette conclusion n'est pas contestée et n'est pas en litige dans le présent appel. Ce qui est en cause, c'est la décision selon laquelle l'absence de statut d'immigrant est déterminante quant à la question de savoir si un plaignant est légalement présent au Canada. Pour les motifs qui précèdent, cette décision est erronée.

[116] De plus, lorsqu'une question sur la situation se présente, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration n'est pas nécessairement le seul à qui elle devrait être renvoyée. La Commission pourrait croire qu'elle est tenue de le faire en raison de l'ordonnance rendue lors de la première demande de contrôle judiciaire présentée par M. Forrest. Cependant, d'après l'analyse qui précède, ce n'est pas le cas. Par conséquent, dans la mesure où l'arrêt *Forrest CAF* a également confirmé implicitement que le seul ministre compétent est le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, il ne devrait non plus faire jurisprudence.

[117] L'importance de rendre une décision juste l'emporte en l'espèce sur l'importance de la certitude, surtout à la lumière du fait qu'une seule autre décision, *Sylla c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 905, a examiné cette question.

[118] To summarize, the only reasonable interpretation of “lawfully present in Canada” encompasses the appellant’s circumstances, namely, the situation wherein a complainant is serving a prison sentence for a criminal conviction, and “status of an individual” does not refer only to immigration or citizenship status.

[119] Moreover, at the risk of appearing to state a tautology, a question only arises if the Commission has a question. If the Commission has the necessary information, then it can decide if the complainant is lawfully present in Canada. On the facts of this case, there is no question as to the appellant’s circumstances: he is currently serving a prison sentence in a federal penitentiary for committing a criminal offence that fell within his surrender order. As a result, no question of status even arises. The only reasonable outcome, therefore, is to find that the appellant is lawfully present in Canada for the purposes of paragraph 40(5)(a).

[120] Before concluding, an important observation is required. All detentions in Canada have a legal basis; they are necessarily founded in statute. This does not result in the legal conclusion that all detained persons are “lawfully present in Canada”. Foreign nationals who arrive in Canada and are detained because they are unlawfully in Canada cannot be said to be lawfully present. It would be circular reasoning to say that someone who is detained for being unlawfully present in Canada is lawfully present in Canada because they are detained. So too in respect of failed refugee and pre-removal risk assessment claimants. The legality of their presence has been considered and rejected. Unlike the appellant, they are being ordered to leave, while he is required to stay.

[121] Based on the foregoing reasons, I would not remit the question to the Commission for re-determination as there is only one reasonable outcome open to the Commission—“lawfully present in Canada” within the meaning of paragraph 40(5)(a) of the CHRA encompasses the appellant’s circumstances. The interests of

[118] Pour résumer, la seule interprétation raisonnable de l’exigence d’être légalement présent au Canada comprend la situation de l’appelant, c’est-à-dire la situation où le plaignant purge une peine d’emprisonnement en raison d’une condamnation pénale, et l’expression « la situation d’un individu » ne se rapporte pas seulement au statut d’immigrant ou de citoyen.

[119] De plus, au risque de dire une évidence, il n’y a de doute que si la Commission a un doute. Si la Commission dispose des renseignements nécessaires, elle peut déterminer si le plaignant est légalement présent au Canada. En l’espèce, il n’y a aucun doute quant à la situation de l’appelant : il purge actuellement une peine d’emprisonnement dans un pénitencier fédéral parce qu’il a commis une infraction pénale visée par l’arrêté d’extradition. Par conséquent, il n’y a aucun doute au sujet de la situation. Dès lors, le seul résultat raisonnable consiste à conclure que l’appelant est légalement présent au Canada au sens de l’alinéa 40(5)a).

[120] Avant de conclure, une observation importante s’impose. Toutes les détentions au Canada ont un fondement juridique; elles sont nécessairement fondées sur la loi. Cela ne mène pas à la conclusion juridique que toutes les personnes détenues sont légalement présentes au Canada. Les ressortissants étrangers qui arrivent au Canada et qui sont détenus parce qu’ils sont illégalement au Canada ne peuvent pas être considérés comme légalement présents. Ce serait tourner en rond que de dire qu’une personne détenue pour présence illégale au Canada est légalement présente au Canada parce qu’elle y est détenue. Il en va de même pour les demandeurs d’asile déboutés et les personnes visées par un examen des risques avant renvoi. La légalité de leur présence a été examinée et rejetée. Contrairement à l’appelant, on leur ordonne de quitter le pays, tandis que l’appelant est tenu d’y demeurer.

