

IMM-3395-05
2005 FC 1180

IMM-3395-05
2005 CF 1180

Nydia Munar (*Applicant*)

Nydia Munar (*demanderesse*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration and
The Minister of Public Safety and Emergency
Preparedness** (*Respondents*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et
Le ministre de la Sécurité publique et de la
Protection civile** (*défendeurs*)

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

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

Federal Court, de Montigny J.—Ottawa and Toronto
(teleconference), August 5; Ottawa, November 9, 2005.

Cour fédérale, juge de Montigny—Ottawa et Toronto
(téléconférence), 5 août; Ottawa, 9 novembre 2005.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Visitors — Motion for stay of applicant's removal pending determination of humanitarian and compassionate (H&C) application, consideration of judicial review application of removals officer's decision — Applicant entering Canada as visitor in 1996, here without status since 1997 — Applicant having two Canadian-born children, seeking to have removal deferred on basis children would suffer severe hardship if separated from her — Removal officer refusing deferral, despite knowledge children having no travel documents and applicant seeking sole custody, on basis obligated under Immigration and Refugee Protection Act, s. 48 to carry out removal as soon as reasonably practicable — Act, s. 48 leaving removal officer with little discretion, H&C application not automatically barring execution of removal order — However, some consideration of best interests of child required when parent(s) to be removed — That consideration less thorough than that in H&C application, requiring short-term best interests of child be considered — Here, nobody prepared to care for children besides applicant, who could not take children with her until sole custody granted — Criteria to obtain stay met: serious issue raised; irreparable harm established; balance of convenience favouring applicant — Motion allowed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de visiteurs — Requête pour obtenir une ordonnance de sursis du renvoi de la demanderesse jusqu'à l'examen de sa demande pour des motifs d'ordre humanitaire (CH), ou jusqu'à ce qu'on ait tranché sa demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par l'agente de renvoi — La demanderesse est venue au Canada en visiteur en 1996 et elle est ici sans statut depuis 1997 — La demanderesse a donné naissance à deux enfants au Canada et a demandé que son renvoi soit reporté au motif que les enfants seraient soumis à de graves difficultés s'ils étaient séparés d'elle — L'agente de renvoi a refusé de reporter le renvoi, nonobstant le fait qu'elle savait que les enfants n'avaient pas de titres de voyage et que la demanderesse cherchait à obtenir la garde exclusive, au motif que l'art. 48 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés l'obligeait à appliquer la mesure de renvoi dès que les circonstances le permettaient — L'art. 48 de la Loi laisse très peu de discrétion à l'agent de renvoi et une demande CH ne constitue pas un empêchement automatique à l'exécution d'une ordonnance de renvoi — Il faut toutefois examiner jusqu'à un certain point l'intérêt supérieur des enfants si leur père ou leur mère ou les deux doivent être renvoyés — Cet examen est moins élaboré que dans le cas d'une demande CH et il faut tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à court terme — En l'espèce, personne ne semblait prêt à s'occuper des enfants à part la demanderesse, qui ne pouvait pas les prendre avec elle tant que la garde exclusive ne lui serait pas accordée — Les critères pour obtenir le sursis ont été remplis : une question sérieuse à trancher a été soulevée; un préjudice irréparable a été établi; la prépondérance des inconvénients était en faveur de la demanderesse — Requête accueillie.

This was a motion for an order staying the applicant's removal from Canada pending the determination of her humanitarian and compassionate (H&C) application, or

Il s'agissait d'une requête pour obtenir une ordonnance de sursis du renvoi de la demanderesse du Canada jusqu'à l'examen de sa demande pour des motifs d'ordre humanitaire

pending the consideration of her application for judicial review of a removal officer's decision not to defer her removal.

The applicant, a citizen of the Philippines, entered Canada in 1996 as a visitor. Her visitor's visa expired in 1997 but she remained in Canada without any status. The applicant was denied refugee status in 2000, was found not to be a member of the post-determination refugee claimants in Canada class in March 2002, and then failed to report for a removal interview in April 2002. Her H&C application was subsequently filed. In the meantime, the applicant met a man with whom she had two Canadian-born children. On several occasions, the applicant's removal had to be rescheduled because she had failed to apply for passports for her children. On May 31, 2005, the applicant sought to have her removal, scheduled for June 3, 2005, deferred on the basis that she wanted to take her children with her as they would suffer severe hardship if separated from her. The removal officer refused to defer the applicant's removal, despite knowing that the children had no travel documents and that the applicant was seeking sole custody of the children so that they could travel with her, stating that she had an obligation under section 48 of the *Immigration and Refugee Protection Act* to carry out removal orders as soon as reasonably practicable.

The applicant argued that the removal officer did not demonstrate that she was alive, alert and sensitive to the best interests of the children, and did not make any inquiries as to what would happen to the children if they could not leave with their mother.

Held, the motion should be allowed.

There is general agreement that section 48 leaves the removal officer with very little discretion, and that the mere existence of an H&C application cannot bar the execution of a removal order. The purpose of the *Convention on the Rights of the Child*, which is not part of Canadian domestic law but may be used as an aid in interpreting it, is to protect the child's well-being, not to prevent a government from deporting or imprisoning a parent. As such, the filing of an H&C application cannot automatically bar the execution of a removal order, even if it results in the separation of a child from his or her parent(s). Similarly, removal officers cannot be required to undertake a full substantive review of the humanitarian circumstances that are to be considered as part of an H&C assessment. However, some consideration must be given to the best interests of the child when one or both of his or her parents are to be removed from the country. This

(CH), ou jusqu'à ce qu'on ait tranché sa demande de contrôle judiciaire de la décision d'une agente de renvoi de ne pas surseoir à son renvoi.

La demanderesse, une citoyenne des Philippines, est venue au Canada en visiteur en 1996. Son visa de visiteur a expiré en 1997, mais elle est demeurée au Canada illégalement. La demanderesse s'est vue refuser le statut de réfugiée en 2000, on a jugé en mars 2002 qu'elle ne faisait pas partie de la catégorie de demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada et elle ne s'est pas présentée à l'entrevue de renvoi d'avril 2002. Sa demande CH a par la suite été déposée. Dans l'intervalle, elle a fait la connaissance d'un compagnon avec qui elle a eu deux enfants au Canada. À plusieurs occasions, il a fallu fixer une nouvelle date pour le renvoi de la demanderesse, parce qu'elle avait omis de faire des demandes de passeport pour ses enfants. Le 31 mai 2005, la demanderesse a demandé que son renvoi, prévu pour le 3 juin 2005, soit reporté au motif qu'elle voulait partir avec ses enfants parce qu'ils seraient soumis à de graves difficultés s'ils étaient séparés d'elle. L'agente de renvoi a refusé de reporter le renvoi, nonobstant le fait qu'elle savait que les enfants n'avaient pas de titres de voyage et que la demanderesse cherchait à obtenir la garde exclusive de ses enfants afin que ceux-ci puissent voyager avec elle, au motif que l'article 48 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* l'obligeait à appliquer la mesure de renvoi dès que les circonstances le permettaient.

La demanderesse a fait valoir que l'agente n'avait pas démontré qu'elle était réceptive, attentive et sensible à l'intérêt supérieur des enfants et qu'elle ne s'était pas intéressée à la question de savoir ce qui arriverait aux enfants s'ils ne pouvaient partir avec leur mère.

Jugement : la requête doit être accueillie.

