

IMM-4346-06
2007 FC 814

IMM-4346-06
2007 CF 814

Hee Han Lee (*Applicant(s)*)

Hee Han Lee (*demandeur(s)*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent(s)*)

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

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

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

Federal Court, Barnes J.—Halifax, May 10; Ottawa, August 2, 2007.

Cour fédérale, juge Barnes—Halifax, 10 mai; Ottawa, 2 août 2007.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review of visa officer's denial of application for permanent residence on basis non-accompanying child medically inadmissible — Non-accompanying son, 33 wholly disabled, institutionalized — Under Immigration and Refugee Protection Act (Act), ss. 38(1), 42, son not admissible; s. 42 also rendering applicant's whole family prima facie inadmissible — Visa officer finding adoption by son's aunt one of convenience, not genuine — Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 23 prescribing circumstances determining whether son's disability rendering family inadmissible — Regulations, s. 4 setting out conjunctive test for determining bona fide nature of adoptions — S. 4 not overriding application of Regulations, s. 23 intended to obviate problems where non-accompanying child legally left behind — Given paucity of factual support for conclusion adoption not genuine, failure to consider legal sufficiency of custodial arrangements, implications of Regulations, s. 23, decision unreasonable — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente au motif que l'enfant non accompagnant était interdit de territoire pour des raisons d'ordre sanitaire — Le fils non accompagnant a 33 ans, il est totalement invalide et il est institutionnalisé — Le fils est interdit de territoire en vertu des art. 38(1) et 42 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR); en vertu de l'art. 42, l'interdiction de territoire dont le fils du demandeur est frappée entraîne prima facie l'interdiction de territoire des autres membres de la famille — L'agent des visas a conclu que l'adoption du fils par sa tante était une adoption de complaisance qui n'était pas authentique — Il faut se tourner vers l'art. 23 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (le Règlement) pour déterminer si l'invalidité du fils entraînait l'interdiction de territoire de sa famille — L'art. 4 du Règlement établit un critère conjonctif servant à déterminer s'il s'agissait d'une véritable adoption — L'art. 4 ne l'emporte pas sur l'art. 23 du Règlement, qui vise à prévenir le genre de problème qui se pose lorsqu'un enfant non accompagnant est laissé au pays — Compte tenu de la faiblesse du fondement factuel sous-jacent à la conclusion portant que l'adoption n'était pas authentique et de l'omission de prendre en considération la suffisance juridique des mesures de garde et les incidences de l'art. 23 du Règlement, la décision était déraisonnable — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a visa officer's denial of the applicant's application for permanent residence for himself and two of his three children on the basis that the applicant's non-accompanying child was medically inadmissible to Canada. The applicant and his family are Korean. Their wholly disabled son is 33, under the care of a welfare agency in Korea and totally dependent on others for

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente du demandeur et de deux de ses trois enfants au motif que l'enfant non accompagnant du demandeur était interdit de territoire au Canada pour des raisons d'ordre sanitaire. Le demandeur et les membres de sa famille sont Coréens. Le fils totalement invalide du

all of his personal needs. Under subsection 38(1) and section 42 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), he would not be admissible to Canada. Pursuant to IRPA, section 42, the inadmissibility of the applicant's son renders the whole family *prima facie* inadmissible. From the outset, the applicant had been designated as a non-accompanying family member and was to remain in Korea. When the issue of inadmissibility was raised by the visa officer, the son was legally adopted by his aunt. However, the visa officer found that adoption was not genuine and the family was ruled inadmissible. Essentially, the visa officer found that the adoption was one of convenience. The issue was whether the visa officer's denial of immigrant visas was unreasonable.

Held, the application should be allowed.

Section 23 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations) sets out the prescribed circumstances which determine whether the son's disability rendered his family inadmissible. Section 4 of the Regulations deals with the issue of bad faith adoptions and marriages. The visa officer's decision was apparently made under that section. While section 4 applies broadly to all adoption relationships under the IRPA and could be considered together with the factors listed in section 23, it does not override the application of section 23. Section 4 sets out a conjunctive test for determining whether an adoption is *bona fide*: it requires a finding that the adoption was entered into primarily for the purpose of acquiring status or privilege under the Act and a finding that the adoption was not genuine. The first part of this test was readily apparent because the record discloses that the adoption of the disabled son was carried out to enhance his family's application for landing. The applicant did not conceal anything from the respondent, including the motive for the adoption. The officer's conclusion that the adoption was not "genuine" was supported only by the observation that the son was 32 years old. Age in the case of an institutionalized, wholly dependent person would seem to be a marginally relevant consideration. The circumstances of the son's *de facto* care and custodial arrangements, the details of his relationship with his adoptive aunt and the legality of the adoption were of much greater significance. Nothing in the visa officer's notes indicated that such matters were considered and he did not follow the departmental guideline stipulating that notes should "clearly explain" the rationale for such decisions. Also, nothing in the record indicated that the applicant was ever informed about

