

A-428-04
2005 FCA 148

A-428-04
2005 CAF 148

Emanuele Tesoro (*Appellant*)

v.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

**INDEXED AS: TESORO v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP
AND IMMIGRATION) (F.C.A.)**

Federal Court of Appeal, Evans J.A.—Toronto, April 6,
27, 2005.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Motion to stay removal order pending disposition of appeal to Federal Court of Appeal — Federal Court dismissing application for judicial review to set aside refusal of Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board (IAD) to reopen rejection of appeal against deportation — Appellant, Italian, permanent resident, living in Canada since age 14 — Never becoming Canadian citizen — Convicted in Canada on 33 counts of fraud, forgery and perjury and sentenced to 38 months' imprisonment — Appellant filed appeal with IAD on "equitable grounds" under former Immigration Act, s. 70(1)(b) but Act replaced by Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) before IAD decided appeal — Transitional provisions of IRPA, s. 64(1) discontinuing appeals to IAD on "equitable" grounds by inadmissible persons ordered deported for "serious criminality" — In Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), Federal Court of Appeal upholding IAD's position that IRPA, ss. 196, 64(1) applying retroactively to appeals — Federal Court bound in judicial review by Federal Court of Appeal decision — Appellant failing to satisfy three parts of test to stay removal — Appellant not losing benefit of winning appeal since IAD not losing jurisdiction under IRPA to reopen appeals after applicants' removal from Canada — IRPA, s. 71 only requiring applicant's presence in Canada when application to reopen made — Appellant's appeal to IAD not weakened by prior removal — Appellant's separation from family lacking nexus with ground on which IAD's refusal challenged; also not constituting more than "usual consequences of deportation" — Anticipated hardship outweighed by public interest in due enforcement of law when balance of convenience considered.

Emanuele Tesoro (*appellant*)

c.

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

**RÉPERTORIÉ: TESORO c. CANADA (MINISTRE DE LA
CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.F.)**

Cour d'appel fédérale, juge Evans, J.C.A.—Toronto, 6
et 27 avril 2005.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Requête visant à surseoir à une ordonnance de renvoi en attendant l'issue d'un appel à la Cour d'appel fédérale — La Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire du refus de la Section d'appel de l'Immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (SAI) de réexaminer la décision de rejeter l'appel interjeté contre la mesure d'expulsion — L'appellant est Italien et résident permanent, et il vit au Canada depuis l'âge de 14 ans — Il n'est jamais devenu citoyen canadien — Reconnu coupable au Canada de 33 chefs d'accusation de fraude, de contrefaçon et de parjure, il a été condamné à 38 mois d'emprisonnement — L'appellant a interjeté appel devant la SAI sur des motifs d'«equity» conformément à l'art. 70(1)(b) de l'ancienne Loi sur l'Immigration, mais avant que la SAI n'ait statué sur l'appel, cette loi a été remplacée par la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Les dispositions transitoires et l'art. 64(1) mettent fin aux appels interjetés devant la SAI sur des motifs d'«equity» par des personnes visées par des mesures de renvoi ayant été interdites de territoire pour raison de «grande criminalité» — Dans l'arrêt Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), la Cour d'appel fédérale a confirmé la position adoptée par la SAI voulant que les art. 196 et 64(1) de la LIPR s'appliquent rétroactivement aux appels — Dans l'instance en contrôle judiciaire, la Cour fédérale était liée par la décision de la Cour d'appel fédérale — L'appellant n'a pas satisfait aux trois volets du critère applicable en matière de sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi — L'appellant ne perd pas les avantages d'avoir gain de cause dans son appel puisque, selon la LIPR, la SAI ne perd pas sa compétence lui permettant de rouvrir un appel après que le demandeur eut été renvoyé du Canada — Selon l'art. 71 de la LIPR, il suffit que le demandeur soit au Canada au moment du dépôt de la demande de réouverture — L'appel de l'appellant devant la SAI n'est pas affaibli par son renvoi préalable — La séparation de l'appellant d'avec sa famille n'est pas liée aux motifs pour lesquels il conteste le refus de la SAI; elle

This was a motion to stay the appellant's removal pending the disposition of his appeal to the Federal Court of Appeal from a decision of the Federal Court dismissing his application for judicial review to set aside the refusal of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (IAD) to reopen its rejection of his appeal against deportation. The appellant, who arrived in Canada from Italy at age 14, is a permanent resident and has never become a Canadian citizen. His wife, parents, siblings, nephews and nieces all live in Canada. He was convicted in Canada on 33 counts of fraud, forgery and perjury, offences for which he was sentenced to 38 months' imprisonment. The appellant filed an appeal with the IAD requesting a stay of the deportation order issued against him on "equitable" grounds under paragraph 70(1)(b) of the former *Immigration Act*. However, before the IAD decided the appeal, the *Immigration Act* was replaced by the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). Subsection 64(1) of the IRPA discontinued appeals to the IAD on "equitable" grounds by persons ordered deported because they were inadmissible for "serious criminality". The appellant's convictions came within the definition of "serious criminality". The IAD notified the appellant that his appeal was discontinued by subsection 64(1), which applied to him by virtue of the IRPA's transitional provisions, particularly section 196. The appellant asked the IAD to reopen its decision to reject his appeal because the IAD had breached the duty of procedural fairness by rejecting his appeal without giving him an opportunity to make representations on the interpretation of the IRPA's transitional provisions. The IAD decided not to reopen the decision because section 196 clearly discontinued the appeal and the outcome of his removal could not be changed. By the time the appellant's application for judicial review was heard by the Federal Court, in *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the Federal Court of Appeal had upheld the IAD's position that section 196 applies section 64 of the IRPA retroactively to appellants who, at the time the IRPA came into force, had filed an appeal to the IAD but had not been granted a stay of their deportation "having regard to all the circumstances of the case". Bound by *Medovarski*, the Federal Court dismissed the appellant's application for judicial review. The Supreme Court granted leave to appeal in the *Medovarski* case, which has yet to be heard. The issue was whether the Federal Court of Appeal should stay the appellant's removal pending the disposition of his appeal because it would cause irreparable harm.

n'échappe pas aux «conséquences normales d'une expulsion» — Les difficultés appréhendées doivent céder le pas devant l'intérêt du public dans l'application régulière des lois lorsqu'on tient compte de la prépondérance des inconvénients.

Il s'agissait d'une requête visant à surseoir au renvoi de l'appellant en attendant l'issue de l'appel, interjeté à la Cour d'appel fédérale, du rejet par la Cour fédérale de la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (SAI) a refusé de réexaminer la décision de rejeter l'appel formé contre la mesure d'expulsion. L'appellant, qui est arrivé au Canada en provenance d'Italie à l'âge de 14 ans, est résident permanent et n'est jamais devenu citoyen canadien. Son épouse, ses parents, ses frères et sœurs, ses neveux et nièces vivent tous au Canada. Il a été reconnu coupable au Canada de 33 chefs d'accusation de fraude, de contrefaçon et de parjure, infractions pour lesquelles il a été condamné à 38 mois d'emprisonnement. L'appellant a déposé un appel à la SAI visant à obtenir un sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion pour des motifs d'«*equity*» conformément à l'alinéa 70(1)b) de l'ancienne *Loi sur l'immigration*. Cependant, avant que la SAI n'ait statué sur l'appel, la *Loi sur l'immigration* a été remplacée par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). Le paragraphe 64(1) a mis fin aux appels interjetés devant la SAI sur des motifs d'«*equity*» par des personnes visées par des mesures de renvoi ayant été interdites de territoire pour raison de «grande criminalité». Les condamnations de l'appellant étaient visées par la définition de «grande criminalité». La SAI a avisé l'appellant qu'il était mis fin à son appel en raison du paragraphe 64(1), lequel lui était applicable en vertu des dispositions transitoires de la LIPR, particulièrement de l'article 196. L'appellant a demandé à la SAI de réexaminer sa décision de rejeter l'appel parce qu'elle avait failli à son obligation d'équité procédurale en ne lui donnant pas l'occasion de formuler des observations sur l'interprétation des dispositions transitoires de la LIPR. La SAI a décidé de ne pas réexaminer la décision parce que l'article 196 mettait clairement fin à l'instance et que rien ne pouvait empêcher l'exécution de la mesure de renvoi. Au moment où la Cour fédérale a été saisie de la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appellant, la Cour d'appel fédérale avait rendu l'arrêt *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* et confirmé la position adoptée par la SAI voulant que, selon l'article 196, l'article 64 de la LIPR s'applique rétroactivement aux appelants qui, au moment de l'entrée en vigueur de la LIPR, avaient interjeté appel à la SAI, mais n'avaient pas obtenu la suspension de l'exécution de la mesure d'expulsion prononcée contre eux, [TRADUCTION] «eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire». Liée par l'arrêt *Medovarski*, la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appellant. La Cour suprême du Canada

Held, the motion should be dismissed.