Il y a entente sur le fait que l'article 48 laisse très peu de discrétion à l'agent de renvoi et que la seule existence d'une demande CH ne peut pas empêcher l'exécution d'une mesure de renvoi. La Convention relative aux droits de l'enfant, laquelle ne fait pas partie du droit interne du Canada mais peut être utilisée pour faciliter son interprétation, vise à protéger le bien-être de l'enfant plutôt qu'à empêcher un gouvernement d'expulser ou d'emprisonner ses parents. Le fait de déposer une demande CH ne constitue pas en soi un empêchement automatique à l'exécution d'une ordonnance de renvoi, même si le résultat est la séparation d'un enfant de ses parents. De la même façon, on ne peut pas exiger des agents de renvoi qu'ils se livrent à un examen approfondi des motifs humanitaires que l'on doit examiner dans le cadre d'une évaluation CH. Il faut toutefois examiner jusqu'à un certain point l'intérêt supérieur des enfants si leur père ou leur mère ou les deux doivent être

analysis will be less thorough than the full-fledged analysis required in the context of an H&C application. The removal officer should consider the short-term best interests of the child, such as whether provisions have been made for leaving a child in the care of others in Canada when parents are to be removed. Here, nobody seemed prepared to care for the applicant's children besides the applicant, who could not take her children with her as she did not yet have sole custody. The criteria to obtain a stay were thus met. The applicant raised a serious issue. Her children would suffer irreparable harm if she was removed. And the balance of convenience favoured the applicant.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Convention on the Rights of the Child, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3, Art. 1.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(f), 25, 48, 49, 50.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (F.C.A.); *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 3 F.C. 682; 204 F.T.R. 5; 13 Imm. L.R. (3d) 289; 2001 FCT 148.

CONSIDERED:

Martinez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2003 FC 1341; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *De Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 F.C.R. 162; (2004), 245 D.L.R. (4th) 341; 29 Admin. L.R. (4th) 291; 124 C.R.R. (2d) 189; 257 F.T.R. 290; 40 Imm. L.R. (3d) 256; 2004 FC 1276; *Simois v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 187 F.T.R. 219; 7 Imm. L.R. (3d) 141; [2000] F.C.J. No. 936 (QL) (F.C.T.D.); *Francis v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 31 (T.D.) (QL); *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 2 F.C. 555; (2002), 222 D.L.R. (4th) 265; 24 Imm. L.R. (3d) 34; 297 N.R. 187; 2002 FCA 475.

renvoyés du Canada. Cette analyse sera moins élaborée que l'analyse approfondie nécessaire dans le contexte d'une demande CH. L'agent de renvoi doit tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à court terme, comme de savoir si des dispositions ont été prises pour que l'enfant qui reste au Canada soit confié aux bons soins d'autres personnes si ses parents sont renvoyés. En l'espèce, personne ne semblait prêt à s'occuper des enfants de la demanderesse à part celle-ci, qui ne pouvait pas prendre ses enfants avec elle puisqu'elle n'en avait pas encore la garde exclusive. Les critères pour obtenir un sursis ont donc été remplis. La demanderesse a soulevé une question sérieuse à trancher. Ses enfants subiraient un préjudice irréparable si elle était renvoyée du Canada. Aussi, la prépondérance des inconvénients était en faveur de la demanderesse.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3, art. 1.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3)f), 25, 48, 49, 50.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (C.A.F.); *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 3 C.F. 682; 2001 CFPI 148.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Martinez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2003 CF 1341; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *De Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.F. 162; 2004 CF 1276; *Simois c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 936 (1^{re} inst.) (QL); *Francis c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 31 (1^{re} inst.) (QL); *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 2 C.F. 555; 2002 CAF 475.

REFERRED TO:

Francis v. The Queen, [1956] S.C.R. 618; (1956), 3 D.L.R. (2d) 641; 56 DTC 1077; *Capital Cities Communications Inc. et al. v. Canadian Radio-Television Commn.*, [1978] 2 S.C.R. 141; (1977), 81 D.L.R. (3d) 609; 36 C.P.R. (2d) 1; 18 N.R. 181; *John v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 231 F.T.R. 248; 2003 FCT 420; *Mensah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 78; *Buchting v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 953; *Parsons v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 913; *Langner v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 29 C.R.R. (2d) 184; 184 N.R. 230 (F.C.A.); *Boniowski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 44 Imm. L.R. (3d) 31; 2004 FC 1161.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Immigration Manual: Inland Processing (IP)*. Chapter IP 5: Immigrant Applications in Canada Made on Humanitarian or Compassionate (H&C) Grounds. Ottawa: Citizenship and Immigration, loose-leaf.

MOTION for an order staying the applicant's removal pending the determination of her H&C application or the consideration of her judicial review application of the removal officer's decision not to defer her removal. Motion allowed.

APPEARANCES:

Geraldine MacDonald for applicant.
Tamrat Gebeyehu for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Geraldine MacDonald, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the amended reasons for order rendered in English by

[1] DE MONTIGNY J.: The applicant, a citizen of the Philippines, has brought a motion for an order staying

DÉCISIONS CITÉES :

Francis v. The Queen, [1956] R.C.S. 618; (1956), 3 D.L.R. (2d) 641; 56 DTC 1077; *Capital Cities Communications Inc. et autre c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *John c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 420; *Mensah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 78; *Buchting c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 953; *Parsons c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 913; *Langner c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 469 (C.A.) (QL); *Boniowski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1161.

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de l'immigration : Traitement des demandes au Canada (IP)*. Chapitre IP 5 : Demandes d'établissement présentées au Canada pour des considérations humanitaires (CH). Citoyenneté et Immigration, feuilles mobiles.

REQUÊTE pour obtenir une ordonnance de sursis du renvoi de la demanderesse jusqu'à l'examen de sa demande CH, ou jusqu'à ce qu'on ait tranché sa demande de contrôle judiciaire de la décision d'une agente de renvoi de ne pas surseoir à son renvoi. Requête accueillie.

ONT COMPARU :

Geraldine MacDonald pour la demanderesse.
Tamrat Gebeyehu pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Geraldine MacDonald, Toronto, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance modifiés à deux reprises rendus par

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : La demanderesse, une citoyenne des Philippines, a présenté une requête pour

her removal from Canada pending the determination of her H&C [humanitarian and compassionate] application, or pending the consideration of her application to commence judicial review of the decision dated June 1, 2005 of the removal officer, Mrs. Gina Farrauto, not to defer the removal of the applicant.

[2] The removal was originally set to proceed on June 3, 2005. After having heard counsel for the parties by telephone conference in Ottawa on that same day, I ordered a temporary stay and asked for further written submissions with respect to the application of international conventions ratified by the Government of Canada in the context of removal orders made by Canada Border Services Agency (CBSA) officers.

[3] On August 5, 2005, I heard counsel for both parties by way of teleconference. They provided me with an update on the situation of the applicant, and argued at full length the proper role of the removal officers, and in particular whether and to what extent they should take into consideration the best interests of a child whose parent is to be removed from the country. At the end of the hearing, I ordered the stay to be extended until such time as I could rule on it definitively. After having reviewed and considered the submissions of both parties and the situation of the applicant, I have now decided that the stay should be granted. The following are my reasons for that order.

Background

[4] The applicant entered Canada as a visitor in September 1996. She left behind her a husband and six children, claiming that her husband was abusive and beat her regularly. Her six-month visitor's visa was extended a further six months, that is until September 1997. She then remained in the country without any status.

[5] She made a refugee claim on July 13, 1999 and was issued a conditional departure order on December 23, 1999. She was found by the Immigration and Refugee Board not to be a refugee on September 29, 2000, essentially because she did not avail herself of

obtenir une ordonnance de sursis de son renvoi du Canada jusqu'à l'examen de sa demande CH [pour des motifs d'ordre humanitaire], ou jusqu'à ce qu'on ait tranché sa demande de contrôle judiciaire de la décision rendue le 1^{er} juillet 2005 par l'agente de renvoi, M^{me} Gina Farrauto, de ne pas surseoir au renvoi de la demanderesse.

