

IMM-6078-06
2008 FC 77

IMM-6078-06
2008 CF 77

Ashley Francisco Rodrigues (*Applicant*)

v.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

Federal Court, Lemieux J.—Toronto, November 7, 2007;
Ottawa, January 22, 2008.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal —
Removal of Permanent Residents — Judicial review of
Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division
(IAD) decision refusing to stay deportation order made against
applicant — Consultant representing applicant before IAD
incompetent, failing to lead meaningful, persuasive evidence,
thus resulting in miscarriage of justice — Application allowed.*

*Practice — Preliminary Determination of Question of Law
— Incompetence of consultant before IAD raised only after
judicial review leave application filed — Discretion exercised
herein to hear issue as not prejudicing respondent, competence
central to question of fair hearing.*

This was an application for judicial review of a decision by the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board, dismissing the applicant's appeal from a deportation order made against him as a result of his inadmissibility for serious criminality pursuant to paragraph 36(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The IAD held there were insufficient humanitarian and compassionate grounds that warranted staying the deportation order.

As a preliminary issue, the applicant argued that the decision under review herein should be set aside because the immigration consultant representing him before the IAD was incompetent. The respondent objected that this issue could not be entertained as it had not been raised in the applicant's leave application.

Ashley Francisco Rodrigues (*demandeur*)

c.

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

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

Cour fédérale, juge Lemieux—Toronto, 7 novembre
2007; Ottawa, 22 janvier 2008.

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi
de résidents permanents — Contrôle judiciaire de la décision
par laquelle la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la
Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé de
surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion prise contre le
demandeur — Le consultant qui a représenté le demandeur
devant la SAI a fait preuve d'incompétence, omettant de produire
des preuves sérieuses ou convaincantes, ce qui a entraîné une
erreur judiciaire — Demande accueillie.*

*Pratique — Décision préliminaire sur un point de droit —
L'incompétence du consultant devant la SAI n'a été soulevée
qu'après le dépôt de la demande de contrôle judiciaire — Le
pouvoir discrétionnaire d'entendre la question a été exercé en
l'espèce parce qu'il ne causait pas de préjudice au défendeur
et la question de la compétence du consultant était cruciale
pour trancher la question de savoir s'il y a eu une audience
équitable.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté l'appel que le demandeur a formé à l'encontre d'une mesure d'expulsion prise à son encontre par suite de son interdiction de territoire pour grande criminalité en application de l'alinéa 36(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. La SAI a statué qu'il n'y avait pas assez de motifs d'ordre humanitaire justifiant un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi.

Le demandeur a soutenu, à titre de question préliminaire, que la décision visée par les présentes devrait être annulée parce que le consultant en immigration qui l'a représenté devant la SAI était incompetent. Le défendeur a fait valoir que cette question ne pouvait pas être examinée parce qu'elle n'avait pas été soulevée dans la demande d'autorisation du demandeur.

Held, the application should be allowed.

Whether a party will be allowed to raise an issue for the first time in a further memorandum is a discretionary matter. Here, allowing the issue to be heard did not prejudice the respondent, and the consultant's competence was central to the question of whether the applicant had received a fair hearing. The respondent's preliminary objection was thus rejected.

Applying the test set out by the Supreme Court of Canada in *R. v. G.D.B.*, the evidentiary record established that the consultant was incompetent in the handling of the applicant's appeal to the IAD. The consultant failed to lead any meaningful or persuasive evidence. In particular, he did not prepare his case with the applicant and his parents, he did not address central issues related to the case in his examination of the applicant or ask follow-up questions after the questioning by the Minister's representative and the IAD, he did not attend the reconvened hearing of the IAD, and he did not reply to some of the respondent's submissions. Consequently, the applicant did not receive a meaningful hearing before the IAD, resulting in a miscarriage of justice.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 36(1)(a), 67(1)(c), 68.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. G.D.B., [2000] 1 S.C.R. 520; (2000), 261 A.R. 1; 184 D.L.R. (4th) 577; [2000] 8 W.W.R. 193; 81 Alta. L.R. (3d) 1; 143 C.C.C. (3d) 289; 32 C.R. (5th) 207; 253 N.R. 201; 2000 SCC 22; *Khosa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 332; (2007), 276 D.L.R. (4th) 369; 59 Imm. L.R. (3d) 122; 360 N.R. 183; 2007 FCA 24; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1996), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (3d) 199; 71 C.R.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Al Mansuri v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2007), 60 Admin. L.R. (4th) 228; 315 F.T.R. 1; 2007 FC 22.

CONSIDERED:

Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1985] I.A.D.D. No. 4 (QL); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Le point de savoir si la Cour autorisera une partie à évoquer une question pour la première fois dans un mémoire additionnel relève de son pouvoir discrétionnaire. En l'espèce, le fait d'entendre la question ne causait pas de préjudice au défendeur, et la compétence du consultant était cruciale pour déterminer si le demandeur avait eu une audience équitable. L'objection préliminaire du défendeur a donc été rejetée.

Lorsqu'on applique le critère que la Cour suprême du Canada a formulé dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, il ressort du dossier de preuve que le consultant a fait preuve d'incompétence dans la manière dont il s'est occupé de l'appel du demandeur devant la SAI. Le consultant a omis de produire des preuves sérieuses ou convaincantes. Plus particulièrement, il n'a pas préparé sa cause avec le demandeur et ses parents, il n'a pas soulevé de questions sur des points cruciaux de l'affaire lorsqu'il a interrogé le demandeur et il n'a pas posé de questions complémentaires après celles du représentant du ministre et de la SAI, il n'a pas assisté à la seconde audience de la SAI et il n'a pas donné suite à certaines observations du défendeur. En conséquence, le demandeur n'a pas eu droit à une véritable audience devant la SAI, ce qui a donné lieu à une erreur judiciaire.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 36(1)a), 67(1)c), 68.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

R. c. G.D.B., [2000] 1 R.C.S. 520; 2000 CSC 22; *Khosa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 332; 2007 CAF 24; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Al Mansuri c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 22.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; 2002 CSC 3; *Arora c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] A.C.F. n° 24 (1^{re} inst.) (QL);

268; 2002 SCC 3; *Arora v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] F.C.J. No. 24 (T.D.) (QL); *Garcia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 645; *Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2008] 1 F.C.R. 155; (2007), 284 D.L.R. (4th) 556; 155 C.R.R. (2d) 340; 65 Imm. L.R. (3d) 157; 366 N.R. 336; 2007 FCA 199; *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 289 N.R. 165; 2002 FCA 148; *Shirwa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 51; (1993), 22 Admin. L.R. (2d) 220; 71 F.T.R. 136; 23 Imm. L.R. (2d) 123 (T.D.).

REFERRED TO:

Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration), [2007] 1 S.C.R. 350; (2007), 276 D.L.R. (4th) 594; 54 Admin. L.R. (4th) 1; 44 C.R. (6th) 1; 152 C.R.R. (2d) 17; 59 Imm. L.R. (3d) 1; 358 N.R. 1; 2007 SCC 9; *Osagie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 262 F.T.R. 112; 2004 FC 1368; *Gulishvili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 47 Admin. L.R. (3d) 87; 225 F.T.R. 248; 2002 FCT 1200; *Masood v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1224; *Taher v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 45 Admin. L.R. (3d) 304; 224 F.T.R. 317; 2002 FCT 991.