The appellant had to satisfy the three-part test for having a deportation order stayed. In view of leave given by the Supreme Court of Canada in *Medovarski*, the appellant's appeal raised a serious issue, namely, whether the IAD's refusal to reopen its rejection of the appeal should be set aside. If *Medovarski* is reversed, the IAD's refusal to reopen is likely to be set aside for breach of the duty of fairness.

The second part of the test that the appellant's removal would inflict irreparable harm, which could not be compensated by a monetary award if his appeal to the Federal Court of Appeal were allowed, was not met. The appellant would not lose the benefit of winning his appeal since the IAD did not lose jurisdiction under the IRPA to reopen appeals once applicants have been removed from Canada. Section 71 of the IRPA only requires the applicant to have been in Canada when the application to the IAD to reopen the appeal was made. Furthermore, while the IAD can no longer authorize the re-entry of a person who left under a removal order, this power is now exercisable by an immigration officer under subsection 52(1). Modern telecommunications generally enable the IAD to conduct hearings without ordering the return of appellants to attend in person and therefore it maintains control over its own process. The absence of the IAD's general power to order the Minister to allow successful appellants to re-enter Canada does not render ineffective its stay of a deportation order when the appellant has already been removed.

If the appellant's appeal to this Court succeeded and the IAD were to hear his appeal on its merits, his claim before the IAD for a stay of his deportation on the grounds of hardship caused by separation from his family would not be weakened by his prior removal. There was no nexus between the ground on which the IAD's refusal to reopen was being impugned and the harms that the appellant anticipated from his removal. Moreover, the hardships relied on by the appellant to stay his removal while his appeal was pending, such as pain caused by the separation from his family, were not likely to diminish or become easier after his removal. It was speculative to assert that if the appellant were removed from Canada, his case for

a accordé une autorisation de pourvoi dans l'affaire *Medovarski*, pourvoi qui n'a pas encore été entendu. Il s'agissait pour la Cour d'appel fédérale de décider si elle devait surseoir au renvoi de l'appelant jusqu'à ce qu'il ait été statué sur son appel parce que le renvoi lui causerait un préjudice irréparable.

Arrêt: la requête doit être rejetée.

Pour obtenir un sursis, l'appelant devait satisfaire au critère en trois volets. À la lumière de l'autorisation consentie par la Cour suprême dans l'affaire *Medovarski*, l'appel de l'appelant a soulevé une question sérieuse, soit celle de savoir si le refus de la SAI de réexaminer sa décision de rejeter l'appel devait être annulé. Si l'arrêt *Medovarski* est infirmé, le refus par la SAI de rouvrir l'affaire sera vraisemblablement annulé pour cause de manquement à l'obligation d'agir équitablement.

L'appelant n'a pas satisfait au deuxième volet du critère selon lequel son renvoi lui causerait un préjudice irréparable que ne pourrait compenser l'octroi d'une indemnité pécuniaire si son appel à la Cour d'appel fédérale était accueilli. L'appelant ne perdrait pas les avantages d'obtenir gain de cause dans son appel parce que, en vertu de la LIPR, la SAI n'a pas perdu la compétence de rouvrir un appel lorsque le demandeur a été renvoyé du Canada. Selon l'article 71 de la LIPR, il suffit que le demandeur ait été au Canada au moment du dépôt de la demande de réouverture d'appel à la SAI. En outre, bien que la SAI n'ait plus le pouvoir d'autoriser le retour d'une personne qui est partie à la suite d'une mesure d'expulsion, ce pouvoir peut maintenant être exercé par un agent d'immigration en vertu du paragraphe 52(1). Les moyens de télécommunication modernes permettent généralement à la SAI de tenir ses audiences sans ordonner le retour des appelants pour qu'ils comparaissent en personne et, de ce fait, elle continue d'exercer un contrôle sur sa propre procédure. Le fait que la SAI n'ait pas le pouvoir général d'enjoindre au ministre d'autoriser les appelants ayant eu gain de cause à revenir au Canada ne rend pas inopérante sa décision de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion lorsque l'appelant a déjà été renvoyé.

Si l'appelant obtenait gain de cause dans son appel devant la Cour et que la SAI instruisait son appel au fond, sa requête en sursis de l'exécution de la mesure d'expulsion fondée sur les difficultés causées par la séparation d'avec sa famille, dont est saisie la SAI, ne serait pas affaiblie par son renvoi préalable. Il n'existait aucun lien entre les motifs fondant la contestation du refus de la SAI de rouvrir l'affaire et les préjudices que l'appelant craint voir résulter de son renvoi. En outre, les difficultés invoquées par l'appelant pour qu'il soit sursis à l'exécution de la mesure de renvoi jusqu'à l'instruction de son appel (par exemple, la douleur engendrée par sa séparation d'avec sa famille) n'auraient vraisemblablement pas

obtaining a stay of his deportation order from the IAD would be significantly weakened in the event that his appeal to the Federal Court of Appeal succeeded and the IAD reopened his appeal. His absence from Canada between his removal and the reopening of his appeal would not have so weakened the equitable bases of his claim as to deprive him of the benefits of winning his appeal in the Federal Court of Appeal.

On a motion to stay a removal pending the disposition of an application for judicial review or an appeal, the focus is limited to the impact of the deportee's temporary absence from Canada pending the disposition of the legal proceeding. Decisions on granting stays tend to be very fact-specific. Mere inconvenience does not constitute irreparable harm. For separation from family to constitute irreparable harm, the hardship of removal must be more than "the usual consequences of deportation", which is a more stringent test than showing "mere inconvenience". Statements about what can constitute irreparable harm must be considered within the context of the case. Harms that qualify as irreparable may be outweighed by the public interest in the due enforcement of the law when put into the balance of convenience. Many of the cases in which irreparable harm has been found have involved the impact of removal on the deportee's children. The appellant had no children in Canada and his wife is not financially dependent on him. His parents are aging and their health is slowly declining. Despite the appellant's obvious affection for his family, the harm caused by his separation from them was not unusual in the context of deportation. The appellant's frequent trips to Italy, the comparable quality of life in that country and the fact that he has relatives living in Italy and a married daughter living in the United Kingdom mitigated the distress and hardship the appellant anticipated from his deportation.

Even if it had been found that the appellant's removal would cause irreparable harm, the harm would have been located at the less serious end of the range. On the balance of convenience, the third part of the test, the harm would have been outweighed by the public interest in the prompt removal from Canada of those found to be inadmissible for serious criminality. If the administration of immigration law is to be credible, the prompt removal of those ordered deported must be the rule, and the grant of a stay pending the disposition of legal proceedings, the exception.

diminué après son expulsion. Il était hypothétique d'affirmer que, si l'appelant avait été expulsé du Canada, sa requête visant à surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi prise contre lui par la SAI aurait été grandement affaiblie dans le cas où son appel à la Cour d'appel fédérale avait été accueilli et que la SAI avait réexaminé son appel. Son absence du Canada, entre le moment de son renvoi et la réouverture de son appel, n'aurait pas affaibli les fondements en *equity* de sa demande au point de le priver des avantages d'obtenir gain de cause dans l'appel qu'il avait formé devant la Cour d'appel fédérale.