[2] À l'origine, le renvoi devait avoir lieu le 3 juin 2005. Après avoir entendu les avocats des deux parties par conférence téléphonique à Ottawa à cette date, j'ai ordonné un sursis temporaire et demandé que l'on me présente des allégations écrites quant à l'application des conventions internationales ratifiées par le gouvernement du Canada dans le contexte des mesures de renvoi décrétées par les agents de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC).

[3] Le 5 août 2005, j'ai entendu les avocats des deux parties dans le cadre d'une téléconférence. Ils ont fait le point sur la situation de la demanderesse et ont longuement exposé leurs points de vue au sujet du rôle approprié des agents de renvoi, notamment la question de savoir s'ils devaient prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant dont le père ou la mère devait être renvoyé du pays, et dans quelle mesure. À la fin de l'audience, j'ai ordonné la prolongation du sursis jusqu'à mon jugement définitif. Après examen des prétentions des deux parties et de la situation de la demanderesse, j'ai décidé de lui accorder le sursis demandé. Les motifs de ma décision sont les suivants.

Le contexte

[4] La demanderesse est venue au Canada en visiteur en septembre 1996. Elle a quitté son mari et ses six enfants, au motif que son mari était violent et qu'il la battait régulièrement. Son visa de visiteur de six mois a été prolongé pour un autre six mois, à savoir jusqu'en septembre 1997. Par la suite, elle est demeurée au pays illégalement.

[5] Le 13 juillet 1999, elle a présenté une revendication du statut de réfugié. Une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle a été prise contre elle le 23 décembre 1999. Le 29 septembre 2000, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu qu'elle

state protection despite the fact that it was available, because she had an internal flight alternative and because the Board did not find her credible.

[6] The applicant was subsequently found not to be a member of the post-determination refugee claimants in Canada (PDRCC) class on March 13, 2002, and then failed to report for a removal interview on April 8, 2002. A warrant was issued for the applicant's arrest on April 10, 2002.

[7] She was arrested on August 7, 2003, after having come to the attention of immigration officials through a police investigation. She was released on terms and conditions the same day. The terms included reporting address changes, bi-monthly reporting, reporting as directed for the purposes of making removal arrangements, cooperate with respect to completing travel documents, and not engaging in employment.

[8] She was also notified, in person, of the opportunity to apply for a pre-removal risk assessment [PRRA] on August 7, 2003, and she applied for a PRRA on August 17, 2003. On January 26, 2004, she was determined not to be subject to risk of persecution, danger of torture, risk to life or risk of cruel and unusual treatment or punishment if returned to her country of nationality.

[9] Late in 2003, she paid a consultant to file an H&C application for her. She found out many months later that nothing had been done in that respect, and then retained a lawyer who submitted the application in November 2004.

[10] In the meantime, she met a man and had two Canadian-born children, Dennis Russell Balayo, born January 4, 2003, and Hygel Nicholas Felicidadario, born August 1, 2000. Unfortunately for the applicant, this man married another woman on February 4, 2002. Even if he declared in an affidavit that he has an active interest in the lives of his children and meets with them once or twice a week, they have never lived with him as his wife seems to object to it. He is unemployed and

n'était pas une réfugiée au motif principal qu'elle n'avait pas demandé la protection de son pays, bien qu'elle pouvait l'obtenir, et qu'elle disposait d'une possibilité de refuge intérieur. De plus, la Commission a considéré que son témoignage n'était pas crédible.

[6] Par la suite, on a jugé le 13 mars 2002 que la demanderesse ne faisant pas partie de la catégorie de demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (DNRSRC). Elle ne s'est pas présentée à l'entrevue de renvoi du 8 avril 2002. Un mandat d'arrestation a été délivré à son égard le 10 avril 2002.

[7] Par suite d'une enquête policière, les fonctionnaires de l'immigration ont pu la trouver et elle a été arrêtée le 7 août 2003. Le même jour, elle a été relâchée sous certaines conditions. Parmi ces conditions, on trouvait l'obligation d'aviser de tout changement d'adresse, de se présenter aux autorités deux fois par mois sur demande, entre autres, pour fixer les détails de son renvoi, de coopérer à l'obtention de documents de voyage et de ne pas détenir un emploi.

[8] Le 7 août 2003, on l'a avisée personnellement qu'elle pouvait présenter une demande d'examen des risques avant renvoi [ERAR]. Elle a fait une demande d'ERAR le 17 août 2003. Le 26 janvier 2004, elle a été jugée ne pas être exposée au risque d'être persécutée ou torturée, ou à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités si elle retournait dans son pays d'origine.

[9] Vers la fin de 2003, elle a payé un consultant pour qu'il dépose une demande CH en son nom. Plusieurs mois plus tard, elle a découvert que rien n'avait été fait dans son dossier. Elle a alors retenu les services d'un avocat, qui a présenté la demande en novembre 2004.

[10] Dans l'intervalle, elle a fait la connaissance d'un compagnon et a donné naissance à deux enfants au Canada, Dennis Russell Balayo, né le 4 janvier 2003, et Hygel Nicholas Felicidadario, né le 1^{er} août 2000. Malheureusement pour elle, ce compagnon a épousé une autre femme le 4 février 2002. Même s'il a déclaré dans un affidavit qu'il s'intéresse de façon active à la vie de ses enfants et qu'il les rencontre une ou deux fois par semaine, les enfants n'ont jamais vécu avec lui car son

could not provide for them.

[11] The applicant was contacted by immigration officials and told to report on April 22, 2004. On that occasion, she was instructed to obtain Canadian passports for her children and to apply for a new passport for herself, as hers had expired.

[12] On May 31, 2004, the applicant reported to Immigration but it appeared that she had made no efforts to obtain any passports for the children. The applicant's removal was scheduled for July 1, 2004. On June 25, 2004, she appeared for a removal interview without passports for the children. Removal arrangements were cancelled as a result.

[13] On September 28, 2004, the applicant again reported for a removal interview. She still did not have passports for the children. She was again told to apply for her children's passports and report back to Immigration on October 22, 2004. The applicant's removal was scheduled for November 4, 2004.

[14] The applicant failed to report to immigration officials on October 22, 2004. Removal arrangements for November 4, 2004 had to be cancelled once more after the removal officer called the applicant's residence and was told that no one by that name lived there.

[15] The applicant failed to appear for a new removal interview on November 9, 2004 and an arrest warrant was issued against her on November 17, 2004. She also stopped reporting, as required, at the Bond Reporting Centre and changed addresses without notifying Citizenship & Immigration Canada (CIC) and CBSA.

[16] After having come to the attention of the immigration authorities through a police investigation, she was arrested on May 6, 2005. She has been detained for removal since that time. It appears that the children

épouse ne le désire pas. Il est sans emploi et ne pourrait s'occuper d'eux.

[11] Les fonctionnaires de l'immigration sont entrés en contact avec la demanderesse pour lui demander de se présenter à leurs bureaux le 22 avril 2004. À cette occasion, on lui a dit d'obtenir des passeports canadiens pour ses enfants et de faire une demande de passeport pour elle-même, le sien étant expiré.

[12] Le 31 mai 2004, la demanderesse s'est présentée aux bureaux de l'immigration, mais elle n'avait pris aucune mesure pour obtenir des passeports pour ses enfants. Son renvoi était prévu pour le 1^{er} juillet 2004. Le 25 juin 2004, elle s'est présentée à une entrevue de renvoi sans passeports pour ses enfants. Par conséquent, les arrangements du renvoi ont été annulés.