[121] Compte tenu des motifs qui précèdent, je ne renverrais pas la question à la Commission pour nouvel examen, car il n’y a qu’une seule conclusion raisonnable qui s’offre à la Commission, à savoir que l’appelant est « légalement présent au Canada » au sens de l’alinéa 40(5)a) de la LCDP. Les impératifs d’économie et d’efficacité

judicial efficiency and economy are better served by avoiding a subsequent hearing which can only result in one possible outcome.

VIII. Conclusion

[122] For the foregoing reasons, I conclude that an individual serving an imprisonment sentence for a criminal conviction is “lawfully present in Canada” for the purposes of 40(5)(a) of the CHRA and that the Commission’s decision was unreasonable. I would allow the appeal and remit the matter back to the Commission to determine, otherwise than on the basis of paragraph 40(5)(a), whether it will hear the complaint. I would make no order as to costs.

NEAR J.A.: I agree.

ZINN J.A. (*ex officio*): I agree.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[123] PELLETIER J.A. (dissenting): I have read my colleague’s reasons and I substantially agree with them. As I understand his reasons, the only reasonable conclusion to which the Commission could come, if the matter were to be remitted to it for reconsideration, is that a person who is serving a sentence of imprisonment is lawfully present in Canada, notwithstanding any defect in that person’s standing under Canada’s immigration legislation. As a result, no useful purpose would be served by remitting the matter to the Commission to examine a question to which there is only one answer. I am not persuaded that this is the case.

[124] The question which now arises is: “Where do we go from here?” The Commission’s decision was based on judicial decisions which should not be followed. How do we put the Commission back into the position in which it would have been but for the mistaken decisions on which it relied.

judiciaires sont mieux servis en évitant une audience subséquente qui ne peut aboutir qu’à un seul résultat possible.

VIII. Conclusion

[122] Pour les motifs qui précèdent, je conclus qu’une personne purgeant une peine d’emprisonnement pour une condamnation pénale est « légalement présente » au Canada pour l’application de l’alinéa 40(5)a) de la LCDP et que la décision de la Commission était déraisonnable. Je ferais droit à l’appel et je renverrais l’affaire à la Commission pour qu’elle détermine, autrement qu’en s’appuyant sur l’alinéa 40(5)a), si elle examinera la plainte. Je ne rendrais aucune ordonnance concernant les dépens.

LE JUGE NEAR, J.C.A. : Je suis d’accord.

LE JUGE ZINN, J.C.A. (d’office) : Je suis d’accord.

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

[123] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (dissident) : J’ai lu les motifs de mon collègue et je suis essentiellement d’accord avec lui. Selon la lecture que je fais de ses motifs, la seule conclusion raisonnable à laquelle la Commission pourrait en arriver si la question était renvoyée pour nouvel examen est qu’une personne purgeant une peine d’emprisonnement est légalement présente au Canada, sans égard à toute lacune à la situation de cette personne en vertu de la législation canadienne en matière d’immigration. Par conséquent, il ne servirait à rien de renvoyer la question à la Commission pour qu’elle examine une question à laquelle il n’y a qu’une seule réponse. Je ne suis pas persuadé qu’il en soit ainsi.

[124] La question qui se pose est la suivante : « Que faire maintenant? » La décision de la Commission était fondée sur des décisions judiciaires qui ne devraient plus faire jurisprudence. Comment remettre la Commission dans la position où elle se serait retrouvée n’eût été des décisions erronées sur lesquelles elle s’est fondée?

[125] The Commission only came to the decision it did after it had referred the matter to the Minister of Citizenship and Immigration. It says it did so after learning that Mr. Tan was not a citizen and had been convicted of a serious crime. Subsection 40(6) provides that when a question of status is referred to the appropriate Minister, the Commission may not proceed with a complaint “unless the question of status is resolved thereby in favour of the complainant.”

[126] It was open to the Commission to investigate further when it learned of Mr. Tan’s circumstances. It could have asked him about his immigration status which would have disclosed that he is subject to a deportation order whose execution is stayed by operation of law. The fact that he is subject to a deportation order means that, by definition, he has no status in Canada. On the basis of that information, as well as information as to effect of Mr. Tan’s sentence of imprisonment, the Commission could have come to a conclusion as to whether Mr. Tan was lawfully present in Canada.