Dans une requête en sursis de l'exécution d'une mesure de renvoi en attendant l'issue d'une demande de contrôle judiciaire ou d'un appel, l'accent est mis sur les conséquences que peut avoir l'absence temporaire de la personne expulsée du Canada jusqu'à l'issue de l'instance. Les décisions relatives à l'octroi d'un sursis tendent à être particulièrement liées aux faits. Un simple inconvénient ne constitue pas un préjudice irréparable. Pour que la séparation de la famille constitue un préjudice irréparable, les difficultés qu'entraîne un renvoi doivent échapper aux «conséquences normales d'une expulsion», qui est un critère plus difficile à satisfaire que celui du «simple inconvénient». Les déclarations sur ce que peut constituer un préjudice irréparable doivent être examinées dans le contexte de l'affaire. Il est possible que des préjudices qualifiés d'irréparables doivent, selon la prépondérance des inconvénients, céder le pas devant l'intérêt du public dans l'application régulière de la loi. Dans de nombreuses affaires où le préjudice irréparable a été établi, on a tenu compte des conséquences du renvoi sur les enfants de la personne expulsée. L'appelant n'a aucun enfant au Canada et son épouse ne dépend pas financièrement de lui. Ses parents sont âgés et leur santé décline lentement. Malgré l'évidente affection que l'appelant porte à sa famille, le préjudice causé par la séparation n'est pas inhabituel dans le contexte d'une expulsion. Les voyages fréquents de l'appelant en Italie, la qualité de la vie comparable dans ce pays et le fait que l'appelant y ait des parents et que sa fille mariée vive au Royaume-Uni ont atténué le désarroi et les difficultés que l'appelant craint voir résulter de son expulsion.

Même si la Cour avait décidé que le renvoi de l'appelant causerait un préjudice irréparable, elle aurait situé ce préjudice au bas de l'échelle de gravité. Selon la prépondérance des inconvénients, troisième volet du critère, le préjudice aurait dû céder le pas devant l'intérêt du public dans le renvoi rapide du Canada de ceux qui ont été jugés interdits de territoire pour raison de grande criminalité. Si l'on veut que l'administration du droit de l'immigration soit crédible, il faut que le renvoi rapide des personnes visées par une mesure d'expulsion soit la règle, et que l'octroi d'un sursis en attendant l'issue d'une instance judiciaire, l'exception.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 56(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 33), 70(1)(b) (as am. *idem*, s. 18), 74(2) (as am. *idem*), 75 (as am. *idem*).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 52(1), 64(1),(2), 71, 196.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1989] 1 F.C. 535; (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (C.A.); *Melo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 188 F.T.R. 39 (F.C.T.D.) (applied with respect to test for separation from family to constitute irreparable harm); *Selliah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 261; 2004 F.C.J. No. 1200 (QL).

DISTINGUISHED:

Figurado v. Canada (Solicitor General), 2005 FC 347; [2005] F.C.J. No. 458 (QL); *Melo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 188 F.T.R. 39 (F.C.T.D.) (distinguished on facts i.e. ground of appeal); *Owusu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 470; [2003] F.C.J. No. 1976 (QL).

CONSIDERED:

Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2004] 4 F.C.R. 48; (2004), 238 D.L.R. (4th) 328; 116 C.R.R. (2d) 268; 35 Imm. L.R. (3d) 161; 318 N.R. 252; 2004 FCA 85.

REFERRED TO:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Toledo, [2000] 3 F.C. 563; (2000), 187 D.L.R. (4th) 137; 4 Imm. L.R. (3d) 167; 254 N.R. 88 (C.A.); *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577; (1971), 23 D.L.R. (3d) 1; *Townsend v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 327 N.R. 229; 2004 FCA 247; *Atwal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 330 N.R. 300; 2004 FCA 427; *Belkin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 175 F.T.R. 129; 3 Imm. L.R. (3d) 302 (F.C.T.D.).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 56(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 33), 70(1)b) (mod., *idem*, art. 18), 74(2) (mod., *idem*), 75 (mod., *idem*).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 52(1), 64(1),(2), 71, 196.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1989] 1 C.F. 535; (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (C.A.); *Melo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 188 F.T.R. 39 (C.F. 1^{re} inst.) (appliquée au regard du critère visant à déterminer si la séparation d'avec la famille constitue un préjudice irréparable); *Selliah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 261; 2004 A.C.F. n° 1200 (QL).

DÉCISIONS DISTINCTES:

Figurado c. Canada (Solliciteur général), 2005 CF 347; [2005] A.C.F. n° 458 (QL); *Melo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 188 F.T.R. 39 (C.F. 1^{re} inst.) (distincte quant aux faits, c.-à-d. au motif d'appel); *Owusu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 470; [2003] A.C.F. n° 1976 (QL).

DÉCISION EXAMINÉE:

Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2004] 4 R.C.F. 48; (2004), 238 D.L.R. (4th) 328; 116 C.R.R. (2d) 268; 35 Imm. L.R. (3d) 161; 318 N.R. 252; 2004 CAF 85.

DÉCISIONS CITÉES:

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Toledo, [2000] 3 C.F. 563; (2000), 187 D.L.R. (4th) 137; 4 Imm. L.R. (3d) 167; 254 N.R. 88 (C.A.); *Grillas c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577; (1971), 23 D.L.R. (3d) 1; *Townsend c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 327 N.R. 229; 2004 CAF 247; *Atwal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 330 N.R. 300; 2004 CAF 427; *Belkin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 175 F.T.R. 129; 3 Imm. L.R. (3d) 302 (C.F. 1^{re} inst.).

AUTHORS CITED

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed., loose-leaf. Toronto: Canada Law Book, 1992.

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, 2nd ed., loose-leaf. Markham, Ont.: Lexis Nexis Canada, 2005.

MOTION to stay removal order pending the disposition of an appeal to this Court from a decision of the Federal Court ((2004), 39 Imm. L.R. (3d) 148; 2004 FC 984) dismissing an application for judicial review to set aside the refusal of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board to reopen its rejection of the appellant's appeal against deportation.

APPEARANCES:

Ronald P. Poulton for appellant.
Marianne Zoric for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Ronald P. Poulton, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Emanuele Tesoro came from Italy to Canada with his family when he was 14 years old. He is now 52. His wife, whom he met in 2002 and married in 2004, parents, siblings, nephews, and nieces are all in Canada. He has a married daughter by a previous marriage who lives in the United Kingdom. Although he has been a permanent resident since 1967, he has never become a Canadian citizen.

[2] In December 2001 a deportation order was issued against him on the basis of convictions in Canada on 33 counts of fraud, forgery and perjury, offences for which

DOCTRINE CITÉE

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed., feuilles mobiles. Toronto: Canada Law Book, 1992.

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, 2nd ed., feuilles mobiles. Markham, Ont.: Lexis Nexis Canada, 2005.

REQUÊTE visant à surseoir à une mesure de renvoi en attendant l'issue de l'appel, interjeté devant la Cour, du rejet par la Cour fédérale ((2004), 39 Imm. L.R. (3d) 148; 2004 CF 984) d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé de réexaminer sa décision de rejeter l'appel formé par l'appelant contre la mesure d'expulsion.

ONT COMPARU:

Ronald P. Poulton pour l'appelant.
Marianne Zoric pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Ronald P. Poulton, Toronto, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[1] À l'âge de 14 ans, Emanuele Tesoro, en compagnie de sa famille, est arrivé au Canada en provenance d'Italie. Il a maintenant 52 ans. Son épouse, qu'il a rencontrée en 2002 et avec laquelle il s'est marié en 2004, ses parents, ses frères et sœurs, ses neveux et nièces sont tous au Canada. Il a une fille, née d'un premier mariage, qui est mariée et vit au Royaume-Uni. Bien qu'il soit résident permanent depuis 1967, il n'est jamais devenu citoyen canadien.

[2] En décembre 2001, il a fait l'objet d'une ordonnance de renvoi, ayant été reconnu coupable au Canada de 33 chefs d'accusation de fraude, de

he was sentenced to 38 months' imprisonment. He is to report on May 10, 2005, for removal to Italy, his country of nationality.

[3] Mr. Tesoro has brought a motion to stay his removal, pending the disposition of an appeal to this Court from a decision of Justice Gibson of the Federal Court (*Tesoro v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 39 Imm. L.R. (3d) 148. In that decision, Justice Gibson dismissed his application for judicial review to set aside the refusal of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (IAD) to reopen its rejection of his appeal against deportation.

[4] In order to obtain a stay, Mr. Tesoro must establish that he satisfies the familiar three-part test in *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 F.C. 535 (C.A.). The principal issue before me is whether Mr. Tesoro's removal pending the disposition of his appeal will cause irreparable harm.

B. HISTORY OF THE PROCEEDING

[5] On December 10, 2001, Mr. Tesoro filed an appeal with the IAD requesting a stay of the deportation order on "equitable" grounds under paragraph 70(1)(b) of the then applicable statute, the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18]. However, before the IAD decided the appeal, the *Immigration Act* was replaced by the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). Subsection 64(1) of the IRPA discontinued appeals to the IAD on "equitable" grounds by persons ordered deported because they were inadmissible for "serious criminality". Since he had been sentenced in Canada to a term of imprisonment of at least two years, Mr. Tesoro's convictions came within the definition of "serious criminality" in subsection 64(2).