[13] Le 28 septembre 2004, la demanderesse s'est présentée à nouveau à une entrevue de renvoi. Elle n'avait toujours pas de passeports pour ses enfants. On lui a à nouveau dit de faire des demandes de passeport pour ses enfants et de se présenter à l'immigration le 22 octobre 2004. Son renvoi était prévu pour le 4 novembre 2004.

[14] La demanderesse ne s'est pas présentée aux fonctionnaires de l'immigration le 22 octobre 2004. Il a fallu annuler à nouveau les arrangements du renvoi prévu pour le 4 novembre 2004, après que l'agent de renvoi eut appelé à la résidence de la demanderesse et qu'on lui eut dit que personne de ce nom ne vivait à cette adresse.

[15] La demanderesse ne s'est pas présentée à une nouvelle entrevue de renvoi le 9 novembre 2004 et un mandat d'arrestation a été délivré à son encontre le 17 novembre 2004. Elle a aussi cessé de se présenter au Centre de contrôle-cautionnements, comme elle le devait, et elle a changé d'adresse sans en aviser Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) non plus que l'ASFC.

[16] Par suite d'une enquête policière, les autorités d'immigration ont pu la trouver et elle a été arrêtée le 6 mai 2005. Elle est en détention depuis cette date, en attente de son renvoi. Il semble que, pour le moment, le

are taken care of by the father while the applicant is detained.

[17] Her counsel sent a letter to the enforcement officer, Mrs. Farrauto, on May 31, 2005, asking for a deferral of the applicant's removal scheduled for June 3, 2005. She argued that the applicant, if she must leave Canada, wanted to take the children with her as they would suffer severe hardship if separated from her. She explained that another lawyer was seeking an order for the applicant to have sole custody of the children, and that the father was cooperating. She also indicated that the father was trying to obtain the children's birth certificates, so that they could travel with her.

[18] In her response, dated June 1, 2005, Mrs. Farrauto mentioned that she has an obligation under section 48 of IRPA [*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27] to carry out removal orders as soon as reasonably practicable. She added: "Having considered your request, I do not feel that a deferral of the execution of the removal order is appropriate in the circumstances of this case."

[19] This is obviously a very sad and heartbreaking story, from a human perspective. On the other hand, one can easily understand the exasperation and frustration of immigration officials, in light of the applicant's obvious attempts to circumvent the law and to use every means at her disposal to prevent her removal from the country. But there is more at stake, as the interests of two innocent bystanders also have to be taken into consideration.

[20] In order for the applicant to succeed, she must satisfy all three branches of the test developed by the Federal Court of Appeal in *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123. In other words, the Court must be satisfied that the applicant has raised a serious issue, that she will suffer irreparable harm if removed from Canada, and that the balance of convenience favours her.

[21] In the case of an application for a stay of the decision of a removal officer, the Court must not only

père s'occupe des enfants.

[17] Son avocate a écrit à l'agente d'exécution, M^{me} Farrauto, le 31 mai 2005. Elle demandait que l'on reporte le renvoi de la demanderesse, prévu pour le 3 juin 2005. Elle a soutenu que si la demanderesse devait quitter le Canada, elle voulait partir avec ses enfants parce qu'ils seraient soumis à de graves difficultés s'ils étaient séparés d'elle. Elle a expliqué qu'un autre avocat avait présenté une demande pour que la demanderesse obtienne la garde exclusive de ses enfants et que le père était d'accord. Elle a aussi fait savoir que le père cherchait à obtenir les certificats de naissance des enfants pour qu'ils puissent voyager avec elle.

[18] Dans sa réponse, datée du 1^{er} juin 2005, M^{me} Farrauto déclare que l'article 48 de la LIPR [*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27] l'oblige à appliquer la mesure de renvoi dès que les circonstances le permettent. Elle ajoute ceci : [TRADUCTION] «Après avoir examiné votre demande, je ne crois pas qu'il soit approprié dans les circonstances de différer l'application de la mesure de renvoi».

[19] Il est clair qu'en termes humains cette histoire est triste à fendre le cœur. Par ailleurs, on peut facilement comprendre l'exaspération et la frustration des fonctionnaires de l'immigration au vu des manœuvres évidentes de la demanderesse pour contourner la loi et pour utiliser toutes les options se présentant à elle pour éviter d'être renvoyée du pays. Il y a toutefois autre chose en cause, puisque l'intérêt de deux tiers innocents doit aussi être pris en compte.

[20] Si la demanderesse doit avoir gain de cause, elle doit répondre aux trois volets du critère énoncé par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123. En d'autres mots, la Cour doit être convaincue que la demanderesse a soulevé une question sérieuse à trancher, qu'elle subira un préjudice irréparable si elle est renvoyée du Canada et que la prépondérance des inconvénients est en sa faveur.

[21] Dans le cas d'une demande de surseoir à l'exécution de la décision de l'agent de renvoi, la Cour

determine whether a serious issue is raised, but should go further and consider the merits of the application and the likelihood of success. As explained by Justice Pelletier in *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 3 F.C. 682 (T.D.), at paragraph 10, this higher threshold is justified where the result of the interlocutory motion will in essence amount to a final determination of the action:

The Supreme Court of Canada has held that the test of “serious issue to be tried” is simply that the issue being raised is one which is not frivolous. *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney general)*, [1994] 1 S.C.R. 311, at paragraph 44. On the other hand, to succeed in the underlying judicial review, the applicant will have to show that the decision not to defer was subject to review for error of law, jurisdictional error, factual error made capriciously, or denial of natural justice: *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, subsection 18.1(4) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5]. The result is that if the stay is granted, the relief sought will have been obtained on a finding that the question raised is not frivolous. If the stay is not granted and the matter proceeds to the application for judicial review, the applicant will have to demonstrate a substantive ground upon which the relief sought should be awarded. The structure of the process allows the applicant to obtain his/her relief on a lower standard on the interlocutory application, notwithstanding the fact that the relief is the same as that sought in the judicial review application. It is this congruence of the relief sought in the interlocutory and the final application which leads me to conclude that if the same relief is sought, it ought to be obtained on the same basis in both applications. I am therefore of the view that where a motion for a stay is made from a removal officer’s refusal to defer removal, the judge hearing the motion ought not simply apply the “serious issue” test, but should go further and closely examine the merits of the underlying application.

[22] It is with this standard in mind that I will now proceed with an analysis of the first leg of the *Toth* test. Counsel for the applicant contends that there is a duty on the enforcement officer to consider the best interests of the children when the removal of a parent is being arranged. She argued that Mrs. Farrauto refused to defer the removal, despite awareness that there were no travel documents as yet for the children and that the mother

n’a pas seulement à décider si on a soulevé une question sérieuse à trancher. Elle doit aller plus loin et examiner le fond de la demande, ainsi que la vraisemblance qu’elle soit accueillie. Comme l’explique le juge Pelletier dans *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] 3 C.F. 682 (1^{re} inst.), au paragraphe 10, cette norme plus élevée est justifiée lorsque le résultat de la requête interlocutoire serait assimilable à une décision définitive :