demandeur a 33 ans, il a été confié aux soins d'un organisme d'aide sociale œuvrant en Corée et il ne peut satisfaire seul aucun de ses besoins. En vertu du paragraphe 38(1) et de l'article 42 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), il serait interdit de territoire au Canada. En vertu de l'article 42 de la LIPR, l'interdiction de territoire dont le fils du demandeur est frappée entraîne *prima facie* l'interdiction de territoire des autres membres de la famille. Dès le départ, le fils du demandeur avait été désigné comme membre de la famille non accompagnant et il devait rester en Corée. Lorsque l'agent des visas a évoqué l'interdiction de territoire, le fils avait été adopté légalement par sa tante. Cependant, l'agent des visas a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une adoption authentique et a conclu que la famille était interdite de territoire. L'agent des visas a essentiellement conclu qu'il s'agissait d'une adoption de complaisance. La question à trancher était celle de savoir si la décision de l'agent des visas de refuser les visas d'immigrant était déraisonnable.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Il faut se tourner vers l'article 23 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement) pour déterminer si l'invalidité du fils entraînait l'interdiction de territoire de sa famille. L'article 4 du Règlement porte sur les adoptions et les mariages de mauvaise foi. La décision de l'agent des visas reposait apparemment sur cet article. Même si l'article 4 vise tous les cas d'adoption en rapport avec la LIPR et qu'il convenait d'en tenir compte en conjonction avec les facteurs prévus à l'article 23, il ne l'emporte pas sur celui-ci. L'article 4 établit un critère conjonctif servant à déterminer s'il s'agit d'une véritable adoption; cette disposition exige que l'adoption vise principalement l'acquisition d'un statut ou d'un privilège aux termes de la Loi et qu'elle ne soit pas authentique. La première exigence était à n'en pas douter remplie puisqu'il appert du dossier que le fils invalide a été adopté pour que la demande de résidence permanente de la famille se présente sous un meilleur jour. Le demandeur n'a rien caché au défendeur, pas même la raison de l'adoption. La conclusion de l'agent des visas selon laquelle l'adoption n'était pas « authentique » n'était étayée que par la mention que le fils avait 32 ans. S'agissant d'une personne institutionnalisée et souffrant d'une invalidité totale, l'âge prend figure de facteur secondaire. Il était autrement plus important de savoir qui s'occupe en fait du fils, quelles mesures ont été prises pour sa garde, quels sont ses rapports avec la tante qui l'a adopté et si l'adoption est juridiquement valide. Rien dans les notes de l'agent des visas n'indiquait qu'il avait tenu compte de ces éléments et il n'a pas suivi les lignes directrices du ministère suivant lesquelles il doit « expliquer clairement » les motifs de telles décisions. En outre, rien au dossier n'indiquait que le demandeur avait été mis au

the officer's concern and given an opportunity to respond.

Moreover, the visa officer failed to consider the legal significance of section 23 of the Regulations. Whether the son's adoption met the requirements of section 4 does not determine whether his family was nevertheless admissible to Canada because valid and alternate custodial arrangements had been made for him in Korea. Section 23 was clearly intended to obviate such a problem such where a child is left behind in the lawful custodial care of another person. The content of the decision did not show that the visa officer had considered the implications of section 23 and, in particular, whether the son's custodial arrangements were legally sufficient to avoid the application of that provision. Such an analysis requires more than a consideration of the legality or purpose of an adoption. Given the visa officer's failure to clearly articulate the statutory and regulatory provisions which he was bound to apply and given the paucity of factual support for his conclusion, the decision was unreasonable and could not stand.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 38(1), 42.

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 4 (as am. by SOR/2004-167, s. 3(E)), 23, 87 (as am. *idem*, s. 80), 117(9),(10),(11).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ouafae v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2005), 277 F.T.R. 30; 2005 FC 459; *Gavino v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 288 F.T.R. 100; 2006 FC 308; *Gal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 42 Imm. L.R. (3d) 56; 2004 FC 1771.

REFERRED TO:

Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2005 FC 1372.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Overseas Processing Manual (OP)*. Chapter OP 3: Adoptions,

courant des préoccupations de l'agent des visas et avait eu la possibilité de s'exprimer à ce sujet.

Qui plus est, l'agent des visas n'a pas pris en considération la portée juridique de l'article 23 du Règlement. Que l'adoption du fils soit conforme ou non à l'article 4 ne joue pas sur la question de savoir si la famille est néanmoins admissible au Canada parce que d'autres mesures de garde valides ont été prises à son égard en Corée. L'article 23 vise manifestement à prévenir le genre de problème qui se pose lorsqu'un enfant est laissé au pays sous la garde et les soins légaux d'une autre personne. La teneur de la décision ne montrait pas que l'agent des visas avait tenu compte des effets de l'article 23 et avait examiné, plus particulièrement, si les mesures relatives à la garde du fils permettraient d'éviter l'application de cette disposition. Cette analyse requiert plus que l'examen de la légalité ou du but d'une adoption. Puisque l'agent des visas n'a pas exposé clairement les dispositions législatives et réglementaires qu'il était tenu d'appliquer et compte tenu de la faiblesse du fondement factuel sous-jacent à sa conclusion, sa décision était déraisonnable et elle ne pouvait être maintenue.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 38(1), 42.

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 4 (mod. par DORS/2004-167, art. 3(A)), 23, 87 (mod., *idem*, art. 80), 117(9),(10),(11).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ouafae c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 459; *Gavino c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 308; *Gal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1771.

DÉCISION CITÉE :

Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 1372.

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP)*. Chapitre OP 3 :

online: <http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/op/index.asp>.