[6] On August 30, 2002, the IAD notified Mr. Tesoro that his appeal was discontinued by subsection 64(1), which applied to him by virtue of the transitional provisions of the IRPA, especially section 196.

contrefaçon et de parjure, infractions pour lesquelles il a été condamné à 38 mois d'emprisonnement. Le 10 mai 2005, il doit se présenter pour son renvoi en Italie, son pays de nationalité.

[3] M. Tesoro a introduit une requête visant à surseoir à son renvoi en attendant l'issue de l'appel devant la Cour d'une décision du juge Gibson de la Cour fédérale (*Tesoro c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 39 Imm. L.R. (3d) 148. Dans cette décision, le juge Gibson a rejeté la demande de contrôle judiciaire du refus de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (SAI) de réexaminer sa décision de rejeter l'appel formé contre la mesure d'expulsion.

[4] Pour obtenir un sursis, M. Tesoro doit établir qu'il satisfait au critère en trois volets bien connu établi dans *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 C.F. 535 (C.A.). La principale question sur laquelle je dois me pencher est de savoir si le renvoi de M. Tesoro, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur son appel, causera un préjudice irréparable.

B. HISTORIQUE DE L'INSTANCE

[5] Le 10 décembre 2001, M. Tesoro a déposé un appel à la SAI visant à obtenir un sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion pour des motifs d'«equity» conformément à l'alinéa 70(1)b) de la loi applicable à cette époque, la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18]. Cependant, avant que la SAI n'ait statué sur l'appel, la *Loi sur l'immigration* a été remplacée par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR). Le paragraphe 64(1) de la LIPR a mis un terme aux appels interjetés devant la SAI sur des motifs d'«equity» par des personnes visées par des mesures de renvoi ayant été interdites de territoire pour «grande criminalité». Comme M. Tesoro a été condamné au Canada à une peine d'emprisonnement d'au moins deux ans, ses condamnations étaient visées par la définition de «grande criminalité» au paragraphe 64(2).

[6] Le 30 août 2002, la SAI a avisé M. Tesoro qu'il était mis fin à son appel en raison du paragraphe 64(1), lequel lui était applicable en vertu des dispositions transitoires de la LIPR, particulièrement de l'article 196.

[7] In a letter written on behalf of Mr. Tesoro on November 21, 2002, the IAD was asked to reopen its decision to reject his appeal, because the IAD had breached the duty of procedural fairness by rejecting Mr. Tesoro's appeal without giving him an opportunity to make representations on the interpretation of the transitional provisions of the IRPA.

[8] On May 7, 2003, the IAD advised Mr. Tesoro that it would not reopen the decision, on the ground that, even if it ought to have heard Mr. Tesoro before rejecting his appeal, it was clear that the appeal was discontinued by section 196. Hence, whatever might be said to the IAD as to why Mr. Tesoro should not be deported could make no difference to the outcome.

[9] By the time that the application for judicial review of the refusal to reopen came before Justice Gibson, this Court had decided *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 4 F.C.R. 48, which, in effect, upheld the position taken by the IAD. That is to say, section 196 applies section 64 of the IRPA retroactively to appellants who, at the time that the IRPA came into force, had filed an appeal to the IAD but had not been granted a stay of their deportation by the IAD "having regard to all the circumstances of the case."

[10] Because he was bound by *Medovarski*, Justice Gibson dismissed the application for judicial review, on the ground that reopening the appeal could not result in a different decision. However, since leave had been sought to appeal *Medovarski* to the Supreme Court of Canada, he certified as a question for appeal the proper interpretation of section 196. After Justice Gibson rendered his decision, the Supreme Court granted leave in *Medovarski*. That appeal is scheduled to be heard in June 2005.

C. ISSUES AND ANALYSIS

[11] The question to be decided is whether the Court should exercise its discretion to stay Mr. Tesoro's

[7] Par lettre envoyée au nom de M. Tesoro le 21 novembre 2002, on a demandé à la SAI de réexaminer sa décision de rejeter l'appel parce qu'elle avait failli à son obligation d'équité procédurale en ne donnant pas à M. Tesoro l'occasion de formuler des observations sur l'interprétation des dispositions transitoires de la LIPR.

[8] Le 7 mai 2003, la SAI a avisé M. Tesoro qu'elle ne réexaminerait pas la décision, faisant valoir qu'elle aurait dû entendre M. Tesoro avant de rejeter son appel, mais que l'article 196 mettait clairement un terme à l'instance. Ainsi, rien de ce qui aurait pu être dit à la SAI pour empêcher l'expulsion de M. Tesoro ne pouvait changer la conclusion.

[9] Au moment où le juge Gibson a été saisi de la demande de contrôle judiciaire du refus de réexaminer la décision, la Cour avait rendu l'arrêt *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 4 R.C.F. 48, lequel a, en quelque sorte, confirmé la position adoptée par la SAI. Autrement dit, selon l'article 196, l'article 64 de la LIPR s'applique rétroactivement aux appelants qui, au moment de l'entrée en vigueur de la LIPR, avaient interjeté appel à la SAI, mais n'avaient pas obtenu la suspension de l'exécution de la mesure d'expulsion prononcée contre eux, [TRADUCTION] «eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire».

[10] S'estimant lié par l'arrêt *Medovarski*, le juge Gibson a rejeté la demande de contrôle judiciaire au motif que la réouverture de l'appel ne pouvait conduire à une décision différente. Cependant, puisqu'une autorisation de pourvoi avait été demandée à la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Medovarski*, il a certifié, en vue de l'appel, la question de l'interprétation de l'article 196. Après que le juge Gibson eut rendu sa décision, la Cour suprême a accordé l'autorisation de pourvoi dans l'affaire *Medovarski*. L'audition de ce pourvoi est prévue pour juin 2005.

C. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

[11] Il s'agit de décider si la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour surseoir au renvoi de M.

removal, pending the disposition of his appeal to this Court. I shall consider in turn each element of the *Toth* test, while being mindful of the limitations of an undue reliance on a “checklist” approach: see Robert J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed., loose-leaf (Toronto: Canada Law Book Inc., last update November 2004), at paragraphs 2.60-2.70.

(i) Serious issue

[12] It is common ground that, in view of the grant of leave by the Supreme Court of Canada in *Medovarski*, Mr. Tesoro’s appeal raises a serious issue, namely, whether the IAD’s refusal to reopen its rejection of the appeal should be set aside. If *Medovarski* is reversed, the IAD’s refusal to reopen is likely to be set aside for breach of the duty of fairness. However, even if it is, and the IAD reopens the appeal, the outcome of the appeal itself is not a foregone conclusion.

(ii) Irreparable harm

[13] Counsel for Mr. Tesoro, Mr. Poulton, raises three arguments in support of his contention that Mr. Tesoro’s removal would inflict irreparable harm which, if his appeal to this Court were allowed, could not be compensated by a monetary award.

(a) jurisdiction of the IAD

[14] Mr. Poulton says that, if removed, Mr. Tesoro would not benefit from winning the appeal of Justice Gibson’s decision, because the IAD would have no jurisdiction to reopen his appeal. He relies on section 71 of the IRPA for the proposition that the Board loses jurisdiction as soon as an appellant leaves Canada under an order of removal.

71. The Immigration Appeal Division, on application by a foreign national who has not left Canada under a removal order, may reopen an appeal if it is satisfied that it failed to observe a principle of natural justice.