La Cour suprême du Canada a déclaré que le critère d’une « question sérieuse à trancher » consiste tout simplement dans la détermination que la question soulevée n’est pas futile : *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, au paragraphe 44. Par contre, pour obtenir gain de cause dans le cadre du contrôle judiciaire sous-jacent, le demandeur doit démontrer que la décision de ne pas différer l’exécution doit faire l’objet d’un contrôle par suite d’une erreur de droit, d’une erreur quant à la compétence, d’une conclusion de fait erronée tirée de façon arbitraire ou d’un déni de justice naturelle : *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, paragraphe 18.1(4) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5]. En conséquence, si le sursis est accordé, la réparation aura été obtenue sur une conclusion que la question soulevée n’est pas futile. Si le sursis n’est pas accordé et que la demande de contrôle judiciaire est examinée, le demandeur devra démontrer au fond qu’il y a un motif d’accorder la réparation demandée. La structure du processus fait que le demandeur peut obtenir la réparation sollicitée dans sa demande interlocutoire sur une base moins exigeante, nonobstant le fait que cette réparation est justement celle qui est sollicitée dans le cadre du contrôle judiciaire. C’est le fait qu’on sollicite la même réparation dans la demande interlocutoire et dans la demande finale qui me porte à conclure que, comme on sollicite la même réparation, on devrait l’obtenir sur une même base. Par conséquent, je suis d’avis que dans les affaires où une requête de sursis est présentée à la suite du refus de l’agent chargé du renvoi d’en différer l’exécution, le juge saisi de l’affaire doit aller plus loin que l’application du critère de la « question sérieuse » et examiner de près le fond de la demande sous-jacente.

[22] C’est au vu de cette norme que je vais maintenant analyser le premier volet du critère de l’arrêt *Toth*. L’avocate de la demanderesse soutient que l’agent de renvoi doit considérer l’intérêt supérieur des enfants lorsqu’on envisage le renvoi de leur père ou de leur mère. Elle soutient que M^{me} Farrauto a refusé de reporter le renvoi, nonobstant le fait qu’elle savait que les enfants n’avaient toujours pas de titres de voyage et que la mère

was seeking sole custody so that the children can go with her if she must leave. It was submitted that the officer has not demonstrated that she has been alive, alert and sensitive to the best interests of the children, and has not made any inquiries as to what would happen to the children if they could not leave with their mother.

[23] Much has been made of the decision reached by this Court in *Martinez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1341, where my colleague Justice Simpson found that where a parent is being removed and the children are remaining in Canada, the removal officer should defer the removal pending the outcome of the H&C application in order to give effect to Canada's obligations under Article 1 of the *Convention on the Rights of the Child* [November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3]. Justice Simpson was of the view that paragraph 3(3)(f) of the IRPA has "incorporated" the Convention into our domestic law [at paragraph 13] "to the extent that the IRPA must be construed and applied in a manner that is consistent with the Convention." This Convention deals with the rights of children and recognizes in its preamble that childhood is entitled to special care and assistance.

[24] Accordingly, she came to the conclusion that it would be contrary to the Convention to use the provisions of the IRPA to separate the applicant and his children before a decision is made on the H&C application, because it is only during the assessment of that application that the best interests of the children can be fully addressed and treated as a primary consideration. She therefore found that there was a serious issue in the case as to whether the existence of the undecided H&C application is a bar to the removal of the applicant because the completion of the H&C assessment is required to fulfill Canada's Convention obligation.

[25] Needless to say, counsel for the respondent vigorously opposed this argument. First, he objects to the notion that paragraph 3(3)(f) has incorporated the Convention into our domestic law, since it is neither precise nor detailed enough to make the international

cherchait à obtenir la garde exclusive afin que ses enfants puissent l'accompagner si elle devait quitter. Elle a soutenu que l'agente n'avait pas démontré qu'elle était réceptive, attentive et sensible à l'intérêt supérieur des enfants et qu'elle ne s'était pas intéressée à la question de savoir ce qui arriverait aux enfants s'ils ne pouvaient partir avec leur mère.

[23] On a beaucoup parlé de la décision de notre Cour dans *Martinez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1341, dans laquelle ma collègue la juge Simpson a conclu que lorsque l'un des parents fait l'objet d'une mesure de renvoi et que les enfants restent au Canada, l'agent de renvoi devrait reporter l'exécution de la mesure de renvoi en attendant la décision concernant la demande CH, de manière à donner effet à l'obligation qu'a le Canada en vertu de l'article premier de la *Convention relative aux droits de l'enfant* [20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3]. La juge Simpson était d'avis que l'alinéa 3(3)f de la LIPR a « incorporé » la Convention dans notre droit interne [au paragraphe 13] « dans la mesure où la LIPR doit être interprétée et appliquée d'une façon qui soit compatible avec la Convention ». Cette Convention traite des droits des enfants et reconnaît dans son préambule que l'enfance a droit à une aide et à une assistance spéciales.

[24] En conséquence, elle a conclu qu'il serait contraire à la Convention d'utiliser les dispositions de la LIPR pour séparer le demandeur et ses enfants avant qu'une décision soit prise concernant la demande CH, parce que ce n'est que pendant l'examen de cette demande que l'intérêt supérieur des enfants peut être pleinement étudié et traité comme une considération primordiale. Elle a donc conclu qu'il y avait une question sérieuse dans cette affaire, à savoir si l'existence d'une demande CH pendante constitue un empêchement au renvoi du demandeur parce que l'étude de la demande CH doit être menée à terme afin de satisfaire aux obligations du Canada au vu de la Convention.

[25] Il va de soi que l'avocat des défendeurs s'est vigoureusement opposé à cet argument. Premièrement, il n'est pas d'accord que l'alinéa 3(3)f aurait incorporé la Convention dans notre droit interne, puisque cette disposition n'est ni assez précise ni assez détaillée pour

human rights instruments to which Canada is signatory part of Canadian domestic law. This paragraph would be no more than a codification of the canon of statutory interpretation that says that, as far as possible, domestic law should be interpreted in accordance with international obligations. The inclusion of paragraph 3(3)f cannot be used to ignore or substantially rewrite provisions of the IRPA, it is contended, which is precisely what would happen if an undecided H&C application was to bar removal.

[26] There is no doubt that international treaties and conventions are not part of Canadian law unless they have been implemented by statute (*see, inter alia, Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618; *Capital Cities Communications Inc. et al. v. Canadian Radio-Television Commn.*, [1978] 2 S.C.R. 141). Nevertheless, it is now recognized that international human rights law may be used as an aid in interpreting domestic law, even if not formally implemented by statute. This was clearly enunciated by Madam Justice L'Heureux-Dubé in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

[27] Mr. Justice Kelen has aptly summarized the law in the case of *De Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 F.C.R. 162 (F.C.), at paragraph 53:

I have concluded that paragraph 3(3)f of IRPA codifies the common law canon of statutory construction that domestic law should be interpreted to reflect the values contained in international human rights conventions to which Canada has ascribed. In *Baker*, the Supreme Court held at paragraph 70 that the human rights values in these international conventions "help inform the contextual approach" which the Court should incorporate when interpreting statutes. However, paragraph 3(3)f of IRPA does not incorporate international human rights conventions as part of Canadian law, or state that they override plain words in a statute. Paragraph 3(3)f of IRPA means that the conventions be considered by the Court as "context" when interpreting ambiguous provisions of the immigration law.

qu'on puisse assimiler au droit canadien les traités internationaux sur les droits de la personne dont le Canada est signataire. Cette disposition n'est qu'une codification du principe d'interprétation des lois qui veut que le droit interne doit, dans la mesure du possible, être interprété au vu de nos obligations internationales. L'existence de l'alinéa 3(3)f ne peut être invoquée pour écarter ou récrire de façon fondamentale les dispositions de la LIPR. Or, c'est ce qui arriverait si l'existence d'une demande CH pendant constituait un empêchement au renvoi.