[127] As noted, that is not what the Commission did. It referred the question to the Minister of Citizenship and Immigration. The result is that, by the terms of subsection 40(6), it cannot proceed with the complaint unless the question of status is resolved in favour of Mr. Tan. If the Commission’s decision to refer the matter to the Minister is not set aside, Mr. Tan will have to show that the question of status was resolved in his favour, a burden which he would not have had to bear if the Commission had investigated before referring the matter to the Minister.

[128] It is difficult to say that the Commission’s decision on this issue was unreasonable if, as I suspect, it believed it was bound to do so as a result of the consent order made in the course of Mr. Forrest’s first application for judicial review. On the other hand, it is possible to say that the decision was made on the basis of an error of law which was not of the Commission’s making, namely that any complainant who is not a citizen must have the question of their status referred to the Minister of Citizenship and Immigration. As noted in my colleague’s reasons, such a referral is only necessary if the Commission is

[125] La Commission n’a rendu sa décision qu’après avoir renvoyé l’affaire au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration. Elle dit l’avoir fait après avoir appris que M. Tan n’était pas citoyen et qu’il avait été condamné pour un crime grave. Le paragraphe 40(6) prévoit que lorsqu’une question sur la situation est renvoyée au ministre compétent, la Commission ne peut procéder à l’instruction de la plainte « que si la question est tranchée en faveur du plaignant ».

[126] La Commission pouvait enquêter davantage lorsqu’elle a pris connaissance de la situation de M. Tan. Elle aurait pu lui demander son statut d’immigrant, ce qui aurait révélé qu’il fait l’objet d’une mesure de renvoi dont l’exécution est suspendue en raison de la loi. Le fait qu’il fasse l’objet d’une mesure de renvoi signifie, par définition, qu’il n’a pas de statut au Canada. En s’appuyant sur cette information, ainsi que sur l’information relative à la peine d’emprisonnement de M. Tan, la Commission aurait pu déterminer si M. Tan était légalement présent au Canada.

[127] Comme on l’a mentionné, ce n’est pas ce que la Commission a fait. Elle a renvoyé la question au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration. Par conséquent, aux termes du paragraphe 40(6), elle ne peut examiner la plainte que si la question de la situation est tranchée en faveur de M. Tan. Si la décision de la Commission de renvoyer l’affaire au ministre n’est pas infirmée, M. Tan devra faire la preuve que la question de la situation a été tranchée en sa faveur, ce qui représente un fardeau qu’il n’aurait pas eu à assumer si la Commission avait mené une enquête avant de renvoyer l’affaire au ministre.

[128] Il est difficile de dire que la décision de la Commission sur cette question était déraisonnable si, comme je le soupçonne, elle croyait qu’elle était tenue de le faire en raison de l’ordonnance par consentement rendue lors de la première demande de contrôle judiciaire de M. Forrest. D’autre part, il est possible de dire que la décision rendue était fondée sur une erreur de droit dont la Commission n’était pas à l’origine, à savoir qu’un plaignant qui n’est pas un citoyen doit voir la question relative à sa situation renvoyée au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration. Comme l’a souligné mon collègue

unable to obtain the necessary information or is not satisfied that the information which it has is reliable.

[129] In my view, the Commission should be placed in the position in which it would have been but for the misdirection in the consent order. Normally, that would require the Commission to undertake an investigation. On the facts of this case, it makes little sense to ask the Commission to engage in an investigation when the facts are now known. The Commission is entitled to proceed on the basis that (a) Mr. Tan is neither a citizen nor a permanent resident (b) Mr. Tan is subject to a deportation order (c) Mr. Tan was convicted of murder and sentenced to a period of imprisonment (d) Mr. Tan is being held pursuant to a warrant of committal which requires the keeper of the institution in which he is detained “to imprison him or her there for the term(s) of his or her imprisonment” (e) the deportation made against Mr. Tan is stayed by operation of law so long as his sentence is not completed and (f) pursuant to subsection 48(2) of the IRPA, Mr. Tan is not required to leave Canada so long as the deportation order is stayed. With those facts in mind, the Commission should be given the opportunity to decide if Mr. Tan is “lawfully present in Canada” or whether the question of his status requires a referral to the “appropriate Minister” pursuant to subsection 40(6).

[130] Whether the Commission decides to refer the matter to the Minister or not, the Commission will have to make a decision, after receiving the Minister’s advice if it has been sought, on, whether Mr. Tan is “lawfully present in Canada”. This is the point at which my colleague takes the position that there is only one reasonable interpretation of “lawfully present in Canada”.