Tesoro jusqu’à ce qu’il ait été statué sur son appel. J’examinerai tour à tour chacun des éléments du critère établi dans *Toth*, tout en étant conscient des limites qu’il y a à s’appuyer indûment sur une méthode dite de «liste de contrôle»: voir Robert J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance*, 2^e éd., feuilles mobiles (Toronto: Canada Law Book Inc., dernière mise à jour: novembre 2004), aux paragraphes 2.60 et 2.70.

i) Question sérieuse

[12] Il est acquis que, à la lumière de l’autorisation consentie par la Cour suprême dans l’affaire *Medovarski*, l’appel de M. Tesoro soulève une question sérieuse, soit celle de savoir si le refus de la SAI de réexaminer sa décision de rejeter l’appel devrait être annulé. Si l’arrêt *Medovarski* est infirmé, le refus par la SAI de rouvrir l’affaire sera vraisemblablement annulé pour cause de manquement à l’obligation d’agir équitablement. Or, même si c’est le cas et que la SAI rouvre l’appel, l’issue de l’appel lui-même n’est pas inéluctable.

ii) Préjudice irréparable

[13] L’avocat de M. Tesoro, M. Poulton, avance trois arguments au soutien de sa prétention selon laquelle le renvoi de M. Tesoro causerait à celui-ci un préjudice irréparable que ne pourrait compenser l’octroi d’une indemnité pécuniaire si son appel à la Cour devait être accueilli.

a) Compétence de la SAI

[14] M. Poulton affirme qu’il ne servirait à rien à M. Tesoro, s’il était renvoyé, d’avoir gain de cause dans son appel de la décision du juge Gibson parce que la SAI n’aurait pas compétence pour rouvrir son appel. Il invoque l’article 71 de la LIPR à l’appui de la thèse voulant que la Commission perde compétence dès qu’un appelant quitte le Canada à la suite d’une mesure de renvoi.

71. L’étranger qui n’a pas quitté le Canada à la suite de la mesure de renvoi peut demander la réouverture de l’appel sur preuve de manquement à un principe de justice naturelle.

[15] Mr. Poulton concedes that the previous *Immigration Act* conferred jurisdiction on the IAD to reopen appeals, even after the applicant had been removed from Canada: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Toledo*, [2000] 3 F.C. 563 (C.A.). However, he argues, in enacting section 71 of the IRPA, Parliament must be taken to have intended to change the law by taking away the IAD's jurisdiction to decide appeals by permanent residents who have already left Canada under a removal order. This is because, counsel says, the IRPA removed the two legal bases on which *Toledo* was decided.

[16] First, under the previous law, the IAD's jurisdiction to reopen an appeal against deportation was continuing in nature: *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577. However, by virtue of section 71, it is no longer exercisable whenever an applicant requests a reconsideration, but only on the ground that the IAD's decision was in breach of the rules of natural justice.

[17] Second, under the previous law, the IAD could authorize the re-entry into Canada of a deportee without the consent of the Minister, both for the limited purpose of attending the hearing of the appeal and, if the appeal was successful and the Board stayed the removal order, for the purpose of remaining in Canada under such terms as the Board imposed: *Immigration Act*, subsections 56(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 33] and 74(2) [as am. *idem*, s. 18], and section 75 [as am. *idem*]. In *Toledo*, the Court inferred from these provisions that Parliament must have intended the IAD's jurisdiction to reopen the appeal to continue after the person concerned had left Canada.

[18] Under the IRPA, however, the only provision respecting the return of a deportee relevant to the facts of this case is subsection 52(1). This provides that, if a removal order has been enforced, "the foreign national shall not return to Canada, unless authorized by an officer". The IAD has no power of its own to authorize the return to Canada of a person who left under a removal order.

[15] M. Poulton concède que, en vertu de l'ancienne *Loi sur l'Immigration*, la SAI avait compétence pour rouvrir les appels, même après que le demandeur ait été renvoyé du Canada: *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Toledo*, [2000] 3 C.F. 563 (C.A.). Cependant, il soutient qu'en édictant l'article 71 de la LIPR, le législateur est censé avoir voulu modifier la règle de droit en retirant à la SAI son pouvoir de statuer sur les appels formés par des résidents permanents ayant déjà quitté le Canada à la suite d'une mesure de renvoi et ce, affirme l'avocat, parce que la LIPR a supprimé les deux fondements juridiques sur lesquels repose l'arrêt *Toledo*.

[16] Premièrement, sous le régime de l'ancienne loi, la compétence attribuée à la SAI pour rouvrir l'appel d'une mesure d'expulsion était de nature permanente: *Grillas c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577. Cependant, en vertu de l'article 71, cette compétence ne peut plus être exercée chaque fois qu'un demandeur présente une requête en réouverture, mais uniquement au motif que la décision de la SAI a porté atteinte aux règles de justice naturelle.

[17] Deuxièmement, sous le régime de l'ancienne loi, la SAI pouvait autoriser la personne expulsée à revenir au Canada sans le consentement du ministre, mais seulement pour qu'elle assiste à l'audition de l'appel et, si l'appel était accueilli et que la Commission ordonnait de surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi, pour qu'elle reste au Canada aux conditions fixées par la Commission: *Loi sur l'immigration*, paragraphes 56(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 33] et 74(2) [mod., *idem*, art. 18], et article 75 [mod., *idem*]. Dans *Toledo*, la Cour a inféré de ces dispositions que le législateur devait avoir voulu que la compétence de la SAI de rouvrir l'appel se poursuive après que l'intéressé eut quitté le Canada.

[18] Cependant, sous le régime de la LIPR, la seule disposition traitant du retour d'une personne expulsée qui s'applique aux faits de l'espèce est le paragraphe 52(1). Il prévoit que l'exécution d'une mesure de renvoi emporte «interdiction de revenir au Canada, sauf autorisation de l'agent». La SAI ne peut autoriser elle-même le retour au Canada d'une personne qui est partie à la suite d'une ordonnance de renvoi.

[19] Attractively as Mr. Poulton developed his argument, in my opinion the IAD does not lose jurisdiction over an application for the reopening of an appeal because the applicant, who was in Canada when the application was filed, left under a removal order before the IAD considered it.

[20] First, the more obvious reading of the text of section 71 is that it only requires the applicant to have been in Canada when the application to the IAD was made. This was the interpretation of section 71 adopted in *Townsend v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 327 N.R. 229 (F.C.A.), at paragraph 5. The French version of the text is even clearer.

[21] Second, while the IAD can no longer authorize the re-entry of a person who left under a removal order, this power is now exercisable by an immigration officer. However, this change does not significantly weaken the IAD's ability to control its own process.

[22] Modern telecommunications generally enable the IAD to conduct hearings without ordering the return of appellants to attend in person. Hence, the fact that the IAD does not have the legal power to authorize the re-entry of an appellant for the purpose of attending a hearing does not in fact compromise its control over its own process.

[23] Nor does the absence of a general power in the IAD to order the Minister to permit successful appellants to re-enter Canada render ineffective its stay of a deportation order when the appellant has already been removed. Counsel for the Minister stated that, in the absence of evidence of new grounds for excluding an appellant, it would be tantamount to bad faith for an immigration officer to refuse to exercise the discretion under subsection 52(1) to authorize the re-entry of an inadmissible person whose deportation the Board had stayed. *Figurado v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 347 is distinguishable, on the ground that, in that case, no similar opinion or undertaking was offered on behalf of the Minister in respect of a person removed before a pre-removal

[19] Bien que l'argument avancé par M. Poulton puisse sembler attrayant, j'estime que la SAI ne perd pas son pouvoir de statuer sur une demande de réouverture d'appel du fait que le demandeur, qui était au Canada au moment du dépôt de la demande, est parti à la suite d'une mesure de renvoi avant que la SAI n'ait statué sur la demande.

[20] D'une part, il ressort à l'évidence de l'article 71 qu'il suffit que le demandeur ait été au Canada au moment du dépôt de la demande à la SAI. C'est cette interprétation de l'article 71 qui a été adoptée dans l'arrêt *Townsend c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 327 N.R. 229 (C.A.F.), au paragraphe 5. La version française de l'article 71 est encore plus claire.

[21] D'autre part, bien que la SAI n'ait plus le pouvoir d'autoriser le retour d'une personne qui est partie à la suite d'une mesure d'expulsion, ce pouvoir peut maintenant être exercé par un agent d'immigration. Ce changement n'affaiblit pas beaucoup la capacité de la SAI de contrôler ses propres procédures.

[22] Les moyens de télécommunication modernes permettent généralement à la SAI de tenir ses audiences sans ordonner le retour des appelants pour qu'ils comparaissent en personne. Partant, le fait que la SAI ne soit pas habilitée à autoriser le retour d'un appelant pour qu'il assiste à une audition ne compromet pas réellement le contrôle qu'elle exerce sur sa propre procédure.