APPLICATION for judicial review of the Immigration and Refugee Board Immigration Appeal Division decision ([2006] I.A.D.D. No. 1051 (QL)) dismissing the applicant's appeal from a deportation order made against him. Application allowed.

APPEARANCES:

Lorne Waldman for applicant.
Janet Chisholm for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Waldman & Associates, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

LEMIEUX J.:

Introduction

Garcia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2006 CF 645; *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2008] 1 R.C.F. 155; 2007 CAF 199; *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 148; *Shirwa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 51 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES :

Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), [2007] 1 R.C.S. 350; 2007 CSC 9; *Osagie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1368; *Gulishvili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 1200; *Masood c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1224; *Taher c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 991.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision ([2006] D.S.A.I. n° 1051 (QL)) par laquelle la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté l'appel que le demandeur a formé à l'encontre de la mesure d'expulsion prise contre lui. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Lorne Waldman pour le demandeur
Janet Chisholm pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Waldman & Associates, Toronto, 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

LE JUGE LEMIEUX :

Introduction

[1] Four issues arise out of this judicial review application by Ashley Francisco Rodrigues (the applicant), a 24-year-old citizen of India and a permanent resident of Canada since June 22, 1997, when he came to this country at the age of 14 with his family. He seeks to set aside the October 27, 2006 decision of the Immigration Appeal Division [[2006] I.A.D.D. No. 1051 (QL)] (the IAD or the tribunal) who dismissed his appeal from a deportation order made against him on April 7, 2005 pursuant to paragraph 36(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (IRPA). Specifically the IAD refused to stay the execution of the deportation order.

[2] Before the IAD, Mr. Rodrigues did not contest the legal validity of his deportation order. His appeal to the tribunal engaged its discretionary authority under section 68 of the IRPA to stay the deportation order “taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, that sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case.” As will be seen, the tribunal refused to exercise its humanitarian and compassionate (H&C) jurisdiction in favour of the applicant.

[3] Paragraph 67(1)(c) and subsection 68(1) of IRPA read:

67. (1) To allow an appeal, the Immigration Appeal Division must be satisfied that, at the time that the appeal is disposed of,

...

(c) other than in the case of an appeal by the Minister, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case.

...

68. (1) To stay a removal order, the Immigration Appeal Division must be satisfied, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, that sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case.

[1] Quatre questions découlent de la présente demande de contrôle judiciaire, qu’a soumise Ashley Francisco Rodrigues (le demandeur), un citoyen de l’Inde âgé de 24 ans et résident permanent du Canada depuis le 22 juin 1997, date à laquelle il est arrivé au pays à l’âge de 14 ans en compagnie de sa famille. Le demandeur cherche à faire annuler la décision datée du 27 octobre 2006 [[2006] D.S.A.I. n° 1051 (QL)] par laquelle la Section d’appel de l’immigration (la SAI ou le tribunal) a rejeté son appel concernant une mesure d’expulsion prise à son encontre le 7 avril 2005, en application de l’alinéa 36(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (la LIPR). Plus précisément, la SAI a refusé de surseoir à l’exécution de la mesure d’expulsion.

[2] Devant la SAI, M. Rodrigues n’a pas contesté la validité juridique de la mesure d’expulsion le concernant. Son appel devant le tribunal avait trait au pouvoir discrétionnaire, conféré à ce dernier par l’article 68 de la LIPR, de surseoir à la mesure d’expulsion « sur preuve qu’il y a — compte tenu de l’intérêt supérieur de l’enfant directement touché — des motifs d’ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l’affaire, la prise de mesures spéciales ». Comme nous le verrons, le tribunal a refusé d’exercer sa compétence en matière de motifs d’ordre humanitaire en faveur du demandeur.

[3] L’alinéa 67(1)c) et le paragraphe 68(1) de la LIPR se lisent comme suit :

67. (1) Il est fait droit à l’appel sur preuve qu’au moment où il en est disposé :

[...]

c) sauf dans le cas de l’appel du ministre, il y a — compte tenu de l’intérêt supérieur de l’enfant directement touché — des motifs d’ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l’affaire, la prise de mesures spéciales.

[...]

68. (1) Il est sursis à la mesure de renvoi sur preuve qu’il y a — compte tenu de l’intérêt supérieur de l’enfant directement touché — des motifs d’ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l’affaire, la prise de mesures spéciales.

[4] The issues raised are:

- A preliminary issue raised by counsel for the respondent to the effect the Court should not hear the applicant's argument the tribunal's decision should be set aside because his former representative at the tribunal's hearing was incompetent. His representative was an immigration consultant apparently retained by his solicitor for the purpose of his appeal to the IAD. Counsel for the respondent states this issue had not been raised for consideration in the applicant's material seeking leave to appeal the tribunal's decision;
- If the Court decides to hear the issue, whether the tribunal's decision should be set aside because his former representative before the tribunal was incompetent on the basis of the Supreme Court of Canada's decisions in *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520 coupled with its recent decision in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraphs 53, 63 and 64;
- Whether the tribunal itself breached the principle of procedural fairness or natural justice in the manner it handled the hearings; and
- Whether the tribunal erred in law in failing to properly consider all of the evidence before it, especially the evidence on foreign hardship.

Facts

[5] The applicant was born in Kuwait in 1983. He is not a citizen of Kuwait but of India. He immigrated to Canada on June 22, 1997 with his parents. Aside from having lived for two years at an English boarding school in India, he has had no contact with Indian culture, has no relatives or friends there and does not speak the languages spoken in India except English. He has a younger brother, aged 16 at the time of the hearing before the IAD.

[4] Les questions soulevées sont les suivantes :

- une question préliminaire soulevée par l'avocate du défendeur, à savoir que la Cour ne devrait pas entendre l'argument du demandeur selon lequel il faudrait annuler la décision du tribunal en raison de l'incompétence de la personne qui le représentait à l'audience tenue par le tribunal. Il s'agissait d'un consultant en immigration dont le procureur du demandeur avait apparemment retenu les services pour les besoins de son appel devant la SAI. Selon l'avocate du défendeur, cette question n'avait pas été soulevée pour examen dans les documents par lesquels le demandeur sollicitait l'autorisation de porter en appel la décision du tribunal;
- à supposer que la Cour décide d'examiner cette question, s'il faut annuler la décision du tribunal à cause de l'incompétence de la personne ayant représenté le demandeur devant le tribunal, compte tenu des décisions suivantes de la Cour suprême du Canada : l'arrêt *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, de pair avec le récent arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, aux paragraphes 53, 63 et 64;
- si le tribunal a lui-même manqué au principe d'équité procédurale ou de justice naturelle dans la façon dont il a traité les auditions;
- si le tribunal a commis une erreur de droit en omettant de prendre dûment en compte la totalité des éléments de preuve soumis, surtout la preuve concernant les difficultés causées par le retour dans le pays de nationalité.

Les faits

[5] Le demandeur est né au Koweït en 1983. Il n'a pas la citoyenneté de ce pays-là, mais de l'Inde. Il a immigré au Canada le 22 juin 1997 en compagnie de ses parents. À part le fait d'avoir vécu deux ans dans un pensionnat anglais en Inde, il n'a eu aucun contact avec la culture indienne, n'a en Inde aucun parent ou ami et ne s'exprime pas dans les langues parlées dans ce pays, sauf l'anglais. Il a un frère cadet, qui était âgé de 16 ans à l'époque de l'audition de l'affaire devant la SAI.