[131] The jurisprudence contemplates situations in which the Court sets out an interpretation of a statutory provision which a tribunal must adopt because it is the only reasonable interpretation of that provision. The Supreme Court expressed the rationale for this approach in the following way:

dans ses motifs, un tel renvoi n’est nécessaire que si la Commission est incapable d’obtenir les renseignements nécessaires ou si elle n’est pas convaincue que les renseignements dont elle dispose sont fiables.

[129] À mon avis, la Commission devrait être remise dans la position où elle aurait été n’eût été l’erreur dans l’ordonnance par consentement. Normalement, cela exigerait que la Commission entreprenne une enquête. En l’espèce, il est inutile de demander à la Commission de mener une enquête alors que les faits sont maintenant connus. La Commission peut procéder en tenant pour acquis que : a) M. Tan n’est ni citoyen, ni résident permanent; b) M. Tan fait l’objet d’une mesure de renvoi; c) M. Tan a été reconnu coupable de meurtre et condamné à purger une peine d’emprisonnement; d) M. Tan est détenu en vertu d’un mandat de dépôt ordonnant au gardien de l’établissement où il est incarcéré « de recevoir le contrevenant et de l’y incarcérer pour la durée de sa peine d’emprisonnement »; e) la mesure de renvoi rendue contre M. Tan est suspendue par la loi tant qu’il n’a pas fini de purger sa peine; f) en raison du paragraphe 48(2) de la LIPR, M. Tan n’est pas tenu de quitter le Canada tant que la mesure de renvoi est suspendue. La Commission devrait avoir la possibilité de décider, en tenant compte de ces faits, si M. Tan est « légalement présent au Canada » ou si la question de sa situation nécessite un renvoi au « ministre compétent » conformément au paragraphe 40(6).

[130] Que la Commission décide ou non de renvoyer l’affaire au ministre, celle-ci devra rendre une décision, après avoir reçu l’avis du ministre si elle le demande, sur la question de savoir si M. Tan est « légalement présent au Canada ». C’est alors que mon collègue estime qu’il n’y a qu’une interprétation raisonnable de l’expression « légalement présente ».

[131] La jurisprudence prévoit des situations où la Cour donne une interprétation d’une disposition légale qu’un tribunal administratif doit adopter parce que c’est la seule interprétation raisonnable de cette disposition. La Cour suprême a justifié cette approche de la façon suivante :

It will not always be the case that a particular provision permits multiple reasonable interpretations. Where the ordinary tools of statutory interpretation lead to a single reasonable interpretation and the administrative decision maker adopts a different interpretation, its interpretation will necessarily be unreasonable — no degree of deference can justify its acceptance; see, e.g., *Dunsmuir*, at para. 75; *Mowat*, at para. 34. In those cases, the “range of reasonable outcomes” (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 4) will necessarily be limited to a single reasonable interpretation — and the administrative decision maker must adopt it.

(*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895 (*McLean*) at paragraph 38.)

[132] The premise upon which this rationale rests is the absence of any ambiguity when the ordinary tools of statutory interpretation are applied to a statutory provision. This is made clear earlier in the Court’s reasons in *McLean*:

In plain terms, because legislatures do not always speak clearly and because the tools of statutory interpretation do not always guarantee a single clear answer, legislative provisions will on occasion be susceptible to multiple reasonable interpretations (*Dunsmuir*, at para. 47; see also *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405)... The question that arises, then, is who gets to decide among these competing reasonable interpretations?

The answer, as this Court has repeatedly indicated since *Dunsmuir*, is that the resolution of unclear language in an administrative decision maker’s home statute is usually best left to the decision maker. That is so because the choice between multiple reasonable interpretations will often involve policy considerations that we presume the legislature desired *the administrative decision maker* — not the courts — to make. Indeed, the exercise of that interpretative discretion is part of an administrative decision maker’s “expertise”.

(*McLean*, at paragraphs 32–33 [emphasis in original].)

Une disposition ne se prête pas toujours à plusieurs interprétations raisonnables. Lorsque les méthodes habituelles d’interprétation législative mènent à une seule interprétation raisonnable et que le décideur administratif en retient une autre, celle-ci est nécessairement déraisonnable, et nul droit à la déférence ne peut justifier sa confirmation (voir, p. ex., *Dunsmuir*, par. 75; *Mowat*, par. 34). Dans ce cas, les « issues raisonnables possibles » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 4) se limitent nécessairement à une seule, que le décideur administratif doit adopter.

(Arrêt *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895 (l’arrêt *McLean*), au paragraphe 38.)