[23] Le fait que la SAI n'ait pas le pouvoir général d'enjoindre au ministre d'autoriser les appelants ayant eu gain de cause à revenir au Canada ne rend pas non plus inopérante sa décision de surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi lorsque l'appelant a déjà été expulsé. Selon l'avocat du ministre, sans la preuve de nouveaux motifs permettant d'exclure un appelant, le refus par un agent d'immigration d'exercer le pouvoir discrétionnaire que le paragraphe 52(1) lui confère pour autoriser le retour d'une personne interdite de territoire dont l'expulsion a été suspendue par la Commission équivaudrait à de la mauvaise foi. La décision *Figurado c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 347 se distingue en ce que, dans cette affaire, aucune opinion ou engagement semblable n'a été offert pour le compte du

risk assessment was complete (see paragraph 37).

(b) undermining the case before the IAD

[24] In the alternative, Mr. Poulton says that Mr. Tesoro's case before the IAD depends largely on the hardship that will be caused by his separation from his wife and from other members of his close-knit family, as well as by the loss of his job and his inability to find employment in Italy. Counsel argues that, if Mr. Tesoro's appeal succeeds and the IAD hears his appeal on its merits, his claim before the IAD for a stay of his deportation on these grounds will be weakened by his prior removal. He relies on *Melo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 188 F.T.R. 39 (F.C.T.D.), and *Owusu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 470.

[25] I do not agree. In *Melo*, the basis of the challenge to the IAD's decision was that it had given insufficient attention to the interests of Mr. Melo's children. There was evidence that the removal of Mr. Melo, even on a temporary basis, would harm the children. Given the close nexus between the ground of review and the harm resulting from removal, his application for judicial review would be rendered ineffective as a remedy.

[26] *Melo* was thus not decided on the ground that, if he was removed, Mr. Melo's case would be weakened before the IAD. However, the notion that the weakening of a person's case in subsequent administrative proceedings may constitute irreparable harm was the basis of *Owusu*.

[27] Mr. Owusu had made an H & C application to remain in Canada so that he could continue to support his children in Ghana from his employment income. His application was refused and he applied for judicial review, on the ground that the H & C officer had been insufficiently attentive to the interests of his children. Pelletier J.A. granted a stay pending the hearing of Mr. Owusu's appeal because his removal before his appeal

ministre au sujet d'une personne expulsée avant que l'examen des risques avant renvoi n'ait été complété (voir paragraphe 37).

b) Menace pour l'affaire devant la SAI

[24] Subsidièrement, M. Poulton dit que l'affaire de M. Tesoro devant la SAI dépend en grande partie des difficultés qui résulteront de la séparation d'avec son épouse et les autres membres de sa famille, laquelle est très unie, ainsi que de la perte de son emploi et de son incapacité à trouver du travail en Italie. De prétendre l'avocat, si M. Tesoro obtient gain de cause dans son appel et que la SAI instruit son appel au fond, sa requête en sursis d'exécution de la mesure d'expulsion fondée sur ces motifs, dont est saisie la SAI, sera affaiblie par son renvoi préalable. Il s'appuie sur *Melo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 188 F.T.R. 39 (C.F. 1^{re} inst.), et *Owusu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 470.

[25] Je ne suis pas d'accord. Dans *Melo*, la contestation de la décision de la SAI reposait sur le fait que celle-ci n'avait pas accordé suffisamment d'attention aux intérêts des enfants de M. Melo. La preuve démontrait que le renvoi, même temporaire, de M. Melo causerait un préjudice à ses enfants. Vu le lien étroit qui existe entre les motifs de contrôle et le préjudice résultant d'un renvoi, sa demande de contrôle judiciaire perdrait toute son efficacité comme réparation.

[26] La décision *Melo* ne se fondait donc pas sur le fait que, si M. Melo était renvoyé, sa cause devant la SAI s'en trouverait affaiblie. Toutefois, c'est sur l'idée que l'affaiblissement de la cause d'une personne dans une procédure administrative subséquente puisse constituer un préjudice irréparable que reposait l'arrêt *Owusu*.

[27] M. Owusu avait demandé l'autorisation de séjourner au Canada pour des raisons d'ordre humanitaire afin de pouvoir continuer à subvenir aux besoins de ses enfants au Ghana à même ses revenus d'emploi. Sa demande ayant été refusée, il a présenté une demande de contrôle judiciaire au motif que l'agente d'examen CH ne s'était pas suffisamment intéressée aux intérêts de ses enfants. Le juge Pelletier, J.C.A., a sursis

was heard would undermine the basis of his H & C application, namely, his financial support of his children.

[28] In my view, *Owusu* is distinguishable on the facts. There is no nexus between the ground on which the IAD's refusal to reopen is being impugned and the harms that Mr. Tesoro anticipates will result from his removal. Moreover, the hardships on which he relies in order to stay his removal while his appeal is pending are not likely to diminish after he is removed. For example, the pain caused by Mr. Tesoro's separation from his parents, his siblings and their children will not end with his removal. The choice that his wife must make between life in Canada without him, or life with him in a foreign country, separated from her extended family, is unlikely to become easier if he is removed before the disposition of his appeal in this Court.

[29] Therefore, in my opinion, it is speculative to assert that, if Mr. Tesoro is removed from Canada, his case for obtaining a stay of his deportation order from the IAD will be significantly weakened, in the event that his appeal to this Court succeeds and the IAD reopens his appeal. I am not persuaded that his absence from Canada between his removal and the reopening of his appeal will have so weakened the equitable bases of his claim as to deprive him of the benefits of winning his appeal in this Court.

(c) family separation

[30] Finally, Mr. Poulton argues that the touchstone of irreparable harm is not its seriousness, but the fact that it cannot be quantified in money or will not be compensated by an award of damages. If Mr. Tesoro wins his appeal and is eventually brought back to Canada after obtaining a favourable decision on the merits, he will not be entitled to financial compensation for the disruptions and distress caused by removal under a valid deportation order prior to the disposition of his appeal. The pain of separation from family cannot be quantified. Consequently, counsel says, any significant disruption of family relationships following an individual's removal

au renvoi de M. Owusu en attendant l'instruction de son appel parce que le renvoi de M. Owusu avant l'audition de l'appel aurait compromis le fondement de sa demande CH, à savoir qu'il soutient financièrement ses enfants.

[28] À mon avis, *Owusu* se distingue quant aux faits. Il n'existe aucun lien entre les motifs fondant la contestation du refus de la SAI de rouvrir l'affaire et les préjudices que M. Tesoro craint voir résulter de son renvoi. En outre, les difficultés qu'invoque M. Tesoro pour qu'il soit sursis à l'exécution de la mesure de renvoi jusqu'à l'instruction de son appel ne diminueront vraisemblablement pas après son expulsion. Par exemple, la douleur engendrée par sa séparation d'avec ses parents, ses frères et sœurs et leurs enfants, ne prendra pas fin avec son renvoi. Le choix auquel fait face son épouse—vivre au Canada sans lui ou vivre dans un pays étranger avec lui, isolée de sa famille élargie—ne deviendra probablement pas plus facile s'il est renvoyé avant que la Cour n'ait statué sur son appel.

[29] Par conséquent, j'estime qu'il est hypothétique d'affirmer que si M. Tesoro est expulsé du Canada, sa requête en sursis à l'exécution de la mesure de renvoi prise contre lui par la SAI sera grandement affaiblie dans le cas où son appel à la Cour est accueilli et que la SAI réexamine son appel. Je ne suis pas convaincu que son absence du Canada, entre le moment de son expulsion et la réouverture de son appel, affaiblira les fondements en equity de sa demande au point de le priver des avantages d'obtenir gain de cause dans l'appel qu'il a formé devant notre Cour.

c) Séparation de la famille

[30] Enfin, M. Poulton soutient que la pierre de touche du préjudice irréparable n'est pas sa gravité mais le fait qu'il ne peut être quantifié, du point de vue pécuniaire, ou compensé par l'octroi de dommages-intérêts. Si M. Tesoro gagne son appel et revient au Canada après une décision favorable sur le fond, il n'aura pas droit à une compensation financière pour les perturbations et la souffrance causées par son renvoi fondé sur une ordonnance valide prononcée avant l'issue de son appel. La douleur d'être séparé de sa famille ne peut se quantifier. Par conséquent, affirme l'avocat, le renvoi d'une personne cause des perturbations importantes dans

constitutes irreparable harm for the purpose of the test in *Toth*.