APPLICATION for judicial review of a visa officer's denial of permanent resident status on the basis that a non-accompanying child was medically inadmissible and thereby rendered the whole family inadmissible. Application allowed.

APPEARANCES:

Roderick H. (Rory) Rogers for applicant.
Melissa R. Cameron for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Stewart McKelvey, Halifax, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

[1] BARNES J.: This is an application for judicial review from a decision made in the Immigration Section of the Canadian Embassy in Seoul, Korea, denying a permanent resident visa to the applicant, Hee Han Lee, his spouse, Hyun Sub Shim, and two of his three children. The basis of this decision was that Mr. Lee's non-accompanying child, Dong Jun Lee, was medically inadmissible to Canada, thereby rendering the family inadmissible.

Background

[2] The Lee family applied to become permanent residents in 2004. They intended to settle in Prince Edward Island and were assessed and selected by the Government of Prince Edward Island as provincial nominees under section 87 [as am. by SOR/2004-167, s. 80] of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations). It is clear from the record that it was always the intention of the Lees not to include their eldest son, Dong Jun Lee, in their application for permanent residence. Dong Jun is

Adoptions, en ligne : <http://www.cic.gc.ca/français/ressources/guides/op/index.asp>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente au motif que l'enfant non accompagnant était interdit de territoire pour des raisons d'ordre sanitaire et que la famille était donc interdite de territoire. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Roderick H. (Rory) Rogers pour le demandeur.
Melissa R. Cameron pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Stewart McKelvey, Halifax, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE BARNES : La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle la Section de l'immigration de l'ambassade du Canada à Séoul en Corée a refusé un visa de résident permanent au demandeur, Hee Han Lee, à son épouse et à deux de ses trois enfants. Le fondement du refus était que l'enfant non accompagnant de M. Lee, Dong Jun Lee, était interdit de territoire pour des raisons d'ordre sanitaire, ce qui emportait interdiction de territoire pour la famille.

Contexte

[2] La demande de visa de résidence permanente de la famille Lee a été présentée en 2004. La famille voulait s'installer à l'Île-du-Prince-Édouard et avait été évaluée et retenue par le gouvernement de cette province sous le régime de l'article 87 [mod. par DORS/2004-167, art. 80] du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement). Il ressort clairement du dossier que les Lee n'ont jamais eu l'intention d'inclure le fils aîné, Dong Jun Lee, dans la demande de résidence permanente. Dong Jun a

presently 33 years old and is wholly disabled. The medical evidence indicates that he has an atypical form of cerebral palsy which cannot be treated. His condition has progressively worsened over time so that today he cannot speak, walk, write or communicate. He is totally dependent upon others for all of his personal needs and, since about 1996, he has been under the care of the Saint Cross Center, which is a Catholic welfare agency in Korea. There is no question that Dong Jun would not be admissible to Canada under subsection 38(1) and section 42 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

[3] The problem for the family is that under paragraph 42(a) of the IRPA the inadmissibility of Dong Jun renders them *prima facie* inadmissible. This provision is clearly intended, in part, to prevent a person from gaining entry to Canada and then sponsoring an otherwise inadmissible family member whose care needs would place an excessive demand on Canadian health care or social services.

[4] The family was, thus, left in a catch-22 situation where they are barred from entry to Canada because of an inadmissible child who was not included in their application for permanent residence and who will remain behind in Korea. This problem probably could have been avoided if the visa officer had not required Dong Jun to be examined against the wishes of his family and, certainly, there does appear to be some discretion to waive the examination requirement on an informed basis in appropriate cases. The family seems to have been well aware of the legal implications of this medical examination and sought unsuccessfully to avoid it. If the family wishes had been respected, the legal effect would have been to bar any later attempt to sponsor Dong Jun for entry to Canada as a dependent child: see subsections 117(9), (10) and (11) of the Regulations.

[5] When the issue of inadmissibility was raised by the visa officer, the family made arrangements for Dong Jun to be adopted by his aunt and it appears from the

actuellement 33 ans et il est totalement invalide. La preuve médicale indique qu'il souffre d'une forme atypique de paralysie cérébrale incurable. Son état s'est progressivement détérioré de sorte qu'aujourd'hui il ne peut ni parler, ni marcher, ni écrire, ni communiquer. Il ne peut satisfaire seul aucun de ses besoins et, depuis 1996 environ, il était confié aux soins du Saint Cross Center, un organisme catholique d'aide sociale œuvrant en Corée. Il ne fait aucun doute que Dong Jun serait interdit de territoire au Canada en application du paragraphe 38(1) et de l'article 42 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR).

[3] Le problème de la famille Lee provient de ce qu'en vertu de l'alinéa 42a) de la LIPR, l'interdiction de territoire dont Dong Jun est frappé entraîne *prima facie* leur propre interdiction de territoire. Il est clair que cette disposition vise notamment à empêcher qu'une personne puisse s'installer au Canada et parrainer par la suite un membre de sa famille qui serait autrement interdit de territoire parce que les soins qu'il nécessiteraient entraîneraient un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé.