[26] Il est clair que les traités et conventions internationaux ne font pas partie du droit canadien, à moins d'y avoir été incorporés par une loi (voir notamment *Francis v. The Queen*, [1956] R.C.S. 618; *Capital Cities Communications Inc. et autre c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141). Néanmoins, on reconnaît maintenant que le droit international portant sur les droits de la personne peut être utilisé pour faciliter l'interprétation du droit interne, même s'il n'a pas été adopté de façon formelle par une loi. Ceci a été énoncé clairement par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

[27] Le juge Kelen a correctement résumé le droit dans l'affaire *De Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.F. 162 (C.F.), au paragraphe 53 :

J'ai conclu que l'alinéa 3(3)f de la LIPR codifie le principe fondamental d'interprétation législative en common law selon lequel les lois internes devraient être interprétées de façon à refléter les valeurs contenues dans les conventions internationales portant sur les droits de l'homme auxquelles le Canada a adhéré. Dans l'arrêt *Baker*, la Cour suprême a statué, au paragraphe 70, que les valeurs exprimées à l'égard des droits de la personne dans les conventions internationales peuvent « être prises en compte dans l'approche contextuelle » de l'interprétation des lois. Cependant, l'alinéa 3(3)f de la LIPR n'incorpore pas les conventions internationales portant sur les droits de l'homme dans la législation canadienne pas plus qu'il n'énonce qu'elles outrepassent les termes simples d'une loi. L'alinéa 3(3)f de la LIPR signifie que les conventions devraient être considérées par la Cour comme un « contexte » lorsqu'elle interprète des dispositions ambiguës de la législation en matière d'immigration.

[28] There is no contradiction between this statement and what Madam Justice Simpson said in *Martinez*, despite the confusion that may have been created by her use of the word “incorporate”. The real issue is not so much whether the *Convention on the Rights of the Child* can be used, via paragraph 3(3)(f), as an aid for interpreting ambiguous provisions of IRPA, but whether there is any ambiguity with respect to the proper role of the removal officer.

[29] Subsection 48(2) of IRPA states that “[i]f a removal order is enforceable, the foreign national against whom it was made must leave Canada immediately and it must be enforced as soon as is reasonably practicable.” There is general agreement that this leaves the removal officer with very little discretion. As Justice Nadon said in *Simoes v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 187 F.T.R. 219 (F.C.T.D.), at paragraph 12:

In my opinion, the discretion that a removal officer may exercise is very limited, and in any case, is restricted to when a removal order will be executed. In deciding when it is “reasonably practicable” for a removal order to be executed, a removal officer may consider various factors such as illness, other impediments to travelling, and pending H&C applications that were brought on a timely basis but have yet to be resolved due to backlogs in the system.

[30] There is also a consensus that the mere existence of an H&C application cannot bar the execution of a removal order. “To hold otherwise,” as Noël J. correctly observed, “would, in effect, allow claimants to automatically and unilaterally stay the execution of validly issued removal orders at their will and leisure by the filing of the appropriate application. This result is obviously not one which Parliament intended.” (*Francis v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 31 (T.D.) (QL), at paragraph 2).

[31] The case law of this Court is divided as to whether a removal officer is under an obligation to

[28] Il n’y a pas de contradiction entre cette déclaration et ce que la juge Simpson a déclaré dans *Martinez*, nonobstant la confusion qui peut exister parce qu’elle a utilisé le terme « incorporé ». La question n’est pas vraiment de savoir si la *Convention relative aux droits de l’enfant* peut être utilisée en application de l’alinéa 3(3)f pour faciliter l’interprétation de dispositions ambiguës de la LIPR, mais bien de savoir s’il y a ambiguïté au sujet du rôle que l’agent de renvoi devrait jouer.

[29] Le paragraphe 48(2) de la LIPR déclare que « [l]’étranger visé par la mesure de renvoi exécutoire doit immédiatement quitter le territoire du Canada, la mesure devant être appliquée dès que les circonstances le permettent ». Il y a entente sur le fait que cette disposition laisse très peu de discrétion à l’agent de renvoi. Comme le juge Nadon l’a déclaré dans *Simoes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 936, au paragraphe 12 :

À mon avis, le pouvoir discrétionnaire que l’agent chargé du renvoi peut exercer est fort restreint et, de toute façon, il porte uniquement sur le moment où une mesure de renvoi doit être exécutée. En décidant du moment où il est « raisonnablement possible » d’exécuter une mesure de renvoi, l’agent chargé du renvoi peut tenir compte de divers facteurs comme la maladie, d’autres raisons à l’encontre du voyage et les demandes fondées sur des raisons d’ordre humanitaire qui ont été présentées en temps opportun et qui n’ont pas encore été réglées à cause de l’arriéré auquel le système fait face.

[30] On convient aussi généralement que la seule existence d’une demande CH ne peut pas empêcher l’exécution d’une mesure de renvoi. Comme le juge Noël l’a avec raison fait remarquer : « Décider autrement reviendrait en fait à permettre aux demandeurs de surseoir automatiquement et unilatéralement à l’exécution de mesures de renvoi valablement prises en déposant la demande appropriée et ce, selon leur volonté et à leur loisir. Cette conséquence n’est certainement pas celle visée par le législateur ». (*Francis c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 31 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 2).

[31] La jurisprudence de notre Cour n’est pas unanime sur la question de savoir si l’agent de renvoi a

consider the best interests of a child when assessing if it is reasonably practicable for a removal order to be executed. In some cases, such an obligation has been flatly rejected (see, for example, *John v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 231 F.T.R. 248 (F.C.T.D.); *Mensah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 78), while in other cases, the absence of clear evidence as to the impact of the removal on the child was also relied on as a justification not to disturb the decision of the officer to proceed with the removal (see, for example, *Buchting v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] FC 953; *Parsons v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 913).

[32] There is obviously a certain degree of discomfort with an absolute bar on the removal of a parent with Canadian children pending the determination of their H&C application. Had Parliament wanted to provide for an automatic stay where an application for landing on humanitarian or compassionate grounds had been filed and when children were involved, it could have specifically chosen to do so as it did in certain defined circumstances (see sections 49 and 50 of IRPA).

[33] Indeed, the Supreme Court of Canada did not go that far in *Baker*. In her decision, Madam Justice L'Heureux-Dubé explicitly recognized that the H&C decision is an important one since it not only affects the future of individuals' lives in a fundamental manner, but "it may also have an important impact on the lives of any Canadian children of the person whose humanitarian and compassionate application is being considered, since they may be separated from one of their parents and/or uprooted from their country of citizenship, where they have settled and have connections" (paragraph 15). This is a clear recognition that a child can be separated from his parent as a result of a negative H&C decision.

[34] Furthermore, it must be stressed that the *Convention on the Rights of the Child* does not rule out entirely the possibility of a child being separated from

l'obligation d'examiner l'intérêt supérieur d'un enfant lorsqu'il évalue quand il sera possible d'exécuter une ordonnance de renvoi. Dans certaines affaires, on a rejeté sans ambages l'existence d'une telle obligation (voir, par exemple, *John c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 420; *Mensah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 78), alors que dans d'autres affaires, on s'est appuyé sur le fait qu'il n'y avait pas une preuve claire quant à l'impact du renvoi sur l'enfant pour justifier la non-intervention dans la décision de l'agent de procéder au renvoi (voir, par exemple, *Buchting c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 953; *Parsons c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 913).

[32] Il existe de toute évidence un certain inconfort face à l'idée d'un empêchement absolu au renvoi d'un père ou d'une mère qui a des enfants canadiens avant qu'on ait tranché sa demande CH. Si le législateur avait voulu introduire un sursis automatique lorsqu'une demande de droit d'établissement pour motifs humanitaires a été déposée et qu'il y a des enfants en cause, il aurait pu le préciser, comme il l'a fait dans certaines circonstances (voir les articles 49 et 50 de la LIPR).