[132] Cette justification repose sur l’absence d’ambiguïté lorsqu’on applique les outils ordinaires d’interprétation des lois à une disposition légale. Cela est clairement établi dans les paragraphes antérieurs des motifs de la Cour suprême dans l’arrêt *McLean* :

En clair, une disposition législative fera parfois l’objet de plusieurs interprétations *raisonnables*, car le législateur ne s’exprime pas toujours de manière limpide et les moyens d’interprétation législative ne garantissent pas toujours l’obtention d’une seule solution précise (*Dunsmuir*, par. 47; voir également *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405) [...] Il faut donc se demander à *qui il appartient de choisir entre ces interprétations divergentes raisonnables*.

Comme l’a maintes fois rappelé notre Cour depuis l’arrêt *Dunsmuir*, mieux vaut généralement laisser au décideur administratif le soin de clarifier le texte ambigu de sa loi constitutive. La raison en est que le choix d’une interprétation parmi plusieurs qui sont raisonnables tient souvent à des considérations de politique générale dont on présume que le législateur a voulu confier la prise en compte *au décideur administratif* plutôt qu’à une cour de justice. L’exercice de ce pouvoir discrétionnaire d’interprétation relève en effet de l’« expertise » du décideur administratif.

(Arrêt *McLean*, aux paragraphes 32 et 33 [italique dans l’original].)

[133] The phrase “lawfully present in Canada”, it seems to me, lends itself to more than one interpretation. On the face of it, that expression can refer to whether a person is entitled to be in Canada or whether that person is obliged to be in Canada. My colleague suggests that a contextual and purposive analysis leads to the conclusion that being obliged to be in Canada, as a result of being lawfully detained in Canada pursuant to a warrant of committal, amounts to being lawfully present in Canada. On the other hand, it may be open to the Commission to conclude that a person who could not otherwise claim to be “lawfully present in Canada” at the material time should not be able to access the complaints process solely on the basis of their incarceration, after having been convicted of a serious offence, thereby profiting from their own wrong. The result of that reasoning could be held to be consistent with the reasoning which led to the bar found in paragraph 40(5)(a) in the first place.

[134] I am reluctant to develop a full-throated response to my colleague’s argument with respect to inevitability of his conclusion on “lawfully present in Canada” as I do not wish to give the Commission the impression that it is faced with a binary choice: to accept my colleague’s position or my own. I do not say that my colleague’s conclusion is unreasonable. I concede that it is. My point, simply put, is that it is not the only possible reasonable explanation and that the expression “lawfully present in Canada” is uncertain and imprecise.

[135] As the Supreme Court pointed out in paragraph 33 of *McLean*, quoted above, it is the function of the Commission to resolve ambiguities in the interpretation of its home legislation. Where the Commission has been curtailed in its ability to do so due to judicial misdirection, it should be given the opportunity to address the issue free of such constraints.

[136] The Supreme Court touched upon this, albeit tangentially, in *McLean* when it said:

... Because the legislature charged the administrative decision maker rather than the courts with “administer[ing]

[133] Il me semble que le fait d’être légalement présent au Canada se prête à plus d’une interprétation. À première vue, cette expression peut se rapporter à la question de savoir si une personne a le droit d’être au Canada ou si elle est obligée d’être au Canada. Mon collègue laisse entendre qu’une analyse contextuelle et téléologique mène à la conclusion que le fait d’être tenu de rester au Canada parce que l’on est légalement détenu au Canada en vertu d’un mandat de dépôt équivaut à être légalement présent au Canada. D’autre part, la Commission pourrait décider qu’une personne qui ne pourrait par ailleurs prétendre être « légalement présente au Canada » à l’époque pertinente ne devrait pas être en mesure d’avoir recours à la procédure de traitement des plaintes uniquement du fait qu’elle est incarcérée après avoir été reconnue coupable d’une grave infraction, car elle tirerait ainsi un avantage de sa propre transgression. Le résultat de ce raisonnement pourrait être estimé conforme au raisonnement qui a mené à l’interdiction à l’alinéa 40(5)a).

[134] J’hésite à présenter une contre-argumentation étouffée à la thèse de mon collègue en ce qui a trait à l’inélictable de sa conclusion au sujet du fait d’être « légalement présent au Canada », puisque je ne veux pas donner à la Commission l’impression qu’elle n’a que deux choix, c’est-à-dire retenir soit la thèse de mon collègue, soit la mienne. Je n’affirme pas que la thèse de mon collègue est déraisonnable. Je reconnais qu’elle est raisonnable. Là où je veux simplement en venir, c’est qu’il ne s’agit pas de la seule explication raisonnable possible et que le critère pour décider si une personne est « légalement présente au Canada » est incertain et imprécis.