[31] This position is broadly consistent with the following summary of the law by Lorne Waldman, *Immigration Law and Practice*, 2nd ed., loose-leaf (Markham, Ont.: Lexis Nexis Canada Inc., 2005), at paragraph 11.275:

The jurisprudence on the issue of family separation is far from clear. Although there are some cases that hold that family separation does not constitute irreparable harm, there are others where the court has taken the opposite position. It would appear that the only possible way to reconcile these diverse decisions is to accept that determinations of irreparable harm are very fact-specific. The jurisprudence does indicate that mere inconvenience will not constitute irreparable harm. However, when the credible evidence before the court indicates that the deportation is likely to have a serious impact on the emotional and psychological well-being or educational prospects or health of the applicant or his or her spouse or children, then a stay will be granted. [Emphasis added.]

[32] In approaching this issue, I would make two preliminary points. First, on a motion to stay a removal pending the disposition of an application for judicial review or an appeal, the focus is limited to the effect of the deportee's temporary absence from Canada pending the disposition of the legal proceeding.

[33] Second, decisions on the grant of stays tend to be very fact-specific. Motions can come on at very short notice and decisions are often rendered under severe time constraints. Hence, it is not surprising to find some inconsistency in the case law. Nonetheless, in my opinion, irreparable harm in this context may include family separation, and is not limited to threats to a deportee's life and limb. The more difficult issue is to delineate the circumstances in which family separation, and the disruption of personal and other important relationships, constitute irreparable harm.

les relations familiales, lesquelles constituent un préjudice irréparable pour l'application du critère établi dans *Toth*.

[31] De façon générale, cette position est compatible avec le résumé suivant du droit applicable rédigé par Lorne Waldman, *Immigration Law and Practice*, 2^e éd., feuilles mobiles (Markham, Ont.: Lexis Nexis Canada Inc., 2005), au paragraphe 11.275:

[TRADUCTION] La jurisprudence traitant de la question de la séparation des membres d'une famille est loin d'être claire. Bien que dans certains cas, l'on ait conclu que la séparation des familles ne constitue pas un préjudice irréparable, les tribunaux ont, dans d'autres cas, adopté la position inverse. Il semblerait que la seule façon de concilier ces différentes décisions consiste à admettre qu'elles sont particulièrement liées aux faits. La jurisprudence ne donne pas à entendre qu'un simple inconvénient constituera un préjudice irréparable. Cependant, lorsqu'il ressort de la preuve crédible présentée à la cour que l'expulsion aura vraisemblablement des conséquences graves sur le bien-être affectif et psychologique, sur les perspectives d'études ou sur la santé du demandeur, de son époux ou épouse ou de ses enfants, alors un sursis sera accordé. [Je souligne.]

[32] Dans l'examen de cette question, je ferai deux remarques préliminaires. Premièrement, dans une requête en sursis de l'exécution d'une mesure de renvoi en attendant l'issue d'une demande de contrôle judiciaire ou d'un appel, l'accent est mis sur les conséquences que peut avoir l'absence temporaire de la personne expulsée du Canada jusqu'à l'issue de l'instance.

[33] Deuxièmement, les décisions relatives à l'octroi d'un sursis tendent à être particulièrement liées aux faits. Les requêtes peuvent être entendues à bref délai et les décisions sont souvent rendues dans des délais très serrés. Il n'est donc pas surprenant de constater que la jurisprudence comporte certaines incohérences. J'estime néanmoins que, dans un tel contexte, le préjudice irréparable peut s'entendre de la séparation des familles et ne se limite pas aux menaces pesant sur la vie ou l'intégrité physique de la personne expulsée. Il est plus difficile de déterminer dans quelles circonstances la séparation de la famille et la perturbation des liens familiaux et autres liens importants constituent un préjudice irréparable.

[34] In *Selliah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 261, at paragraph 13, I adopted the test formulated in *Melo* (at paragraph 21), where Pelletier J. (as he then was) held that, for separation from family to constitute irreparable harm, the hardship of removal must take “it out of the usual consequences of deportation”. *Melo* and *Selliah* were followed on this point by Richard C.J. in *Atwal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 330 N.R. 300 (F.C.A.), at paragraphs 16-17.

[35] The question is, therefore, whether, on the evidence before me, the impact of removal on Mr. Tesoro and his family as a result of the separation will be more than “the usual consequences of deportation”. This would seem a more difficult test for Mr. Tesoro to meet than that of an impact on family relationships which is sufficiently serious to rise above the level of “mere inconvenience”. However, when facts and discretion are all important, the significance of definitional differences in the applicable legal test may prove more apparent than real.

[36] For one thing, when judicial decisions involve the exercise of discretion on the basis of specific facts, statements about what can constitute irreparable harm must be considered in the context of the facts and arguments in the cases in which they were made.

[37] Further, to the extent that “serious impact” on family relationships is a less demanding test than “more than the usual consequences of deportation”, harms that qualify as irreparable under the former, but not under the latter, may not warrant a stay because, when put into the balance of convenience, they may be outweighed by the public interest in the due enforcement of the law.

[38] Turning to the facts on which Mr. Tesoro relies, I note, first, what he does not allege. Mr. Tesoro has no children in Canada. Many of the cases in which

[34] Dans *Selliah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 261, au paragraphe 13, j'ai adopté le critère formulé dans *Melo* (au paragraphe 21), où le juge Pelletier (maintenant juge de notre Cour) a statué que, pour que la séparation de la famille constitue un préjudice irréparable, les difficultés qu'entraîne un renvoi doivent échapper aux «conséquences normales d'une expulsion». En ce sens, *Melo* et *Selliah* ont été suivies par le juge en chef Richard dans *Atwal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 330 N.R. 300 (C.A.F.), aux paragraphes 16 et 17.

[35] La question est donc de savoir, au vu de la preuve dont je suis saisi, si, en raison de la séparation, les conséquences du renvoi sur M. Tesoro et sa famille échapperont aux «conséquences normales d'une expulsion». Ce critère semble être plus difficile à satisfaire pour M. Tesoro que celui relatif aux conséquences suffisamment graves sur les liens familiaux pour constituer plus qu'un «simple inconvénient». Toutefois, lorsque les faits et le pouvoir discrétionnaire sont tous importants, la portée des différences d'ordre définitionnel dans le critère juridique applicable peut se révéler plus apparent que réel.

[36] D'une part, lorsqu'il s'agit de décisions judiciaires qui concernent l'exercice du pouvoir discrétionnaire fondé sur des faits particuliers, les déclarations sur ce que peut constituer un préjudice irréparable doivent être examinées dans le contexte des faits et des arguments dans lequel elles ont été faites.

[37] En outre, dans la mesure où le critère des «conséquences graves» sur les liens familiaux est moins exigeant que celui des conséquences qui vont «plus loin que les conséquences normales d'une expulsion», il est possible que les préjudices qualifiés d'irréparables selon le premier critère, mais non le dernier, ne permettent pas de justifier une suspension, parce que selon la prépondérance des inconvénients, celle-ci doit céder le pas devant l'intérêt du public dans l'application régulière de la loi.

[38] Quant aux faits invoqués par M. Tesoro, je remarque en premier lieu ce qu'il n'allègue pas. M. Tesoro n'a aucun enfant au Canada. Dans de nombreuses

irreparable harm has been found, including *Melo* and *Owusu*, have involved the impact of removal on the deportee's children. He is not his parents' sole source of support, but shares responsibility for his parents with his siblings. Nor is Mr. Tesoro's wife financially dependent upon him.

[39] On the other hand, Mr. Tesoro's wife, who does not speak Italian, does not intend to join him in Italy before 2007, when she will be entitled to her pension from the provincial public service. Meanwhile, however, she would be able to visit him during her vacations before his case is finally resolved.

[40] Mr. Poulton referred to the fact that the Minister has recognized that spousal separation is contrary to public policy by providing that an application for permanent resident status will be processed in Canada if the applicant is married to a Canadian citizen or a permanent resident. However, since this guideline excludes applicants who are subject to removal, it is not very helpful to Mr. Poulton's argument.

[41] As for Mr. Tesoro's separation from his parents, it is relevant that they are getting on in years: his mother is in her early 70s and his father is a few years older. His mother also has heart problems and may not be able to travel to Italy, although the medical evidence in the record on this point is sparse. As people age, and their health declines, it becomes more difficult to repair the harm of separation: *Belkin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 175 F.T.R. 129 (F.C.T.D.).

[42] Despite the obvious affection in which he is held by his siblings and their children, and his important place in the family, the harm caused by Mr. Tesoro's separation from them is not unusual in the context of deportation, even though two of his sisters have medical conditions.