[33] En effet, la Cour suprême du Canada n'est pas allée aussi loin dans l'arrêt *Baker*. Dans ses motifs, la juge L'Heureux-Dubé a reconnu explicitement qu'une décision d'ordre humanitaire est importante, non seulement parce qu'elle a des conséquences capitales sur l'avenir des intéressés, mais parce qu'« [e]lle peut également avoir des répercussions importantes sur la vie des enfants canadiens de la personne qui a fait la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire puisqu'ils peuvent être séparés d'un de leurs parents ou déracinés de leur pays de citoyenneté, où ils se sont installés et ont des attaches » (paragraphe 15). Il est clair au vu de ce texte qu'une décision CH négative peut mener à la séparation d'un enfant de son père ou de sa mère.

[34] De plus, il faut insister sur le fait que la *Convention relative aux droits de l'enfant* n'exclut pas totalement la possibilité qu'un enfant soit séparé de ses

his or her parents. As noted by Justice Nadon in *Simoès* [at paragraph 15], after referring to the Federal Court of Appeal decision in *Langner v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 29 C.R.R. (2d) 184:

. . . this confirms that the best interests of the child are an important consideration, but not one which, in and of itself, can preclude the enforcement of the law—for instance, in the form of a removal order. This is reflected in the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3 which not only addresses the best interests of children at article 3(1), but also envisions the possibility of separation of children from their parents in the context of detention, deportation, imprisonment, or death. As Article 9(4) of the Convention stipulates:

...

Where such separation [of children from their parents] results from any action initiated by a State Party, such as the detention, imprisonment, exile, deportation or death (including death arising from any cause while the person is in the custody of the State) of one or both parents or of the child, that State Party shall, upon request, provide the parents, the child or, if appropriate, another member of the family with the essential information concerning the whereabouts of the absent member(s) of the family unless the provision of the information would be detrimental to the well-being of the child. State parties shall further ensure that the submission of such a request shall of itself entail no adverse consequences for the person(s) concerned. [Footnote omitted.]

[35] In my view, it is clear that the purpose of this Convention is to protect the child's well-being, not to prevent a government from deporting or imprisoning a parent. In short, the existence of a child cannot bar a government from enforcing its laws in the absolute manner suggested by the applicant.

[36] For all these reasons, I am of the view that the filing of an H&C application cannot automatically bar the execution of a removal order, even if it results in the separation of a child from his or her parent(s). Similarly, removal officers cannot be required to undertake a full substantive review of the humanitarian circumstances that are to be considered as part of an H&C assessment. Not only would that result in a "pre H&C" application,"

parents. Comme l'a fait remarquer le juge Nadon dans *Simoès*, après avoir renvoyé à l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Langner c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 469 (C.A.) (QL) :

[...] cela confirme que l'intérêt de l'enfant est une considération importante, mais pas une considération qui en soi et à elle seule peut empêcher l'application de la loi—par exemple, sous la forme d'une mesure de renvoi. C'est ce que montre la *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, qui non seulement traite, au paragraphe 3(1), de l'intérêt des enfants, mais qui prévoit aussi la possibilité que les enfants soient séparés de leurs parents dans le contexte d'une détention, d'une expulsion, d'un emprisonnement ou d'un décès. Comme le prévoit le paragraphe 9(4) de la Convention :

[...]

Lorsque la séparation [des enfants et de leurs parents] résulte de mesures prises par un État partie, telles que la détention, l'emprisonnement, l'exil, l'expulsion ou la mort (y compris la mort, quelle qu'en soit la cause, survenue en cours de détention) des deux parents ou de l'un d'eux, ou de l'enfant, l'État partie donne sur demande aux parents, à l'enfant ou, s'il y a lieu, à un autre membre de la famille les renseignements essentiels sur le lieu où se trouvent le membre ou les membres de la famille, à moins que la divulgation de ces renseignements ne soit préjudiciable au bien-être de l'enfant. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas en elle-même de conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées. [Notes de bas de page omises]

[35] À mon avis, il est clair que la Convention vise à protéger le bien-être de l'enfant plutôt qu'à empêcher un gouvernement d'expulser ou d'emprisonner ses parents. Bref, au contraire de ce que la demanderesse affirme, la présence d'un enfant ne peut pas empêcher un gouvernement d'appliquer ses lois d'une façon absolue.

[36] Pour toutes ces raisons, je suis d'avis que le fait de déposer une demande CH ne constitue pas un empêchement automatique à l'exécution d'une ordonnance de renvoi, même si le résultat est la séparation d'un enfant de ses parents. De la même façon, on ne peut pas exiger des agents de renvoi qu'ils se livrent à un examen approfondi des motifs humanitaires que l'on doit examiner dans le cadre d'une évaluation

to use the words of Justice Nadon in *Simoës*, but it would also duplicate to some extent the real H&C assessment. More importantly, removal officers have no jurisdiction or delegated authority to determine applications for permanent residence submitted under section 25 of the IRPA. They are employed by the Canada Border Services Agency, an agency under the auspices of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, and not by the Department of Citizenship and Immigration. They are not trained to perform an H&C assessment.

[37] Having said all of this, if the best interest of the child is to be taken seriously, some consideration must be given to fate when one or both of their parents are to be removed from this country. As is often the case, I believe that the solution lies somewhere in between the two extreme positions espoused by the parties. While an absolute bar on the removal of the parent would not be warranted, an approach precluding the removal officers to give any consideration to the situation of a child would equally be unacceptable.

[38] I tend to agree with my colleague Justice Snider that the consideration of the best interests of the child is not an all-or-nothing exercise, but should be seen as a continuum. While a full-fledged analysis is required in the context of an H&C application, a less thorough examination may be sufficient when other types of decisions are made. Because of section 48 of the Act and of its overall structure, I would also agree with her that the obligation of a removal officer to consider the interests of Canadian-born children must rest at the lower end of the spectrum (*John v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*).

[39] When assessing an H&C application, the immigration officer must weigh the long term best interests of the child. A useful guide as to the factors that can be taken into consideration is provided in Chapter IP 5 (Immigrant Applications in Canada Made on Humanitarian or Compassionate (H&C) Grounds) of the *Immigration Manual: Inland Processing (IP)*, published by Immigration and Citizenship Canada. Factors related to the emotional, social, cultural and

CH. Ceci constituerait non seulement une « demande préalable » CH, comme le dit le juge Nadon dans l'affaire *Simoës*, mais il y aurait double emploi jusqu'à un certain point avec la vraie évaluation CH. Ce qui est plus important encore, c'est que les agents de renvoi n'ont aucune compétence ou autorité déléguée pour décider d'une demande de résidence permanente présentée en vertu de l'article 25 de la LIPR. Ils sont employés par l'Agence des services frontaliers du Canada, qui est sous la responsabilité du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, et non par le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration. Ils n'ont pas la formation requise pour faire une évaluation CH.

[37] Ceci étant, si on veut prendre au sérieux l'intérêt supérieur de l'enfant, il faut examiner jusqu'à un certain point ce qui lui arriverait si son père ou sa mère ou les deux devaient être renvoyés du Canada. Comme c'est souvent le cas, je crois que la solution se trouve quelque part entre les positions extrêmes adoptées par les parties. Bien qu'il n'y ait pas lieu de décréter un empêchement absolu au renvoi, il serait tout aussi inacceptable d'adopter l'approche où l'agent de renvoi n'examine pas du tout la situation de l'enfant.