[4] La famille se trouvait donc dans une situation sans issue, empêchée de venir au Canada à cause d'un enfant interdit de territoire, lequel n'avait pas été inclus dans leur demande de résidence permanente et allait rester en Corée. Ce problème aurait pu être évité si l'agent des visas n'avait pas exigé que Dong Jun subisse un examen malgré l'opposition de sa famille, et il semble certainement possible pour les décideurs d'exercer judicieusement un certain pouvoir discrétionnaire de renonciation à l'exigence de l'examen dans les cas appropriés. La famille semble avoir bien perçu les conséquences juridiques de l'examen médical et elle a cherché sans succès à l'éviter. Si les vœux de la famille avaient été respectés, la conséquence juridique aurait consisté en l'impossibilité de parrainer ensuite l'admission de Dong Jun au Canada en tant qu'enfant à charge : paragraphes 117(9), (10) et (11) du Règlement.

[5] Lorsque l'agent des visas a évoqué l'interdiction de territoire, la famille a fait en sorte que Dong Jun soit adopté par sa tante, et le dossier indique que l'adoption

record that a legal adoption was completed. However, when the family brought this information to the attention of the visa officer, the adoption was found not to be genuine and the family was ruled inadmissible. Needless to say this regrettable situation was seemingly unnecessary and the rather zealous application of procedure appears not to have advanced the legislative purpose of section 42 of the IRPA.

[6] It is from the decision to deny entry to Mr. Lee and his family that this application for judicial review arises.

The Decision Under Review

[7] The decision to refuse a permanent resident visa to Mr. Lee is contained in a letter dated June 8, 2006 sent from the Canadian Embassy in Seoul, Korea. The relevant passages from that letter are as follows:

Pursuant to subsection 38(1) of the Immigration and Refugee Protection Act, your family member, Dong Jun LEE, is a person whose health condition Mental Retardation—Unspecified might reasonably be expected to cause excessive demand on health or social services. The regulatory definitions of these terms are attached. As a result, your family member is inadmissible to Canada on health grounds.

Our letter of March 23, 2006 invited you to provide additional information or documents in response to the preliminary assessment. Your materials were received on 22 May 2006 and were carefully considered but did not change this assessment of your family member's health condition, which has now become final. In addition, I am not satisfied that this is a genuine adoption considering the age of your son and facts of the case. You have decided to put your son for adoption to avoid this inadmissibility and I have concluded that this is an adoption of convenience.

Subsection 42(a) of the Act states that a foreign national, other than a protected person, is inadmissible on grounds of an inadmissible family member if their accompanying family member or, in prescribed circumstances, their non-accompanying family member is inadmissible. Your accompanying [sic] family member is inadmissible to Canada. As a result, you and your other family members are also inadmissible.

légale a eu lieu. Toutefois, lorsque la famille a informé l'agent des visas de l'adoption, ce dernier a jugé qu'il ne s'agissait pas d'une adoption authentique et a conclu que la famille était interdite de territoire. Il va sans dire que cette regrettable situation n'avait pas lieu d'être, et il ne semble pas que cet acharnement procédural ait permis d'atteindre l'objet poursuivi par l'article 42 de la LIPR.

[6] La demande de contrôle judiciaire vise la décision d'interdire de territoire M. Lee et sa famille.

La décision faisant l'objet du contrôle

[7] La décision de ne pas accorder de visa de résidence permanente à M. Lee est exposée dans une lettre en date du 8 juin 2006 expédiée de l'ambassade du Canada à Séoul, en Corée. Voici les passages pertinents de cette lettre :

[TRADUCTION] Aux termes du paragraphe 38(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, un membre de votre famille, soit Dong Jun LEE (qui est atteint d'une déficience intellectuelle—degré non précisé), est une personne dont l'état de santé risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé. Les définitions pertinentes contenues dans le Règlement sont jointes aux présentes. Par conséquent, ce membre de votre famille est interdit de territoire pour motifs sanitaires.

Dans ma lettre du 23 mars 2006, je vous ai demandé d'autres renseignements ou documents pour faire suite à l'appréciation initiale. Nous avons reçu vos documents le 22 mai 2006, et ils ont fait l'objet d'un examen attentif, mais ils n'ont modifié en rien l'appréciation de l'état de santé du membre de votre famille; cette appréciation est maintenant définitive. En outre, je n'ai pas été convaincu que l'adoption est authentique, compte tenu de l'âge de votre fils et des faits en cause. Vous avez décidé de faire adopter votre fils pour contourner son interdiction de territoire, et j'estime qu'il s'agit d'une adoption de complaisance.

L'alinéa 42a) de la Loi énonce que, sauf pour une personne protégée, emporte interdiction de territoire pour inadmissibilité familiale l'interdiction de territoire frappant tout membre de la famille d'un étranger qui l'accompagne ou qui, dans les cas réglementaires, ne l'accompagne pas. Le membre de votre famille qui vous accompagne [sic] est interdit de territoire au Canada, en conséquence vous et les autres membres de votre famille êtes également interdits de territoire.

It is accepted by both parties that the above reference to “accompanying” family member was a typographical error and should have read “non-accompanying.”

Les deux parties conviennent que les mots [TRADUCTION] « membre de la famille qui vous accompagne » procèdent d’une erreur typographique et que ce sont les mots « membre de la famille qui ne vous accompagne pas » qu’il faudrait lire.

[8] The visa officer’s supporting CAIPS [Computer Assisted Immigration Processing System] notes contain the following cryptic rationale for the decision:

[8] Les notes de l’agent des visas consignées dans le STIDI [Système de traitement informatisé des dossiers d’immigration] renferment la justification lapidaire suivante de la décision :

After sending our concern letter, PI then decide to give son for adoption. Son given for “adoption” by aunt—is 32 years old.