[43] As for the anticipated harm to Mr. Tesoro himself of having to live in Italy, I recognize the inevitable

affaires où le préjudice irréparable a été établi, y compris *Melo* et *Owusu*, on a tenu compte des conséquences du renvoi sur les enfants de la personne expulsée. M. Tesoro n'est pas seul à subvenir aux besoins de ses parents, mais partage cette responsabilité avec ses frères et sœurs. Et l'épouse de M. Tesoro ne dépend pas non plus financièrement de lui.

[39] Par ailleurs, l'épouse de M. Tesoro, qui ne parle pas italien, ne prévoit pas le rejoindre en Italie avant 2007, alors qu'elle aura droit à une pension de la fonction publique provinciale. Dans l'intervalle, elle pourrait toutefois lui rendre visite pendant ses vacances avant que l'affaire soit définitivement tranchée.

[40] M. Poulton a mentionné le fait que le ministre a reconnu que la séparation conjugale est contraire à l'ordre public en permettant qu'une demande de statut de résident canadien soit traitée au Canada si le demandeur est marié à une citoyenne canadienne ou à une résidente permanente. Cependant, puisque cette directive exclut les demandeurs visés par une mesure de renvoi, elle n'est pas très utile pour l'argument de M. Poulton.

[41] En ce qui concerne la séparation de M. Tesoro d'avec ses parents, il convient de signaler que ces derniers sont âgés: sa mère est à l'aube de ses 70 ans, et son père a quelques années de plus. Sa mère a des problèmes cardiaques et il se peut qu'elle ne puisse pas se rendre en Italie, bien que la preuve médicale versée au dossier à cet effet soit peu abondante. À mesure que les gens vieillissent et que leur santé va en déclinant, il devient plus difficile de réparer le préjudice qu'une séparation peut leur causer: *Belkin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 175 F.T.R. 129 (C.F. 1^{re} inst.).

[42] Malgré l'évidente affection que portent à M. Tesoro ses frères et sœurs et leurs enfants, et la place importante que celui-ci occupe au sein de la famille, le préjudice que leur cause la séparation n'est pas inhabituel dans le contexte d'une expulsion, même si deux des sœurs ont des ennuis de santé.

[43] S'agissant du tort appréhendé touchant M. Tesoro lui-même du fait de devoir vivre en Italie, je reconnais le

hardship for a 52-year-old man of having to leave the country that has been home since he was 14. His removal involves the loss of a job and his prospects of finding new employment may be uncertain, although there was no evidence to support his bald assertion that he would not be able to find work in Italy.

[44] On the other hand, while he may have good reasons to remain in Canada, he stated that he made frequent trips between Italy and Canada in connection with his gambling activities in Italy and, on two occasions in the last ten years, spent a significant amount of time there. Mr. Tesoro has uncles, aunts and cousins in Italy, and I infer from the silence of his record on the point that he speaks Italian. Italy is also a country with a quality of life broadly comparable to that of Canada. The pre-removal risk assessment officer rejected Mr. Tesoro's submission that, if he was returned there, he would be at risk from organized crime. His presence in Italy may also facilitate further contact with his daughter in the United Kingdom.

[45] Having regard to all of the above, I am not persuaded that Mr. Tesoro's removal pending the disposition of his appeal will so disrupt his family relationships and cause such distress as to constitute an out of the ordinary consequence of deportation.

(iii) Balance of convenience

[46] Counsel for Mr. Tesoro conceded that, if he could not establish irreparable harm, he could not obtain a stay on the basis of the balance of convenience. I need therefore say no more about this factor.

[47] However, if I had determined that Mr. Tesoro's removal would cause irreparable harm, on the ground that the effects of family separation were more than mere inconveniences, I would have located the harm at the less serious end of the range, and concluded that, on the balance of convenience, it was outweighed by the public interest in the prompt removal from Canada of those found to be inadmissible for serious criminality. If the administration of immigration law is to be credible, the

préjudice inévitable que subit un homme de 52 ans qui doit quitter le pays où il vit depuis l'âge de 14 ans. Son renvoi signifie la perte de son emploi et il n'est pas certain qu'il puisse se trouver un nouvel emploi, bien qu'aucune preuve n'ait été présentée au soutien de cette simple assertion selon laquelle il ne serait pas capable de trouver du travail en Italie.

[44] D'un autre côté, bien qu'il puisse avoir de bonnes raisons de rester au Canada, M. Tesoro a déclaré que ses activités de jeux de hasard en Italie l'ont amené à voyager fréquemment entre le Canada et l'Italie où, à deux reprises au cours des dix dernières années, il a passé beaucoup de temps. M. Tesoro a des oncles, des tantes et des cousins en Italie et, son dossier étant muet à cet égard, j'en déduis qu'il parle italien. L'Italie est en outre un pays où la qualité de vie est en général comparable à celle qui existe au Canada. L'agent d'examen des risques avant renvoi a rejeté la prétention de M. Tesoro selon laquelle son renvoi là-bas l'exposerait au risque que représente pour lui le crime organisé. Sa présence en Italie peut aussi faciliter ses rapports avec sa fille qui est au Royaume-Uni.

[45] Compte tenu de tout ce qui précède, je ne suis pas convaincu que le renvoi de M. Tesoro, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur son appel, perturberait ses relations familiales et causerait un désarroi au point de constituer une conséquence inhabituelle de l'expulsion.

iii) Prépondérance des inconvénients

[46] L'avocat de M. Tesoro a concédé que, s'il n'arrivait pas à faire la preuve d'un préjudice irréparable, il ne pourrait pas obtenir un sursis fondé sur la prépondérance des inconvénients. Je n'ai donc rien à ajouter à ce sujet.

[47] Cependant, si j'avais décidé que le renvoi de M. Tesoro causerait un préjudice irréparable, parce que les effets de la séparation familiale étaient plus que de simples inconvénients, j'aurais situé ce préjudice au bas de l'échelle de gravité et j'aurais conclu que, selon la prépondérance des inconvénients, il devait céder le pas devant l'intérêt du public dans le renvoi rapide du Canada de ceux jugés interdits de territoire pour cause de grande criminalité. Si l'on veut que l'administration du

prompt removal of those ordered deported must be the rule, and the grant of a stay pending the disposition of legal proceedings, the exception.

[48] Mr. Tesoro was sentenced to a substantial term of imprisonment following his convictions of serious property offences, which involved forging title documents so as to show him as the owner of five residential properties, with discharged mortgages. He used these forgeries to defraud lenders into advancing loans of \$1.5 million, the proceeds of which he transferred through international banks and cannot now be traced.

[49] Having discovered what had occurred, the home owners were put to the expense of rectifying their title documents and, no doubt, suffered considerable anxiety at the prospect of losing their homes. In addition, the defrauded lenders lost their money. Law enforcement authorities doubt the claims of Mr. Tesoro, who is semi-literate, that he committed these offences alone and that he spent the money on gambling, and in making other undocumented and irrecoverable expenditures.

D. CONCLUSION

[50] For these reasons, the appellant's motion for a stay will be dismissed.

droit de l'immigration soit crédible, il faut que le renvoi des personnes visées par une mesure d'expulsion soit la règle, et que l'octroi d'un sursis en attendant l'issue d'une instance judiciaire, l'exception.

[48] M. Tesoro a été condamné à une lourde peine d'emprisonnement après avoir été déclaré coupable d'infractions graves contre la propriété, consistant en la fabrication de titres le désignant comme le propriétaire de cinq immeubles résidentiels, libres de toute hypothèque. Ces faux documents ont servi à frauder des prêteurs qui lui ont consenti des prêts totalisant 1,5 millions de dollars, somme qu'il a transférée par l'intermédiaire de banques internationales et dont on a maintenant perdu la trace.

[49] Après avoir découvert le pot aux roses, les propriétaires ont dû assumer les frais liés à la correction des titres et il ne fait aucun doute qu'ils ont ressenti une grande anxiété à l'idée de perdre leur maison. En outre, les prêteurs spoliés ont perdu leurs fonds. Les autorités chargées de l'application de la loi doutent des prétentions de M. Tesoro, qui est partiellement illettré, voulant qu'il ait commis ces infractions seul et qu'il ait utilisé cet argent pour le jeu et d'autres dépenses à l'appui desquelles il n'existe aucun document et qui sont irrécupérables.

D. CONCLUSION

[50] Pour ces motifs, la requête présentée par l'appelant pour obtenir un sursis sera rejetée.