[6] On January 18, 2002, before the IRPA came into force, he was convicted of two counts of breaking and entering a dwelling house, an offence under the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] of Canada punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years. For this offence, he received a 4-month conditional sentence on each count and 12 months of probation. This crime led to an admissibility hearing and a deportation order in April 2004.

[7] The applicant's other conviction arose from an incident in October 2003. On June 19, 2006, he was convicted of aggravated assault and possession of a weapon for which he was sentenced to a period of 2 years less 40 days. He has now served that sentence and has been released from detention.

The tribunal's decision

[8] In reaching its decision, the tribunal stated the onus was on the applicant to show why he should not be removed from Canada. It held, in addition to the best interests of a child directly affected, the IAD's decision in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [[1985] I.A.D.D. No. 4 (QL)] as confirmed in the Supreme Court of Canada's decision in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84 outlined the following number of non-exhaustive factors which should be considered in the exercise of its discretionary H&C jurisdiction, namely:

- (a) the seriousness of the offence or offences leading to the removal order;
- (b) the possibility of rehabilitation or, alternatively, the circumstances surrounding the failure to meet the conditions of admission;
- (c) the length of time spent, and the degree to which the appellant is established in Canada;

[6] Le 18 janvier 2002 — avant que la LIPR entre en vigueur — le demandeur a été reconnu coupable de deux chefs d'introduction par effraction dans une habitation; il s'agit d'une infraction au *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] du Canada punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans. Pour cette infraction, il s'est vu infliger une peine d'emprisonnement avec sursis de quatre mois pour chaque chef, de même qu'une période de probation de 12 mois. Cet acte criminel a mené à une enquête sur l'interdiction de territoire, ainsi qu'à la prise d'une mesure d'expulsion en avril 2004.

[7] L'autre condamnation du demandeur faisait suite à un incident survenu en octobre 2003. Le 19 juin 2006, il a été reconnu coupable de voies de fait graves et de possession d'une arme, une infraction pour laquelle il a été condamné à deux ans moins 40 jours d'emprisonnement. Il a maintenant purgé cette peine et obtenu sa mise en liberté.

La décision du tribunal

[8] Pour arriver à sa décision, le tribunal a statué qu'il incombait au demandeur d'établir pourquoi il ne fallait pas le renvoyer du Canada. Le tribunal a ajouté qu'en plus de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché, la décision rendue par la SAI dans l'affaire *Ribic c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [[1985] D.S.A.I. n° 4 (QL)], laquelle a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, expose le nombre suivant de facteurs non exhaustifs qu'il faut prendre en considération au moment d'exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de motifs d'ordre humanitaire :

- a) la gravité de l'infraction ou des infractions à l'origine de l'expulsion;
- b) la possibilité de réadaptation ou, de façon subsidiaire, les circonstances du manquement aux conditions d'admissibilité;
- c) la période passée au Canada et le degré d'établissement de l'appelant;

(d) the family in Canada and the dislocation to the family that removal would cause;

(e) the family and community support available to the appellant;

(f) the degree of hardship that would be caused to the appellant by the appellant's return to his or her country of nationality.

[9] The tribunal wrote [at paragraph 6]: "Weight given to each of these factors can vary depending on the circumstances of the case. In deciding this appeal, I have considered all of these factors, the best interests of a child [his brother] directly affected by the decision, and have taken into account all of the circumstances of this case. I have also considered all of the testimony and documentary evidence, and the submissions of the parties."

[10] The tribunal also held in deciding the appeal [at paragraph 8], "I have an obligation to consider the objectives of *IRPA* which include an objective 'to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society.'" It noted in addition to the crime that led to the deportation order, the applicant was also convicted of aggravated assault and "weapons dangerous", observing these two crimes postdated the crime which led to the deportation and arose out of an incident in which a victim was assaulted with a baseball bat and a hammer by a number of individuals including the applicant. The victim was hospitalized with a fractured skull. The tribunal found because of the length of that sentence and the number of the applicant's crimes [at paragraph 8]: "the overall criminality in this appeal to be very serious. Serious criminality always weighs the negative factor in the humanitarian and compassionate balance.... I assign this particular negative factor very heavy weight."

[11] The tribunal then analysed the rehabilitation factor holding, despite the remorse expressed at the hearing and his parents' written supporting statements, it was not persuaded he was advancing towards rehabilitation and

d) la famille qu'a l'appellant au pays et les bouleversements que son expulsion occasionnerait pour cette famille;

e) le soutien dont bénéficie l'appellant, non seulement au sein de sa famille, mais également de la collectivité;

f) l'importance des difficultés que causerait à l'appellant le retour de ce dernier dans son pays de nationalité.

[9] Comme l'a écrit le tribunal [au paragraphe 6], « [l']importance accordée à chacun de ces facteurs peut varier selon les circonstances de l'affaire. Avant de rendre une décision dans le cadre du présent appel, j'ai examiné tous ces facteurs, l'intérêt supérieur de l'enfant [son frère] touché par la décision et j'ai tenu compte de toutes les circonstances en l'espèce. J'ai également pris en compte tous les témoignages et toutes les preuves documentaires ainsi que les observations des parties ».

[10] En tranchant l'appel, le tribunal a aussi dit ce qui suit [au paragraphe 8]: « j'ai l'obligation de tenir compte des objectifs de la *LIPR*, notamment l'objectif de "protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité" ». En plus du crime ayant entraîné la mesure d'expulsion, a-t-il ajouté, le demandeur a aussi été condamné pour voies de fait graves et possession d'armes dangereuses, faisant remarquer que ces deux crimes avaient été perpétrés après celui qui avait entraîné la mesure d'expulsion, lors d'un incident au cours duquel plusieurs personnes, dont le demandeur, avaient agressé une personne avec un bâton de baseball et un marteau. La victime avait été hospitalisée, souffrant d'une fracture du crâne. Le tribunal a conclu qu'en raison de la durée de cette peine et du nombre de crimes commis par le demandeur [au paragraphe 8], « la criminalité globale faisant l'objet du présent appel est très grave. La criminalité grave constitue toujours un facteur négatif dans l'équilibre des motifs d'ordre humanitaire [...] j'accorde à ce facteur négatif particulier beaucoup de poids ».

[11] Le tribunal a ensuite analysé le facteur de la réadaptation, déclarant, malgré le remords exprimé par le demandeur à l'audience et les déclarations écrites de ses parents, qu'il n'était pas convaincu que le demandeur

this was particularly worrisome given the very serious criminality present. The tribunal ruled, while his counsel submitted he was in counselling, [at paragraph 10] “there is no actual evidence before me of any counselling.” The tribunal then referred to a report of March 15, 2004 concluding the applicant did not realize the seriousness of the crime which led to his deportation and did not accept responsibility for it. The tribunal observed, both in the applicant’s testimony and statements and in the statements of his parents [at paragraph 10]: “a tendency for all of them to blame the appellant’s criminality on others — e.g. the ‘wrong crowd.’ I find that to be a tell-tale indication that none of them truly accept that the appellant himself is responsible for his own crimes. For these reasons, I find that the appellant remains at substantial risk of re-offending.”