[TRADUCTION] Après l’envoi de la lettre faisant état de nos réserves, l’intéressé décide alors de faire adopter son fils. Le fils—âgé de 32 ans—est adopté par sa tante.

I am not/not satisfied that this is a genuine adoption based on the facts of the case and that this is to avoid refusal of application.

Je ne suis pas/pas convaincu qu’il s’agit d’une adoption authentique, en raison des circonstances en cause et je crois que cela vise à éviter un refus.

Refused for medical inadmissibility.

Refusés pour interdiction de territoire pour motifs sanitaires.

Issues

Les questions en litige

[9] (a) What is the appropriate standard of review for the issues raised by the applicant?

[9] (a) Quelle est la norme de contrôle applicable aux questions soulevées par le demandeur?

(b) Does the decision to deny a visa to the applicant evidence a reviewable error?

(b) Le refus d’accorder un visa au demandeur constitue-t-il une erreur susceptible de révision?

Analysis

Analyse

[10] I accept that the standard of review for decisions taken by visa officers will vary from case to case according to the nature of the issues under review. Here I would adopt the analysis by my colleague Justice Yves de Montigny in *Ouafae v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 277 F.T.R. 30 (F.C.), where he held (at paragraphs 18-20):

[10] Je conviens que la norme de contrôle applicable aux décisions des agents des visas peut varier en fonction de la nature des questions soulevées. En l’espèce, je suis d’avis d’adopter l’analyse effectuée par mon collègue Yves de Montigny dans *Ouafae c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 459 (aux paragraphes 18 à 20) :

Opinion on the appropriate standard of review for decisions by visa officers is divided and appears to have spawned seemingly contradictory decisions. In some cases, reasonableness *simpliciter* was the chosen standard (see, *inter alia*, *Yaghoubian v. Canada (M.C.I.)*, [2003] FCT 615; *Zheng v. Canada (M.C.I.)*, [2000] F.C.J. No. 31, IMM-3809-98; *Lu v. Canada (M.C.I.)*, [1999] F.C.J. No. 1907, IMM-414-99). In other decisions, patent unreasonableness was chosen instead (see, for example, *Khouta v. Canada (M.C.I.)*, 2003 FC 893; *Kalia v. Canada (M.C.I.)*, 2002 FCT 731).

La norme de contrôle applicable dans le cadre des décisions prises par les agents des visas ne fait pas l’unanimité et semble avoir donné lieu à des décisions en apparence contradictoires. Dans certains cas, on a retenu la norme de la décision raisonnable *simpliciter* (voir, entre autres, *Yaghoubian c. Canada (M.C.I.)*, 2003 CFPI 615; *Zheng c. Canada (M.C.I.)*, IMM-3809-98; *Lu c. Canada (M.C.I.)*, IMM-414-99). Dans d’autres décisions, on a plutôt opté pour la norme de la décision manifestement déraisonnable (voir notamment *Khouta c. Canada (M.C.I.)*, 2003 C.F. 893; *Kalia c. Canada (M.C.I.)*, 2002 CFPI 731).

And yet, on closer inspection, these decisions are not irreconcilable. The reason for the different choices is essentially that the nature of the decision under review by this Court depends on the context. Thus it goes without saying that the appropriate standard of review for a discretionary decision by a visa officer assessing a prospective immigrant's occupational experience is patent unreasonableness. Where the visa officer's decision is based on an assessment of the facts, this Court will not intervene unless it can be shown that the decision is based on an erroneous finding of fact made in a perverse or capricious manner.

However, it is not the same for a decision by a visa officer involving an application of general principles under an Act or Regulations to specific circumstances. Where the decision is based on a question of mixed law and fact, the Court will show less deference and seek to ensure that the decision is quite simply reasonable.

[11] The determinative issues in this case are ones of mixed fact and law. They are, however, primarily concerned with the application of statutory and regulatory provisions to factual circumstances that are largely undisputed. In the result, I have concluded that the appropriate standard of review for the issues in this case is reasonableness *simpliciter*.

[12] In order to assess the reasonableness of the decision taken, it is necessary to review the statutory and regulatory framework within which it was made. The decision letter refers to paragraph 42(a) of the IRPA which states:

42. A foreign national, other than a protected person, is inadmissible on grounds of an inadmissible family member if

(a) their accompanying family member or, in prescribed circumstances, their non-accompanying family member is inadmissible; [Emphasis added.]

Here Dong Jun was always designated as a non-accompanying family member and, in the result, section 23 of the Regulations sets out the prescribed circumstances which determine whether his disability rendered his family inadmissible. That regulatory provision provides:

Pourtant, si l'on y regarde de plus près, ces décisions ne sont pas irréconciliables. Si l'on en est arrivé à des conclusions différentes, c'est essentiellement parce que la nature de la décision faisant l'objet de révision par cette Cour peut varier selon le contexte. Ainsi, il va de soi que la norme de contrôle applicable à la décision discrétionnaire d'un agent des visas appelé à évaluer l'expérience d'un immigrant éventuel au regard d'une profession sera celle de la décision manifestement déraisonnable. Dans la mesure où la décision de l'agent repose sur un examen des faits, cette Cour n'interviendra pas à moins que l'on puisse démontrer que cette décision est fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire.