[135] Comme la Cour suprême l’a fait remarquer au paragraphe 33 de l’arrêt *McLean*, précité, la Commission a pour fonction de résoudre les ambiguïtés dans l’interprétation de sa loi constitutive. Lorsque la Commission n’a pu le faire en raison d’une erreur judiciaire, elle devrait avoir la possibilité d’aborder la question sans être soumise à de telles contraintes.

[136] La Cour suprême a abordé cette question, quoique de façon indirecte, dans l’arrêt *McLean* :

[...] Le législateur ayant confié au décideur administratif, et non à une cour de justice, le mandat d’« appliquer »

and apply[ing]” its home statute (*Pezim*, at p. 596), it is the decision maker, first and foremost, that has the discretion to resolve a statutory uncertainty by adopting any interpretation that the statutory language can reasonably bear ...

(*McLean*, at paragraph 40 (my emphasis).)

[137] The use of the word “first” in this passage is not entirely serendipitous. It reflects the fact a tribunal will normally be the first entity to be called upon to interpret ambiguous passages in its legislation. It is only after the tribunal has pronounced itself that a court will be called upon to decide whether the tribunal’s decision is reasonable. When certain misleading or mistaken judicial pronouncements which curtailed a tribunal’s ability to interpret a legislative provision have been cleared away, a tribunal is entitled to be put in the position in which it would have been but for the judicial misdirection. This is consistent with the Court’s use of the word “foremost” in the passage quoted above.

[138] The same point was made in the *British Columbia Hydro and Power Authority v. Workers’ Compensation Board of British Columbia*, 2014 BCCA 353, 377 D.L.R. (4th) 517. A decision of the Worker’s Compensation Board was judicially reviewed and the reviewing judge concluded that the Board’s decision was unreasonable and proposed an alternate interpretation of the legislation. On appeal, the reviewing judge’s decision was affirmed. However, in remitting the matter to the Worker’s Compensation Board, the British Columbia Court of Appeal declined to endorse the reviewing judge’s interpretation of the statute, saying at paragraph 53 of its reasons:

... I do not, however, adopt his remarks on the definition of “employer” at para. 71 of his reasons. While it may provide useful guidance on the reconsideration, the interpretation of that term rests with the Board and its Review Division, not with the courts.

[139] The same is true here. Because of the unique history of this issue in the Federal Courts, the Commission has never had the opportunity to express its views free of judicial “guidance”. It should be given that opportunity at least once.

sa loi constitutive (*Pezim*, p. 596), c’est avant tout à ce décideur qu’appartient le pouvoir discrétionnaire de lever toute incertitude législative en retenant une interprétation que permet raisonnablement le libellé de la disposition en cause [...]

(Arrêt *McLean*, au paragraphe 40 (je souligne).)

[137] L’utilisation de l’expression « avant tout » dans ce passage n’est pas entièrement fortuite. Elle tient compte du fait qu’un tribunal administratif sera en temps normal le premier à interpréter les passages ambigus de sa législation. Ce n’est qu’après que le tribunal administratif se sera prononcé qu’une cour de justice sera appelée à décider si sa décision est raisonnable ou non. Lorsque des déclarations judiciaires trompeuses ou erronées limitant la capacité d’un tribunal administratif d’interpréter une disposition légale sont annulées, le tribunal a le droit d’être remis dans la position où il aurait été n’eût été l’erreur judiciaire. Cela concorde avec l’utilisation par la Cour de l’expression « avant tout » dans le passage précité.

[138] On a fait la même remarque dans l’arrêt *British Columbia Hydro and Power Authority v. Workers’ Compensation Board of British Columbia*, 2014 BCCA 353, 377 D.L.R. (4th) 517. Une décision de la Commission des accidents du travail a fait l’objet d’un contrôle judiciaire et le juge a conclu que la décision de la Commission était déraisonnable et a proposé une autre interprétation de la loi. En appel, la décision du juge a été confirmée. Cependant, en renvoyant l’affaire à la Commission des accidents du travail, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a refusé de confirmer l’interprétation de la loi faite par le juge saisi du contrôle, en déclarant, au paragraphe 53 de ses motifs :

[TRADUCTION] [...] Je ne souscris toutefois pas à ses commentaires au sujet de la définition du terme « employeur » au par. 71 de ses motifs. Bien qu’ils puissent donner une orientation utile pour le réexamen de l’affaire, c’est à la Commission et à sa Division des révisions, et non pas aux cours de justice, qu’il revient d’interpréter ce terme.