[12] In terms of the establishment factor, the tribunal mentioned he was studying liberal arts at the University of Toronto but was not persuaded he was established in Canada. It wrote [at paragraph 11]: “He has not been in Canada all that long — less than ten years, and I have no documentary evidence before me to persuasively establish any sort of work history.”

[13] The tribunal then found there were no interests of a child that are directly affected by its decision. It noted he had a 16-year-old younger brother which he was not supporting financially. It stated the applicant claimed his brother’s best interests were affected on the basis he is a “role model.” It ruled [at paragraph 12]: “My finding in response: given criminal history, the appellant is, in my view, a *bad* role model. I therefore find that it would be, at best, neutral, or, more probably, even better for the appellant’s brother’s best interests for this appeal to be dismissed” [*italics in original*].

[14] It concluded that all factors analysed up to this point in its reasons [at paragraph 13]: “weighs negative in the humanitarian and compassionate balance.”

progressait vers sa réadaptation et que la situation était particulièrement inquiétante, vu la très grande criminalité en cause. Le tribunal a déclaré, après que le conseil du demandeur eut fait valoir que son client suivait une thérapie [au paragraphe 10] : « on ne m’a présenté aucune preuve concrète à cet effet ». Le tribunal a ensuite fait mention d’un rapport daté du 15 mars 2004 où l’on concluait que le demandeur ne réalisait pas la gravité du crime qui avait entraîné la mesure d’expulsion à son endroit et qu’il n’en acceptait pas la responsabilité. Le tribunal a constaté, tant dans le témoignage et les déclarations du demandeur que dans les déclarations de ses parents [au paragraphe 10], « une tendance de la part de tous à attribuer la criminalité de l’appelant à d’autres, par exemple aux “mauvaises fréquentations”. Je constate qu’il s’agit là d’une indication véritable que personne d’entre eux n’accepte vraiment que l’appelant soit responsable de ses propres crimes. Pour ces raisons, je constate que l’appelant court de sérieux risques de récidiver. »

[12] Quant au facteur de l’établissement, le tribunal a mentionné qu’il n’était toujours pas persuadé que le demandeur s’était établi au Canada, même s’il étudiait les arts libéraux à l’Université de Toronto. Comme le tribunal l’a écrit [au paragraphe 11], « Il n’est pas au Canada depuis si longtemps, moins de 10 ans, et je n’ai aucune preuve documentaire qui établisse de manière convaincante un historique quelconque de travail ».

[13] Le tribunal a ensuite conclu que sa décision ne touchait directement l’intérêt d’aucun enfant. Il a fait remarquer que le demandeur avait effectivement un jeune frère de 16 ans, dont il ne subvenait pas aux besoins financiers. Il a mentionné que, au dire du demandeur, l’intérêt supérieur de son frère était touché en ce sens qu’il était pour lui un « modèle ». Comme l’a déclaré le tribunal [au paragraphe 12], « Ma constatation à cet égard est que, compte tenu de l’historique criminel, l’appelant est à mon avis un mauvais modèle. Je constate par conséquent que dans l’intérêt supérieur du frère de l’appelant, il serait plus probablement préférable dans le cadre du présent appel que celui-ci soit rejeté. »

[14] Le tribunal a conclu que tous les facteurs analysés jusque-là dans ses motifs [au paragraphe 13] « sont négatifs dans la balance qui soupèse les motifs d’ordre

Looking at “the other side of the scales,” the tribunal said [at paragraph 14]: “I do find several significant positive factors.” It then referred to his family’s support and to the fact his parents both gave statements in support and appeared at the hearing prepared to testify. It recognized there will be significant family dislocation, which seemed clear from the parents’ statements and that of the appellant that there is mutual love between the applicant, his parents and his brother. It also recognized that [at paragraph 17] “[t]here will also be significant hardship to the appellant.” It accepted the fact, while he is a citizen, he had not been to India for a long time. It accepted the fact he had no relatives in India and English was his only language. Having said this, the tribunal wrote [at paragraph 17]: “However, I note that this hardship is ameliorated somewhat by the fact that the appellant did go to boarding school in Madras when he was a child.”

[15] Before expressing its conclusion, the tribunal stated [at paragraph 18]: “No other factor or circumstance was alleged that would merit my consideration in deciding this appeal.” Its conclusion is expressed at paragraphs 19 and 20 of its decision as follows:

Weighing all of the factors above in the balance, while I find the positive factors significant, I also find that they are outnumbered by the negative factors and that their combined positive weight is insufficient to counter the heavy combined weight of the negative factors found, particularly in light of the deleterious combination of very serious criminality and a substantial risk of re-offence. I therefore find that the overall humanitarian and compassionate balance tilts substantially negative.

Stays of deportation are, by their very nature, special relief. However, I find the overall humanitarian and compassionate balance to weigh negative enough as not to merit any kind of special relief. If the criminality in this appeal were less serious or the rehabilitation evidence more persuasive, I might have found the scales to balance close enough as to merit the granting of a stay. However, with those two factors, both tilting negative as discussed, the stay outcome clearly carries far too much risk for me to find that disposition appropriate. I therefore do not grant a stay of deportation. [Emphasis mine.]

humanitaire ». « Par contre », a-t-il ajouté [au paragraphe 14], « je constate plusieurs facteurs positifs importants ». Il a ensuite fait mention du soutien de sa famille ainsi que du fait que ses parents avaient tous les deux produit des déclarations d’appui et s’étaient présentés à l’audience, prêts à témoigner en ce sens. Le tribunal a reconnu qu’il y aurait une perturbation marquée de la famille et qu’il semblait clair, d’après les déclarations des parents et celles du demandeur, qu’il y avait un amour réciproque entre le demandeur, ses parents et son frère. Le tribunal a reconnu aussi que [au paragraphe 17] « [i]l y aurait aussi d’importantes difficultés pour l’appelant ». Le tribunal a accepté que, même s’il était citoyen de l’Inde, le demandeur n’avait pas vécu longtemps dans ce pays. Il a admis le fait que le demandeur n’avait aucun parent en Inde et que l’anglais était la seule langue qu’il connaissait. Cela dit, le tribunal a écrit ceci [au paragraphe 17] : « Cependant, je constate que cette difficulté est quelque peu atténuée par le fait que l’appelant a résidé dans un pensionnat à Madras lorsqu’il était enfant. »

[15] Avant d’exprimer sa conclusion, le tribunal a déclaré [au paragraphe 18] : « Aucun autre facteur ni aucune autre circonstance n’a été allégué qui mériterait que je l’examine avant de rendre ma décision dans le présent appel. » Sa conclusion est exprimée en ces termes, aux paragraphes 19 et 20 de sa décision :

En sopesant tous les facteurs ci-dessus dans la balance, bien que je constate des facteurs positifs importants, je constate également qu’ils sont moins nombreux que les facteurs négatifs et que leur poids combiné est insuffisant pour contrebalancer l’important poids des facteurs négatifs, particulièrement à la lumière de la dangereuse combinaison de très grande criminalité et du risque important de récidive. Par conséquent, je constate que dans l’ensemble des facteurs d’ordre humanitaire, la balance est toujours négative.