Par contre, il en ira autrement si la décision de l'agent des visas comporte l'application de principes généraux découlant d'une loi ou d'un règlement à des circonstances précises. Lorsque la décision repose sur une question mixte de droit et de fait, la Cour fera preuve d'une moins grande retenue et voudra s'assurer que la décision est tout simplement raisonnable.

[11] Les questions déterminantes en l'espèce sont des questions mixtes de fait et de droit, mais elles concernent principalement l'application de dispositions législatives et réglementaires à des faits qui sont en grande partie non contestés. Je conclus donc que la norme applicable est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

[12] Pour évaluer le caractère raisonnable d'une décision, il est nécessaire d'examiner le cadre législatif et réglementaire dans lequel elle s'inscrit. La lettre faisant état de la décision mentionne l'alinéa 42(a) de la LIPR. Voici le texte de cette disposition :

42. Emportent, sauf pour le résident permanent ou une personne protégée, interdiction de territoire pour inadmissibilité familiale les faits suivants :

a) l'interdiction de territoire frappant tout membre de sa famille qui l'accompagne ou qui, dans les cas réglementaires, ne l'accompagne pas; [Non souligné dans l'original.]

En l'espèce, Dong Jun a toujours été désigné comme membre de la famille non accompagnant, de sorte qu'il faut se tourner vers l'article 23 du Règlement pour déterminer si son invalidité entraînait l'interdiction de territoire de sa famille. Voici le texte de cette disposition réglementaire :

23. For the purposes of paragraph 42(a) of the Act, the prescribed circumstances in which the foreign national is inadmissible on grounds of an inadmissible non-accompanying family member are that

(a) the foreign national has made an application for a permanent resident visa or to remain in Canada as a permanent resident; and

(b) *the non-accompanying family member is*

(i) the spouse of the foreign national, except where the relationship between the spouse and foreign national has broken down in law or in fact,

(ii) the common-law partner of the foreign national,

(iii) a dependent child of the foreign national and either the foreign national or an accompanying family member of the foreign national has custody of that child or is empowered to act on behalf of that child by virtue of a court order or written agreement or by operation of law, or

(iv) a dependent child of a dependent child of the foreign national and the foreign national, a dependent child of the foreign national or any other accompanying family member of the foreign national has custody of that child or is empowered to act on behalf of that child by virtue of a court order or written agreement or by operation of law. [Emphasis added.]

The other relevant regulatory provision is section 4 [as am. by SOR/2004-167, s. 3(E)] which deals with the issue of bad faith adoptions and marriages as follows:

4. For the purposes of these Regulations, a foreign national shall not be considered a spouse, a common-law partner, a conjugal partner or an adopted child of a person if the marriage, common-law partnership, conjugal partnership or adoption is not genuine and was entered into primarily for the purpose of acquiring any status or privilege under the Act.

[13] It is apparent from the decision rendered in this case that the visa officer found the adoption of Dong Jun by his Korean aunt not to be genuine. Presumably this decision was made under section 4 of the regulations. I accept the respondent's submission that this provision applies broadly to all adoption relationships under the IRPA and it could, therefore, be appropriately

23. Pour l'application de l'alinéa 42a) de la Loi, l'interdiction de territoire frappant le membre de la famille de l'étranger qui ne l'accompagne pas emporte interdiction de territoire de l'étranger pour inadmissibilité familiale si :

a) l'étranger a fait une demande de visa de résident permanent ou de séjour au Canada à titre de résident permanent;

b) le membre de la famille en cause est, selon le cas :

(i) l'époux de l'étranger, sauf si la relation entre celui-ci et l'étranger est terminée, en droit ou en fait,

(ii) le conjoint de fait de l'étranger,

(iii) l'enfant à charge de l'étranger, pourvu que celui-ci ou un membre de la famille qui accompagne celui-ci en ait la garde ou soit habilité à agir en son nom en vertu d'une ordonnance judiciaire ou d'un accord écrit ou par l'effet de la loi,

(iv) l'enfant à charge d'un enfant à charge de l'étranger, pourvu que celui-ci, un enfant à charge de celui-ci ou un autre membre de la famille qui accompagne celui-ci en ait la garde ou soit habilité à agir en son nom en vertu d'une ordonnance judiciaire ou d'un accord écrit ou par l'effet de la loi. [Non souligné dans l'original.]

Une autre disposition du Règlement s'applique en l'espèce. Il s'agit de l'article 4 [mod. par DORS/2004-167, art. 3(A)], concernant les adoptions et les mariages de mauvaise foi :

4. Pour l'application du présent règlement, l'étranger n'est pas considéré comme étant l'époux, le conjoint de fait, le partenaire conjugal ou l'enfant adoptif d'une personne si le mariage, la relation des conjoints de fait ou des partenaires conjugaux ou l'adoption n'est pas authentique et vise principalement l'acquisition d'un statut ou d'un privilège aux termes de la Loi.