[139] Il en est de même en l’espèce. En raison du parcours singulier de cette question aux Cours fédérales, la Commission n’a jamais eu l’occasion d’exprimer ses points de vue librement, sans « orientation » judiciaire. On devrait lui en donner l’occasion au moins une fois.

[140] If the only reasonable interpretation is as clear as my colleague suggests, there is no reason to believe that the Commission will not come to it on its own. If it comes to some other interpretation, then the Federal Courts should consider that interpretation, should they be asked to do so, with “respectful attention” to see if it demonstrates “justification, transparency and intelligibility” in the decision-making process and falls within the “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law”: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 48–49; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 63; *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83, 417 D.L.R. (4th) 239, at paragraph 36. If not, then the Court may intervene and could, at that time, come to the conclusion which my colleague proposes.

[141] As a result, I would therefore allow the appeal, set aside the Commission’s decision and return the matter to the Commission for redetermination on the basis that (a) the referral of the question of Mr. Tan’s status to the Minister of Citizenship and Immigration is set aside and that the Commission proceed with its determination on the basis of the facts set out in paragraph 133 of these reasons. Like my colleague, I would make no order as to costs.

WOODS J.A.: I agree.

APPENDIX A

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.

40 ...

No complaints to be considered in certain cases

(5) No complaint in relation to a discriminatory practice may be dealt with by the Commission under this Part unless the act or omission that constitutes the practice

(a) occurred in Canada and the victim of the practice was at the time of the act or omission either lawfully

[140] Si la seule interprétation raisonnable est aussi claire que le laisse entendre mon collègue, il n’y a aucune raison de croire que la Commission ne pourra y arriver elle-même. Si elle en vient à une interprétation différente, alors les Cours fédérales doivent en tenir compte, si on leur demande de se prononcer à cet égard, en faisant preuve d’« attention respectueuse » lorsqu’elles décident de « la justification de la décision », « la transparence » et « l’intelligibilité du processus décisionnel », ainsi que de la question de savoir si la décision fait partie des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, aux paragraphes 48 et 49; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 63; *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83, au paragraphe 36). Sinon, la Cour peut intervenir et, à ce moment-là, en arriver à la conclusion que mon collègue propose.

[141] J’accueillerais donc l’appel, j’annulerais la décision de la Commission et je renverrais l’affaire à la Commission pour nouvel examen en tenant compte du fait que le renvoi de la question relative à la situation de M. Tan au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration est infirmé afin que la Commission statue sur l’affaire sur le fondement des faits énoncés au paragraphe 133 des présents motifs. À l’instar de mon collègue, je ne rendrais aucune ordonnance concernant les dépens.

LA JUGE WOODS, J.C.A. : Je suis d’accord.

ANNEXE A

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.

40 [...]

Recevabilité

(5) Pour l’application de la présente partie, la Commission n’est valablement saisie d’une plainte que si l’acte discriminatoire :

a) a eu lieu au Canada alors que la victime y était légalement présente ou qu’elle avait le droit d’y revenir;

present in Canada or, if temporarily absent from Canada, entitled to return to Canada;

(b) occurred in Canada and was a discriminatory practice within the meaning of section 5, 8, 10 or 12 in respect of which no particular individual is identifiable as the victim;

(c) occurred outside Canada and the victim of the practice was at the time of the act or omission a Canadian citizen or an individual lawfully admitted to Canada for permanent residence.

Determination of status

(6) Where a question arises under subsection (5) as to the status of an individual in relation to a complaint, the Commission shall refer the question of status to the appropriate Minister and shall not proceed with the complaint unless the question of status is resolved thereby in favour of the complainant.

...

Commission to deal with complaint

41 (1) Subject to section 40, the Commission shall deal with any complaint filed with it unless in respect of that complaint it appears to the Commission that

...

(c) the complaint is beyond the jurisdiction of the Commission;

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20.

General

11 A person who is sentenced, committed or transferred to penitentiary may be received into any penitentiary, and any designation of a particular penitentiary in the warrant of committal is of no force or effect.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

Court of criminal jurisdiction

469 Every court of criminal jurisdiction has jurisdiction to try an indictable offence other than

(a) an offence under any of the following sections:

b) a eu lieu au Canada sans qu'il soit possible d'en identifier la victime, mais tombe sous le coup des articles 5, 8, 10 ou 12;

c) a eu lieu à l'étranger alors que la victime était un citoyen canadien ou qu'elle avait été légalement admise au Canada à titre de résident permanent.