Un sursis à l’expulsion est, de par sa nature, une mesure spéciale. Cependant, je constate que les critères d’ordre humanitaire sont suffisamment négatifs et qu’ils ne méritent aucune mesure spéciale. Si la criminalité dans le cadre du présent appel était moins grave ou que les preuves de réadaptation étaient plus convaincantes, j’aurais pu constater qu’il y avait un équilibre suffisant pour justifier l’attribution d’un sursis. Cependant, avec ces deux facteurs qui penchent du côté négatif comme nous l’avons discuté, le sursis porte manifestement trop de risques pour conclure que cette mesure est appropriée. Par conséquent, je n’accorde pas de sursis à l’expulsion. [Non souligné dans l’original.]

Analysis

(a) The Standard of Review

[16] The standard of review of a decision of the IAD to refuse to grant a stay pursuant to its H&C jurisdiction has recently been settled by the Federal Court of Appeal in *Khosa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 332. The standard of review is reasonableness. This standard would apply to the fourth issue.

[17] A decision is an unreasonable one if it is a decision, to use the words of Justice Iacobucci in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748 [at paragraph 56]: “that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination.”

[18] The other issues raised in this case, which touch on questions of fairness, jurisdiction and law, are to be gauged on the correctness standard because no deference is owed to the tribunal.

(b) Discussion and Conclusions

Issue No. 1 — The preliminary issue

[19] I deal briefly with the preliminary issue raised by counsel for the Minister. She urged I not entertain the applicant’s argument on the incompetency of the consultant who represented him before the IAD because that issue was not raised as a ground in the applicant’s application for leave from this Court. The leave application was prepared by Max Chaudhary, a barrister and solicitor. The issue of the consultant’s incompetency was raised for the first time by Lorne Waldman in the applicant’s further memorandum of fact and law. Counsel for the Minister relied upon Justice Gibson’s decision in *Arora v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] F.C.J. No. 24 (T.D.) (QL), followed by the Chief Justice’s decision in *Garcia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 645.

Analyse

a) La norme de contrôle

[16] Quand la SAI refuse d’accorder un sursis en exerçant son pouvoir discrétionnaire en matière de motifs d’ordre humanitaire, la norme de contrôle qui s’applique à cette décision est celle qui a été récemment fixée par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Khosa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 332, soit la décision raisonnable. Cette norme s’appliquerait à la quatrième question invoquée.

[17] Une décision est dite déraisonnable si, pour reprendre les propos du juge Iacobucci dans l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748 [au paragraphe 56] : « dans l’ensemble, [elle] n’est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé ».

[18] Les autres questions soulevées en l’espèce, qui ont trait à l’équité, à la compétence et au droit, doivent être évaluées selon la norme de la décision correcte car il n’y a pas lieu de faire montre de déférence envers le tribunal.

b) Analyse et conclusions

Question n° 1 — La question préliminaire

[19] Je traiterai brièvement de la question préliminaire qu’a soulevée l’avocate du ministre. Cette dernière m’a demandé de ne pas entendre l’argument du demandeur au sujet de l’incompétence du consultant qui l’a représenté devant la SAI parce que cette question n’a pas été soulevée en tant que motif dans la demande d’autorisation que le demandeur a soumise à la Cour. Cette demande d’autorisation a été établie par un avocat, Max Chaudhary. La question de l’incompétence du consultant a été évoquée pour la première fois par Lorne Waldman dans le mémoire additionnel des faits et du droit du demandeur. L’avocate du ministre s’est appuyée sur la décision du juge Gibson dans l’affaire *Arora c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] A.C.F. n° 24 (1^{re} inst.) (QL), décision que le juge en chef a suivie dans l’affaire *Garcia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 645.

[20] As I read both of these cases, I conclude it is a matter of discretion whether the Court will allow a party to raise an issue for the first time in a further memorandum. Both of my colleagues held that, in the particular circumstances before them, it would be inappropriate to do so.

[21] The discretion in this Court to hear such an issue is analogous to the power which the Federal Court of Appeal has to hear on appeal an issue raised for the first time. In *Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2008] 1 F.C.R. 155 (F.C.A.), Justice Evans ruled that an appellant may not normally raise issues for the first time on an appeal, because that would put the appellate court in the position of having to decide an issue without the benefit of the opinion of the lower court. He added the role of an appellate court is generally confined to examining the decision of the court below for reversible error. However, he noted there were exceptions, referring to the Federal Court of Appeal's decision in *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 289 N.R. 165. The Federal Court of Appeal [in *Stumpf*] focused on two factors: lack of prejudice to the Minister and whether the designation of a representative in the case could have affected the outcome. It was satisfied there was a lack of prejudice and the outcome of the case could have been affected.

[22] In this case, the issue of the consultant's competence is central to the question whether the applicant had a fair hearing. Moreover, there was no prejudice to the Minister; the Minister's counsel fully addressed the issue in her further memorandum of argument. Counsel for the Minister did not request any adjournment in the circumstances to address the issue which had not been raised on leave.

[23] My analysis of the Court's discretionary power to hear argument on a point not raised in an applicant's leave application is similar to Justice Dawson's reasoning in *Al Mansuri v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2007), 60 Admin. L.R. (4th

[20] Selon mon interprétation de ces deux décisions, la question de savoir si la Cour autorisera une partie à évoquer une question pour la première fois dans un mémoire additionnel relève de son pouvoir discrétionnaire. Mes collègues ont tous deux déclaré que, dans les circonstances particulières qui leur étaient soumises, il ne convenait pas de le faire.

[21] Le pouvoir discrétionnaire qu'a la Cour d'entendre une telle question est analogue au pouvoir dont dispose la Cour d'appel fédérale pour ce qui est d'entendre en appel une question soulevée pour la première fois. Dans l'arrêt *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2008] 1 R.C.F. 155 (C.A.F.), le juge Evans a statué qu'un appellant ne peut généralement pas soulever de nouvelles questions en appel car la cour d'appel serait alors contrainte de se prononcer sur une question sans bénéficier de l'opinion du tribunal inférieur. Le rôle d'une cour d'appel se borne généralement à examiner la décision du tribunal inférieur pour déterminer si une erreur en justifie l'annulation. Il a toutefois noté qu'il y a des exceptions, dont, par exemple, la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 148. Dans cette décision, la Cour d'appel fédérale a mis l'accent sur deux facteurs : l'absence de préjudice pour le ministre et le fait de savoir si la désignation d'un représentant dans le dossier aurait pu influencer sur l'issue du litige. La Cour s'est dite convaincue qu'il y avait une absence de préjudice et que l'issue du litige aurait pu en être touchée.

[22] En l'espèce, la question de la compétence du consultant est cruciale pour déterminer si le demandeur a eu une audience équitable. Par ailleurs, il n'y a pas eu de préjudice pour le ministre; l'avocate de ce dernier a traité en détail de cette question dans son exposé additionnel des arguments. L'avocate n'a pas demandé d'ajournement dans les circonstances en vue de traiter de la question non soulevée dans le cadre de la demande d'autorisation.

[23] Mon analyse du pouvoir discrétionnaire qu'a la Cour d'entendre des arguments sur un point non soulevé dans la demande d'autorisation d'un demandeur est semblable au raisonnement qu'a exposé le juge Dawson dans la décision *Al Mansuri c. Canada (Ministre de la*

228 (F.C.), concluding the Court had a discretionary power in the circumstances and listing a number of non-exhaustive factors which should be considered, recognizing that relevancy and weight will vary in the circumstances of each case.

[24] In the circumstances, I reject the Minister's preliminary objection and will deal with the issue of the consultant's competency.