[13] Il ressort clairement de la décision rendue par l'agent des visas qu'il a jugé que l'adoption de Dong Jun par sa tante n'était pas authentique. On peut présumer que la décision était fondée sur l'article 4 du Règlement. Je conviens avec le défendeur que cette disposition vise tous les cas d'adoption en rapport avec la LIPR et qu'il était approprié en l'espèce d'en tenir compte en

considered in conjunction with the factors prescribed by section 23 of the Regulations. For this point I adopt the analysis of my colleagues in *Gavino v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 288 F.T.R. 100 (F.C.) and in *Gal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 42 Imm. L.R. (3d) 56 (F.C.) where the relevance of section 4 to the circumstances of this and like cases was confirmed. I do not accept that section 4 displaces or overrides the application of section 23 and it is, therefore, necessary to consider both provisions in deciding whether section 42 acts as a bar to entry.

[14] Even though section 4 has potential application to any adoption reviewable under the IRPA, it must still be applied correctly. That provision sets out a conjunctive test for determining whether an adoption is *bona fide*. It requires a finding that the adoption was entered into primarily for the purpose of acquiring status or privilege under the Act and a finding that the adoption was not genuine. The first part of this test was readily apparent because the record discloses that the adoption of Dong Jun was carried out to enhance his family's application for landing. There is nothing inherently objectionable about taking such a step with a view to improving an application for landing provided that the process is carried out openly and that it is a genuine adoption. Here, the respondent took a very rigorous approach to Mr. Lee's application and he, in turn, looked for a way to attain his objective of bringing his family—excepting Dong Jun—to Canada. Nothing was concealed from the respondent including the motive for the adoption.

[15] The brevity of the visa officer's decision makes it very difficult to know what he took into account in applying section 4 to Mr. Lee's application. That this was an adoption of convenience is clear enough; but the officer's conclusion that it was not "genuine" is supported only by the observation that Dong Jun was 32 years old. In the circumstances of an institutionalized and wholly disabled person, age would seem to be a marginally relevant consideration. Of far more significance would be the circumstances of Dong Jun's *de facto* care and custodial arrangements, the details of

conjonction avec les facteurs prévus à l'article 23 du Règlement. À cet égard, je souscris à l'analyse faite par mes collègues dans les décisions *Gavino c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 308 et *Gal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1771, lesquelles ont confirmé que l'article 4 s'appliquait dans des affaires comme la présente espèce et des affaires semblables. Toutefois, je ne suis pas d'avis que cet article écarte l'application de l'article 23 ou l'emporte sur lui; il est donc nécessaire de tenir compte des deux dispositions pour établir si l'article 42 entraîne l'interdiction de territoire.

[14] Bien que l'article 4 puisse s'appliquer à toute adoption susceptible d'examen en application de la LIPR, encore faut-il l'appliquer correctement. Cette disposition établit un critère conjonctif servant à déterminer si l'on a affaire à une véritable adoption, lequel exige que l'adoption vise principalement l'acquisition d'un statut ou d'un privilège aux termes de la Loi et qu'elle ne soit pas authentique. La première exigence est à n'en pas douter remplie puisqu'il appert du dossier que Dong Jun a été adopté pour que la demande de résidence permanente de la famille se présente sous un meilleur jour. Il n'y a rien à redire en soi à une démarche visant à améliorer les chances d'une demande de résidence permanente, si elle se fait sans dissimulation et si elle est authentique. En l'espèce, le défendeur ayant fait preuve d'une grande rigidité à l'égard de la demande de M. Lee, ce dernier a en conséquence cherché une façon de réaliser son objectif d'installer sa famille—à l'exception de Dong Jun—au Canada. Il n'a rien caché au défendeur, pas même la raison de l'adoption.

[15] Le laconisme de la décision de l'agent des visas fait qu'il est très difficile de savoir quels facteurs il a pris en considération dans son application de l'article 4 à la demande de M. Lee. Il est indéniable qu'il s'agissait d'une adoption de complaisance, mais la conclusion de l'agent des visas selon laquelle elle n'était pas « authentique » n'est étayée que par la mention que Dong Jun avait 32 ans. S'agissant d'une personne institutionnalisée et souffrant d'une invalidité totale, l'âge prend figure de facteur secondaire. Il est autrement plus important de savoir qui s'occupe en fait de Dong

his relationship with his adoptive aunt, and the legality of the adoption. There is nothing in the visa officer's file notes to indicate that such matters were considered and it is of some additional significance that he did not follow the departmental guideline ([*Overseas Processing Manual (OP)*] Chapter OP 3, section 7.8) which stipulates that such notes should "clearly explain" the rationale for such decisions. That directive also recommends an interview in cases involving a concern about the genuineness of an adoption. Certainly there is nothing in the record to indicate that Mr. Lee was ever informed about the visa officer's concern and given an opportunity to respond. Whether that failure constitutes a breach of the duty of fairness as in the case of *Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1372, I need not answer in this case, but it is a factor to be considered in determining whether the decision stands up to scrutiny on judicial review.

[16] Of greater concern to me is the failure by the visa officer to expressly consider the legal significance of section 23 of the Regulations. Whether or not Dong Jun's adoption met the requirements of section 4 does not determine whether his family was, nevertheless, admissible to Canada because valid and alternate custodial arrangements had been made for him in Korea. Presumably, the family could have achieved their intended result by obtaining an appropriate Court order of guardianship or by entering into a binding custodial arrangement in favour of Dong Jun's adoptive aunt.