Renvoi au ministre compétent

(6) En cas de doute sur la situation d'un individu par rapport à une plainte dans les cas prévus au paragraphe (5), la Commission renvoie la question au ministre compétent et elle ne peut procéder à l'instruction de la plainte que si la question est tranchée en faveur du plaignant.

[...]

Irrecevabilité

41 (1) Sous réserve de l'article 40, la Commission statue sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu'elle estime celle-ci irrecevable pour un des motifs suivants :

[...]

c) la plainte n'est pas de sa compétence.

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20.

Disposition générale

11 La personne condamnée ou transférée au pénitencier peut être écrouée dans n'importe quel pénitencier, toute désignation d'un tel établissement ou lieu dans le mandat de dépôt étant sans effet.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Cour de juridiction criminelle

469 Toute cour de juridiction criminelle est compétente pour juger un acte criminel autre :

a) qu'une infraction visée par l'un des articles suivants :

- (i) section 47 (treason),
- (ii) section 49 (alarming Her Majesty),
- (iii) section 51 (intimidating Parliament or a legislature),
- (iv) section 53 (inciting to mutiny),
- (v) section 61 (seditious offences),
- (vi) section 74 (piracy),
- (vii) section 75 (piratical acts), or
- (viii) section 235 (murder).

...

515 ...

Detention in custody for offence listed in section 469

(11) Where an accused who is charged with an offence mentioned in section 469 is taken before a justice, the justice shall order that the accused be detained in custody until he is dealt with according to law and shall issue a warrant in Form 8 for the committal of the accused.

...

570 ...

Warrant of committal

(5) Where an accused other than an organization is convicted, the judge or provincial court judge, as the case may be, shall issue or cause to be issued a warrant of committal in Form 21, and section 528 applies in respect of a warrant of committal issued under this subsection.

...

Imprisonment for life or more than two years

743.1 (1) Except where otherwise provided, a person who is sentenced to imprisonment for

- (a) life,
- (b) a term of two years or more, or

- (i) l'article 47 (trahison),
- (ii) l'article 49 (alarmer Sa Majesté),
- (iii) l'article 51 (intimider le Parlement ou une législature),
- (iv) l'article 53 (incitation à la mutinerie),
- (v) l'article 61 (infractions séditeuses),
- (vi) l'article 74 (piraterie),
- (vii) l'article 75 (actes de piraterie),
- (viii) l'article 235 (meurtre).

[...]

515 [...]

Détention pour infraction mentionnée à l'article 469

(11) Le juge de paix devant lequel est conduit un prévenu inculpé d'une infraction mentionnée à l'article 469 doit ordonner qu'il soit détenu sous garde jusqu'à ce qu'il soit traité selon la loi et décerner à son sujet un mandat rédigé selon la formule 8.

[...]

570 [...]

Mandat de dépôt

(5) Lorsqu'un prévenu, autre qu'une organisation, est condamné, le juge ou le juge de la cour provinciale, selon le cas, décerne ou fait décerner un mandat de dépôt rédigé selon la formule 21, et l'article 528 s'applique à l'égard d'un mandat de dépôt décerné sous le régime du présent paragraphe.

[...]

Emprisonnement à perpétuité ou pour plus de deux ans

743.1 (1) Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, une personne doit être condamnée à l'emprisonnement dans un pénitencier si elle est condamnée, selon le cas :

- a) à l'emprisonnement à perpétuité;
- b) à un emprisonnement de deux ans ou plus;

(c) two or more terms of less than two years each that are to be served one after the other and that, in the aggregate, amount to two years or more,

shall be sentenced to imprisonment in a penitentiary.

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

Serious criminality

36 (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

...

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.

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.

...

Stay

50 A removal order is stayed

...

(b) in the case of a foreign national sentenced to a term of imprisonment in Canada, until the sentence is completed.

c) à l'emprisonnement pour deux ou plusieurs périodes de moins de deux ans chacune, à purger l'une après l'autre et dont la durée totale est de deux ans ou plus.

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

Grande criminalité

36 (1) Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

[...]

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.

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.

[...]

Sursis

50 Il y a sursis de la mesure de renvoi dans les cas suivants :

[...]

b) tant que n'est pas purgée la peine d'emprisonnement infligée au Canada à l'étranger;