Issue No. 2 — The consultant's incompetency

[25] Both counsel agreed the test for the consultant's incompetency governing the matter before me was as set out by Justice Major on behalf of the Supreme Court of Canada in *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520, at paragraphs 26-29:

The approach to an ineffectiveness claim is explained in *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984), per O'Connor J. The reasons contain a performance component and a prejudice component. For an appeal to succeed, it must be established, first, that counsel's acts or omissions constituted incompetence and second, that a miscarriage of justice resulted.

Incompetence is determined by a reasonableness standard. The analysis proceeds upon a strong presumption that counsel's conduct fell within the wide range of reasonable professional assistance. The onus is on the appellant to establish the acts or omissions of counsel that are alleged not to have been the result of reasonable professional judgment. The wisdom of hindsight has no place in this assessment.

Miscarriages of justice may take many forms in this context. In some instances, counsel's performance may have resulted in procedural unfairness. In others, the reliability of the trial's result may have been compromised.

In those cases where it is apparent that no prejudice has occurred, it will usually be undesirable for appellate courts to consider the performance component of the analysis. The object of an ineffectiveness claim is not to grade counsel's performance or professional conduct. The latter is left to the profession's self-governing body. If it is appropriate to dispose of an ineffectiveness claim on the ground of no prejudice

Sécurité publique et de la Protection civile), 2007 CF 22, où, après avoir conclu que la Cour disposait d'un pouvoir discrétionnaire dans les circonstances, elle a énuméré un certain nombre de facteurs non exhaustifs dont il fallait tenir compte, tout en reconnaissant que la pertinence et l'importance varieront suivant les circonstances de chaque espèce.

[24] Dans les circonstances, je rejette l'objection préliminaire du ministre et je traiterai de la question de la compétence du consultant.

Question n° 2 — L'incompétence du consultant

[25] Les deux avocats ont convenu que le critère applicable à l'incompétence du consultant relativement à la question qui m'est soumise a été fixé par le juge Major, pour le compte de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, aux paragraphes 26 à 29 :

La façon d'envisager les allégations de représentation non effective est expliquée dans l'arrêt *Strickland c. Washington*, 466 U.S. 668 (1984), le juge O'Connor. Cette étude comporte un volet examen du travail de l'avocat et un volet appréciation du préjudice. Pour qu'un appel soit accueilli, il faut démontrer, dans un premier temps, que les actes ou les omissions de l'avocat relevaient de l'incompétence, et, dans un deuxième temps, qu'une erreur judiciaire en a résulté.

L'incompétence est appréciée au moyen de la norme du caractère raisonnable. Le point de départ de l'analyse est la forte présomption que la conduite de l'avocat se situe à l'intérieur du large éventail de l'assistance professionnelle raisonnable. Il incombe à l'appelant de démontrer que les actes ou omissions reprochés à l'avocat ne découlaient pas de l'exercice d'un jugement professionnel raisonnable. La sagesse rétrospective n'a pas sa place dans cette appréciation.

Les erreurs judiciaires peuvent prendre plusieurs formes dans ce contexte. Dans certains cas, le travail de l'avocat peut avoir compromis l'équité procédurale, alors que dans d'autres, c'est la fiabilité de l'issue du procès qui peut avoir été compromise.

Dans les cas où il est clair qu'aucun préjudice n'a été causé, il n'est généralement pas souhaitable que les cours d'appel s'arrêtent à l'examen du travail de l'avocat. L'objet d'une allégation de représentation non effective n'est pas d'attribuer une note au travail ou à la conduite professionnelle de l'avocat. Ce dernier aspect est laissé à l'appréciation de l'organisme d'autoréglementation de la profession. S'il convient de

having occurred, that is the course to follow (*Strickland, supra*, at p. 697). [Emphasis mine.]

[26] In *G.D.B.*, above, the Court came to the conclusion there was no miscarriage of justice or prejudice to the convicted appellant because he had been acquitted on the most serious charge by the tactical decision of his defence counsel not to use a particular piece of exculpatory evidence because such use would incriminate his principal witness who was the accused's spouse.

[27] In the case before me, the badges of the incompetence of the consultant, Mr. Aaron Vuppal, were set out in the affidavit of Max Chaudhary dated September 13, 2007; the affidavit of the applicant's father who expressed his surprise that he and his wife were not called as witnesses to support their son's appeal and the affidavit of Ms. Faruk who detailed Mr. Vuppal's membership in the Canadian Society of Immigration Consultants (CSIC) and his subsequent revocation on October 3, 2006 on the grounds that he did not meet the Society's membership criteria. None of the deponents were cross-examined.

[28] Mr. Chaudhary outlined the following factors which he said shows the applicant did not receive a fair hearing on his appeal to the IAD:

- The lack of documentary evidence disclosure prior to or during the hearing on February 23, 2006. The only documentary disclosure consisted of two short statements from the applicant's parents. In particular, Mr. Vuppal did not provide copies of any of the courses that the applicant had undertaken as part of the rehabilitation process while in prison. He did not provide copies of the anger management courses or any of the other rehabilitation courses. He did not obtain a psychological assessment dealing with the likelihood of the applicant committing further offences. Mr. Chaudhary states that: “[a]ll of this disclosure is routine in these cases and is essential to a proper representation by counsel and is what I would do routinely and would expect from any lawyer working as an employee with me” (emphasis mine). Mr. Chaudhary states that he had discussed these matters with Mr. Vuppal and believed that he too was

trancher une question de représentation non effective pour cause d'absence de préjudice, c'est ce qu'il faut faire (*Strickland*, précité, à la p. 697). [Non souligné dans l'original.]

[26] Dans l'arrêt *G.D.B.*, précité, la Cour suprême est arrivée à la conclusion qu'il n'y avait pas eu d'erreur judiciaire ou de préjudice pour l'appelant déclaré coupable car celui-ci avait été acquitté de l'accusation la plus grave par la décision tactique de son avocat de ne pas utiliser un élément particulier de preuve disculpatoire qui aurait incriminé son témoin principal, la conjointe de l'accusé.

[27] Dans l'affaire qui m'est soumise, les attributs de l'incompétence du consultant, M. Aaron Vuppal, sont exposés dans l'affidavit de Max Chaudhary daté du 13 septembre 2007, dans l'affidavit du père du demandeur, qui s'est dit surpris que son épouse et lui n'aient pas été appelés à témoigner au soutien de l'appel de son fils, ainsi que dans l'affidavit de M^{me} Faruk, qui a fait état de l'adhésion de M. Vuppal à la Société canadienne de consultants en immigration (SCCI) et de la révocation ultérieure de son statut le 3 octobre 2006 parce qu'il ne satisfaisait pas aux critères d'adhésion à la SCCI. Aucun des souscripteurs d'affidavit n'a été contre-interrogé.