[38] Je partage l'avis de ma collègue la juge Snider que l'examen de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas une question de tout ou rien, mais bien une question de degré. Alors qu'une analyse approfondie est nécessaire dans le contexte d'une demande CH, un examen moins élaboré peut suffire dans le contexte d'autres décisions à prendre. Au vu de l'article 48 de la Loi, ainsi que de l'économie générale de celle-ci, je partage aussi son avis que l'obligation de l'agent de renvoi d'examiner l'intérêt des enfants nés au Canada se situe du côté d'un examen moins élaboré (*John c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*).

[39] Lorsque qu'il évalue une demande CH, l'agent d'immigration doit pondérer l'intérêt de l'enfant à long terme. On trouve un guide utile quant aux facteurs dont on peut tenir compte dans le chapitre IP 5 (Demandes d'établissement présentées au Canada pour des considérations humanitaires (CH) du *Guide de l'immigration* publié par Citoyenneté et Immigration Canada. Les facteurs liés au bien-être émotif, social, culturel et physique de l'enfant doivent être pris en

physical well-being of the child are to be taken into consideration. Examples of factors that can be taken into account include the age of the child, the level of dependency between the child and the H&C applicant, the degree of the child's establishment in Canada, the child's links to the country in relation to which the H&C decision is being considered, the medical issues or special needs the child may have, the impact to the child's education, and matters related to the child's gender. In a nutshell, to quote from Décary, J.A. in *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 2 F.C. 555 (C.A.), at paragraph 6, "the officer's task is to determine, in the circumstances of each case, the likely degree of hardship to the child caused by the removal of the parent and to weigh this degree of hardship together with other factors, including public policy considerations, that militate in favour of or against the removal of the parent."

[40] This is obviously not the kind of assessment that the removal officer is expected to undertake when deciding whether the enforcement of the removal order is "reasonably practicable." What he should be considering, however, are the short-term best interests of the child. For example, it is certainly within the removal officer's discretion to defer removal until a child has terminated his or her school year, if he or she is going with his or her parent. Similarly, I cannot bring myself to the conclusion that the removal officer should not satisfy himself that provisions have been made for leaving a child in the care of others in Canada when parents are to be removed. This is clearly within his mandate, if section 48 of the IRPA is to be read consistently with the *Convention on the Rights of the Child*. To make enquiries as to whether a child will be adequately looked after does not amount to a fulsome H&C assessment and in no way duplicates the role of the immigration officer who will eventually deal with such an application (see *Boniowski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 44 Imm. L.R. (3d) 31 (F.C.)).

[41] In the present case, the two kids of the applicant are very young, and nobody seems prepared to care for them besides their mother. Yet, she cannot take them with her since her application for an order seeking sole

considération. Parmi les exemples de facteurs à prendre en compte, on trouve : l'âge de l'enfant; le niveau de dépendance entre l'enfant et le demandeur CH; le degré d'établissement de l'enfant au Canada; les liens de l'enfant avec le pays concerné par la demande CH; les problèmes de santé ou les besoins spéciaux de l'enfant, le cas échéant; les conséquences sur l'éducation de l'enfant; et les questions relatives au sexe de l'enfant. Dans l'arrêt *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 2 C.F. 555 (C.A.), au paragraphe 6, le juge Décary résume brièvement le tout : «l'agente est chargée de décider, selon les circonstances de chaque affaire, du degré vraisemblable de difficultés auquel le renvoi d'un parent exposera l'enfant et de pondérer ce degré de difficultés par rapport aux autres facteurs, y compris les considérations d'intérêt public, qui militent en faveur ou à l'encontre du renvoi du parent».

[40] Il est clair que ce n'est pas ce genre d'évaluation qu'un agent de renvoi doit faire lorsqu'il doit décider quand « les circonstances [...] permettent » d'appliquer une ordonnance de renvoi. Toutefois, il doit tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à court terme. Par exemple, il est clair que l'agent de renvoi a le pouvoir discrétionnaire de surseoir au renvoi jusqu'à ce que l'enfant ait terminé son année scolaire, si l'enfant doit quitter avec l'un de ses parents. De la même façon, je ne peux tirer la conclusion que l'agent de renvoi ne devrait pas vérifier si des dispositions ont été prises pour que l'enfant qui reste au Canada soit confié aux bons soins d'autres personnes si ses parents sont renvoyés. Il est clair que ceci est dans son mandat, dans la mesure où l'article 48 de la LIPR doit s'accorder avec les dispositions de la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Le fait de s'enquérir de la question de savoir si on s'occupera correctement d'un enfant ne constitue pas une évaluation CH approfondie et ne fait en aucune façon double emploi avec le rôle de l'agent d'immigration qui doit par la suite traiter d'une telle demande (voir *Boniowski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1161).

[41] En l'espèce, les deux enfants de la demanderesse sont très jeunes et personne ne semble prêt à s'en occuper à part leur mère. Pourtant, elle ne peut pas les prendre avec elle puisque sa demande d'ordonnance de

custody has not yet been dealt with. Therefore, I conclude that the applicant has raised a serious question, even on the more probing standard required in a case like this one, when claiming that the removal officer failed to exercise her discretion appropriately and was not "alert, alive and sensitive" to the childrens' best interests.

[42] There is no doubt in my mind that the applicant's two Canadian-born children will suffer irreparable harm if she is removed from Canada and they are left behind. The evidence clearly shows that the situation of these children would be at best precarious, since neither their father nor the applicant's current partner seem prepared to nurture them on a long-term basis, let alone provide them with a loving and stable environment. Such a clear infringement of the best interests of a child and of its most basic human rights must necessarily constitute an irreparable harm.

[43] Finally, I am of the view that the balance of convenience favours the applicant in the very special circumstances of this case.

Conclusion

[44] In the result, the applicant's removal will be stayed pending the determination, whichever may come first, of

(1) full and fair assessment of the best interests of the applicant's children as those may be affected by the applicant's removal from Canada, in the context of the pending H&C application; or

(2) the determination of the underlying application for leave and for judicial review of the decision not to defer the applicant's removal.

garde exclusive n'a pas encore été tranchée. Par conséquent, j'arrive à la conclusion que la demanderesse a soulevé une question sérieuse, même en appliquant la norme plus exigeante qui est requise dans un tel cas, lorsqu'elle soutient que l'agente de renvoi n'a pas utilisé son pouvoir discrétionnaire de façon appropriée et qu'elle n'a pas été «réceptive, attentive et sensible» à l'intérêt supérieur des enfants.

[42] Il n'y a aucun doute dans mon esprit que les deux enfants de la demanderesse nés au Canada subiront un préjudice irréparable si elle est renvoyée du Canada et qu'ils ne peuvent pas partir avec elle. La preuve démontre clairement que leur situation serait au mieux précaire, puisque ni leur père ni le compagnon actuel de la demanderesse ne semblent disposés à s'en occuper à long terme, sans parler de leur fournir un environnement affectueux et stable. Une telle violation des intérêts d'un enfant et de ses droits les plus fondamentaux doit nécessairement être qualifiée de préjudice irréparable.

[43] Finalement, je suis d'avis que la prépondérance des inconvénients est en faveur de la demanderesse au vu des circonstances très particulières de la présente affaire.

Conclusion

[44] En conséquence, il y a lieu de surseoir au renvoi de la demanderesse jusqu'à ce qu'on ait tranché l'une ou l'autre des procédures suivantes,

1) une évaluation pleine et entière des intérêts des enfants de la demanderesse au vu de la possibilité du renvoi de la demanderesse du Canada et dans le contexte de la demande CH pendante; ou

2) une décision sur la demande de contrôle judiciaire de la décision de ne pas surseoir au renvoi de la demanderesse.