[17] Section 23 was clearly intended to obviate the kind of problem encountered here where a child is left behind in the lawful custodial care of another person. I am not satisfied from the content of the decision rendered here that the visa officer considered the implications of section 23 and, in particular, whether the custodial arrangements for Dong Jun in Korea were legally sufficient to avoid the application of that provision. Such an analysis requires more than a consideration of the legality or purpose of an adoption—although if this adoption was legal in Korea, that alone would probably be sufficient to avoid the application of section 23 regardless of the purpose of the

Jun, quelles mesures ont été prises pour sa garde, quels sont ses rapports avec la tante qui l'a adopté et si l'adoption est juridiquement valide. Rien dans la décision de l'agent des visas n'indique qu'il ait tenu compte de ces éléments et, détail qui a aussi son importance, il appert qu'il n'a pas suivi les lignes directrices du ministère ([*Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP)*], chapitre OP 3, article 7.8), suivant lesquelles il doit « expliquer clairement » les motifs de telles décisions. Ces lignes directrices recommandent aussi qu'il y ait entrevue lorsque l'authenticité d'une adoption suscite des doutes. Or rien au dossier n'indique que M. Lee ait été mis au courant des préoccupations de l'agent des visas et ait eu la possibilité de s'exprimer à ce sujet. Il n'est pas nécessaire en l'espèce que je détermine si cette omission constitue un manquement à l'obligation d'équité comme dans *Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1372, mais c'est un facteur qu'il faut prendre en considération pour établir si la décision survit au contrôle judiciaire.

[16] Par contre, l'omission de l'agent des visas de prendre expressément en compte la portée juridique de l'article 23 du Règlement me préoccupe davantage. Que l'adoption de Dong Jun soit conforme ou non à l'article 4 ne joue pas sur la question de savoir si la famille est néanmoins admissible au Canada parce que d'autres mesures de garde valides ont été prises à son égard en Corée. On peut présumer que la famille aurait pu parvenir à ses fins en obtenant une ordonnance judiciaire de garde ou en concluant un accord de garde ayant force exécutoire avec la tante de Dong Jun.

[17] L'article 23 vise manifestement à prévenir le genre de problème qui se pose lorsque, comme en l'espèce, un enfant est laissé au pays sous la garde et les soins légaux d'une autre personne. La teneur de la décision rendue en l'espèce ne me convainc pas que l'agent des visas a tenu compte des effets de l'article 23 et a examiné, plus particulièrement, si les mesures relatives à la garde de Dong Jun en Corée permettaient d'éviter l'application de cette disposition. Cette analyse requiert plus que l'examen de la légalité ou du but d'une adoption—encore que si l'adoption était légale en Corée, cela seul suffirait probablement à éviter l'application de l'article 23, quel que soit le but de

adoption. That is so because if the care and custody of Dong Jun had passed from his parents to his aunt or, indeed, to the institution where he lives, the prescribed circumstances of inadmissibility for his family would not be met. Indeed, it is somewhat odd that the Department refused to accept this arrangement at face value because any later attempt by the family to assert its invalidity for immigration purposes would almost certainly give rise to an effective estoppel in law.

[18] Given the failure by the visa officer to clearly articulate the statutory and regulatory provisions which he was bound to apply to this application and considering the paucity of factual support for his conclusion, I have concluded that this decision is unreasonable and cannot stand.

[19] This matter shall be remitted to a different decision maker for a redetermination on the merits. Given the passage of time, it is expected that Mr. Lee will be afforded the opportunity to update his application with additional evidence bearing on the issue of admissibility.

[20] The respondent shall have seven days from the date of this judgment to propose a certified question and the applicant will have three days thereafter to respond.

JUDGMENT

THIS COURT ADJUDGES that this application is allowed with the matter to be remitted for reconsideration on the merits by a different decision maker.

THIS COURT ADJUDGES that the respondent shall have seven days from the date of this judgment to propose a certified question and the applicant shall have three days thereafter to respond.

l'adoption. Il en est ainsi parce que si le soin et la garde de Dong Jun sont passés de ses parents à sa tante ou, même, à l'établissement où il vit, les causes d'interdiction de territoire prévues par le règlement cessent de s'appliquer à sa famille. D'ailleurs, il est un peu étrange que le ministère ait mis en doute les mesures prises parce que toute tentative postérieure de la famille d'en invoquer l'invalidité pour des fins d'immigration donnerait presque certainement lieu à l'application des règles de préclusion.

[18] Puisque l'agent des visas n'a pas exposé clairement les dispositions législatives et réglementaires qu'il était tenu d'appliquer à la demande, et compte tenu de la faiblesse du fondement factuel sous-jacent à sa conclusion, je conclus que sa décision est déraisonnable et qu'elle ne peut être maintenue.

[19] L'affaire sera renvoyée à un autre décideur pour qu'il la réexamine au fond. Compte tenu du temps écoulé, il faudra donner à M. Lee la possibilité de mettre sa demande à jour et de présenter des éléments de preuve additionnels en relation avec la question de l'admissibilité.

[20] Le défendeur aura sept jours à compter de la date du présent jugement pour soumettre une question à certifier, et le demandeur aura trois jours, ensuite, pour présenter sa réponse.

JUGEMENT

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

La demande est accueillie et l'affaire est renvoyée pour réexamen au fond par un autre décideur.

Le défendeur aura sept jours à compter de la date du présent jugement pour soumettre une question à certifier, et le demandeur aura trois jours, ensuite, pour présenter sa réponse.