[28] M. Chaudhary a énoncé les facteurs suivants qui, dit-il, montrent que le demandeur n'a pas bénéficié d'une audition équitable de son appel devant la SAI :

- la non-communication de preuves documentaires avant ou pendant l'audience tenue le 23 février 2006. La seule communication de documents a consisté en deux déclarations succinctes des parents du demandeur. En particulier, M. Vuppal n'a pas produit de copie des cours que le demandeur avait pris en prison dans le cadre du processus de réadaptation. Il n'a pas produit de copie des cours de gestion de la colère, ni d'aucun autre cours de réadaptation. Il n'a pas obtenu une évaluation psychologique concernant le risque que le demandeur commette d'autres infractions. M. Chaudhary déclare que : [TRADUCTION] « [l]a communication de ces documents est une procédure habituelle dans les cas de ce genre et elle est essentielle pour être représenté de façon appropriée par un avocat; il s'agit là d'une mesure que je prendrais habituellement et à laquelle je m'attendrais de la part d'un avocat qui serait à mon service » (non

complying with the normal practices before the IAD and only learned of his failure in this case when the matter was brought to his attention by the new counsel retained to represent him;

- The fact Mr. Vuppal, in chief, only asked the applicant three questions, they were:

(1) “Sir, would you please describe your feelings about all of your previous convictions” to which the applicant answered: “I completely regret getting involved in these situations. I am really sorry.”

(2) “And are you, would you tell us something about your breach, how the breach occurred in?” (The breach was a breach of his bail conditions not to associate with certain persons) and,

(3) “And so did you show good behavior if the panel (inaudible) conditions?” to which the applicant answered: “Definitely, I will do anything.”

- Mr. Chaudhary states, in his affidavit, Mr. Vuppal failed to ask questions about the central issues related to the case including whether or not the applicant would face hardship upon return to India, a country where the applicant had never lived except for three years when he was a child when he lived at the boarding school. Mr. Vuppal did not explore whether the applicant had feelings of remorse, his understanding of why he had committed the offences, his understanding of the seriousness of the offences or his appreciation of the harm these offences caused to society. He did not explore the issues related to the hardship on deportation, hardship at being separated from his parents and any of the other matters related to the humanitarian issues that were before the IAD. Mr. Chaudhary states: “This too is far short of what I would do or what I would expect a reasonably competent counsel before the IAD to do”;

souligné dans l’original). M. Chaudhary déclare avoir discuté de ces questions avec M. Vuppal; il croyait que lui aussi se conformait aux pratiques ordinaires devant la SAI et n’a eu connaissance de cette omission en l’espèce que lorsque l’affaire a été portée à son attention par le nouveau conseil retenu pour le représenter;

- le fait que M. Vuppal, lors de l’interrogatoire principal, n’a posé au demandeur que trois questions :

1) [TRADUCTION] « Monsieur, pourriez-vous décrire les sentiments qu’évoquent en vous toutes vos condamnations antérieures? », ce à quoi le demandeur a répondu : [TRADUCTION] « Je regrette profondément d’avoir été mêlé à ces histoires. Je suis réellement désolé. »

2) [TRADUCTION] « Et êtes-vous [...] pourriez-vous nous parler de votre manquement, de la façon dont le manquement est survenu? » Il était question d’un manquement à ses conditions de mise en liberté, c’est-à-dire ne plus fréquenter certaines personnes;

3) [TRADUCTION] « Et vous êtes-vous bien comporté si les conditions (inaudible) du tribunal? », ce à quoi le demandeur a répondu : [TRADUCTION] « C’est sûr, je ferai n’importe quoi. »

- dans son affidavit, M. Chaudhary déclare que M. Vuppal a omis de poser des questions sur des points cruciaux de l’affaire, dont le fait de savoir si le demandeur s’exposerait à des difficultés s’il retournait en Inde, un pays où il n’a jamais vécu, sauf pendant trois ans durant son enfance, où il vivait au pensionnat. M. Vuppal n’a pas cherché à savoir si le demandeur éprouvait du remords, s’il comprenait pourquoi il avait commis les infractions, s’il saisissait la gravité de ces dernières ou s’il était conscient du tort que ces infractions avaient causé à la société. Il n’a pas analysé les questions relatives aux difficultés que causerait l’expulsion, les difficultés que causerait le fait d’être séparé de ses parents, pas plus qu’aucun des autres points liés aux questions humanitaires dont la SAI était saisie. M. Chaudhary déclare : [TRADUCTION] « Cela aussi est loin de représenter ce que je ferais ou ce à quoi je m’attendrais de la part d’un conseil raisonnablement compétent devant la SAI »;

- After the applicant's examination by the IAD member and by counsel for the Minister, Mr. Vuppal advised the tribunal he had no further questions;
- The fact he did not call the applicant's parents to expand on their very short written statement which Mr. Chaudhary states did not touch upon key aspects of the issues that were relevant for the issue of hardship. Mr. Chaudhary states: "Again, in my practice I would have called the parents to give extensive evidence on the prospects of rehabilitation, the impact of removal on the family here and on the applicant given that the family has absolutely no ties or relatives in India";
- The lack of any substantive and relevant submissions particularly when he knew the Minister's position was that the applicant's appeal should be dismissed, i.e. the applicant should not be granted a stay from his removal to India;
- The fact Mr. Vuppal did not attend the reconvened hearing of the tribunal fixed for June 6, 2006. The February 23, 2006 hearing had been adjourned to a date to be fixed because, while the applicant had been convicted of the October 2003 aggravated assault charge, he had not been sentenced. Nor had an outstanding charge against him for possession of marijuana been heard and disposed of;
- The fact Mr. Vuppal did not object to the procedure of written submissions on the sentence imposed for the aggravated assault conviction after he had initially insisted an oral hearing should take place on that sentence so that the applicant could testify. Mr. Chaudhary states, in his affidavit, Mr. Vuppal's written submissions were extremely poor and did nothing to resolve the issues related to the previous submissions. He states the additional submissions failed to deal with any of the central issues of the case such as removal to India, rehabilitation, remorse or the likelihood that the applicant would not commit further offences in the future. Mr. Chaudhary states that in his view these submissions and representation fell far below what would be reasonably expected of a competent counsel so as to result in the applicant being denied a fair hearing. He states: "Indeed
- après que le commissaire de la SAI et l'avocat du ministre eurent interrogé le demandeur, M. Vuppal a déclaré au tribunal qu'il n'avait pas d'autres questions à poser;
- le fait qu'il n'ait pas appelé les parents du demandeur pour étoffer leur déclaration écrite fort succincte qui, selon M. Chaudhary, n'abordait pas des aspects clés des questions qui étaient pertinentes à l'égard de difficultés possibles. M. Chaudhary déclare : [TRADUCTION] « Là encore, j'aurais appelé les parents pour qu'ils témoignent en détail des perspectives de réadaptation, ainsi que de l'effet du renvoi sur la famille au pays et sur le demandeur, étant donné que la famille n'a absolument aucun lien ou parent en Inde »;
- l'absence d'arguments pertinents et de fond, d'autant plus qu'il savait que le ministre était d'avis qu'il fallait rejeter l'appel du demandeur, c'est-à-dire ne pas lui accorder de sursis à l'exécution de son renvoi en Inde;
- le fait que M. Vuppal n'a pas assisté à la seconde audience du tribunal, fixée au 6 juin 2006. L'audience du 23 février 2006 avait été ajournée à une date à fixer car, même si le demandeur avait été déclaré coupable de l'accusation de voies de fait graves en octobre 2003, il n'avait pas été condamné à une peine. En outre, une accusation en instance contre lui, pour possession de marijuana, n'avait pas non plus été instruite et tranchée;
- le fait que M. Vuppal ne se soit pas opposé à la procédure consistant à fournir des observations écrites sur la peine imposée à la suite de la condamnation pour voies de fait graves, après avoir insisté au départ pour que l'on tienne une audience sur cette peine de façon à ce que le demandeur puisse témoigner. Dans son affidavit, M. Chaudhary déclare que les observations écrites de M. Vuppal étaient extrêmement faibles et ne faisaient rien pour régler les problèmes liés aux observations antérieures. Il déclare que les observations additionnelles ne traitaient d'aucune des questions cruciales de l'affaire, comme le renvoi en Inde, la réadaptation, le remords ou la probabilité que le demandeur ne commette dorénavant plus d'infractions. M. Chaudhary déclare qu'à son avis ces observations et cette représentation étaient loin de correspondre à ce à quoi l'on serait raisonnablement en

the representation is so inadequate that in my view the applicant was denied a fair hearing.”

[29] My review of the certified tribunal record reveals another badge of incompetence: Mr. Vuppal did not reply to the Minister’s submissions on the sentencing for the aggravated assault conviction. The Minister’s submissions focused on the gravity of the offence, the harm suffered by the victim, the applicant’s lack of remorse and his central role in the assault leading to the Minister’s central conclusion that to protect Canadian society he should be deported. Mr. Vuppal also failed to file and deal with the sentencing decisions of the criminal courts following conviction. (See the discussion on this point in *G.D.B.*, above.)

[30] Counsel for the Minister argued a number of points to show the concerns raised regarding the adequacy of counsel did not rise to the level of breach of natural justice. She makes the point that in order to succeed the applicant must establish that his representative’s conduct was incompetent, and that as a result, a miscarriage of justice occurred, noting that general dissatisfaction with the quality of representation or regret over the litigation strategies pursued does not constitute incompetence rising to the level of a breach of fundamental justice.

[31] First, she states, in essence, the applicant is challenging the litigation strategy that he may or may not have endorsed. She observes his affidavit is silent on the issue of how he instructed his counsel to proceed and that it was unclear if there was inadequacy of his counsel or whether the applicant was trying to correct his previous litigation choices. I cannot accept this argument. It is clear from Mr. Chaudhary’s affidavit he had discussed the litigation strategy with Mr. Vuppal who had failed to carry it out (see paragraph 4 of his affidavit).

droit de s’attendre de la part d’un conseil compétent, et que cela avait eu pour effet de priver le demandeur de son droit à une audience équitable. Il ajoute : [TRADUCTION] « En fait, la représentation est à ce point inadéquate qu’à mon avis le demandeur s’est vu privé du droit à une audience équitable. »

[29] Mon examen du dossier certifié du tribunal révèle un autre attribut d’incompétence : M. Vuppal n’a pas répondu aux observations du ministre concernant la peine imposée à la suite de la condamnation pour voies de fait graves. Les observations du ministre portaient principalement sur la gravité de l’infraction, le préjudice subi par la victime, l’absence de remords du demandeur ainsi que le rôle clé qu’il avait joué dans les voies de fait, ce qui avait amené le ministre à tirer la conclusion fondamentale selon laquelle, pour protéger la société canadienne, il fallait l’expulser. M. Vuppal a également omis de déposer les jugements sur peine des tribunaux criminels à la suite de la condamnation et d’en traiter. (Voir l’analyse de ce point dans l’arrêt *G.D.B.*, précité.)

[30] L’avocate du ministre a soulevé un certain nombre de points pour montrer que les préoccupations soulevées à propos de la compétence du conseil n’équivalaient pas à un manquement à la justice naturelle. Elle fait valoir que le demandeur, pour obtenir gain de cause, doit établir que la conduite de son représentant était incompétente et que ce fait a occasionné une erreur judiciaire, notant qu’un mécontentement général à l’égard de la qualité de la représentation ou des regrets à propos des stratégies poursuivies en matière de litige ne constituent pas un cas d’incompétence équivalant à un manquement à un principe de justice fondamentale.

[31] Premièrement, dit-elle, le demandeur conteste essentiellement la stratégie en matière de litige à laquelle il a peut-être souscrit ou non. Son affidavit, fait-elle remarquer, ne dit rien sur la façon dont il a donné instruction à son consultant de procéder et l’on ne sait pas avec certitude si son conseil était incompétent ou si le demandeur tentait de rectifier ses choix antérieurs en matière de litige. C’est là un argument auquel je ne puis souscrire. Il ressort clairement de l’affidavit de M. Chaudhary que celui-ci avait discuté de la stratégie à suivre en matière de litige avec M. Vuppal, et que celui-

[32] Second, counsel for the Minister argued, while Mr. Vuppal may not have asked many questions, the gap was filled by the tribunal and by the representative of the Minister. For example, the IAD member asked the applicant questions related to his age, his place of birth, the number of years he had lived in India, the citizenship of his parents, his work history, his education, his plans for future education, whether he had been on social assistance, his relationship with his brother, his ability to speak local languages in India, the impact of his removal upon him and the impact of a removal on his family.

[33] Counsel for the Minister raised a number of questions such as what he would do if he was allowed to remain in Canada, his future career ambitions, questions about the seriousness of the offences, his remorse for the beatings, his parents' reactions to the crimes and his brother's reaction.

[34] Counsel for the Minister states, even if the applicant was inadequately represented, any inadequacy was cured by the questions put to him by the tribunal and by the Minister's representative. She submits the applicant has failed to establish a miscarriage of justice rising to the level of a breach of natural justice.

[35] A review of the transcript shows the description by counsel for the Minister of the areas covered in questioning by the tribunal and by the Minister's representative is accurate. However, in my view, that questioning did not cure the consultant's deficiencies in: (1) not having prepared his case with the applicant and his parents (interview time with them was less than an hour); (2) not having covered in chief all of the relevant areas before questioning by others in order to put his best case forward before questioning by others; (3) not having asked any follow-up questions after the questioning by the tribunal and by the Minister's representative to clarify or emphasize answers which the applicant had given and, in particular, his role during the incident which led to his conviction of aggravated assault, a conviction which led the tribunal to conclude was so

ci ne l'avait pas exécutée (voir le paragraphe 4 de son affidavit).

[32] Deuxièmement, selon l'avocate du ministre, M. Vuppal n'a peut-être pas posé beaucoup de questions, mais le tribunal et le représentant du ministre ont comblé les lacunes. Par exemple, le commissaire de la SAI a interrogé le demandeur sur son âge, son lieu de naissance, le nombre d'années où il avait vécu en Inde, la citoyenneté de ses parents, ses antécédents de travail, ses études, ses plans concernant ses études futures, s'il avait reçu des prestations d'aide sociale, la relation qu'il entretenait avec son frère, la capacité qu'il avait de s'exprimer dans les langues parlées en Inde, de même que l'effet qu'aurait son renvoi sur lui ainsi que sur sa famille.

[33] L'avocate du ministre a soulevé un certain nombre de questions, comme les suivantes : ce qu'il ferait s'il était autorisé à rester au Canada, ses ambitions professionnelles futures, la gravité des infractions, ses remords concernant les voies de fait, les réactions de ses parents aux crimes commis, ainsi que la réaction de son frère.

[34] L'avocate du ministre déclare que, même si le demandeur a été mal représenté, les lacunes ont toutes été comblées par les questions que lui ont posées le tribunal et le représentant du ministre. À son avis, le demandeur n'a pas établi que l'on avait commis une erreur judiciaire équivalant à un manquement aux principes de justice naturelle.

[35] La lecture des notes sténographiques montre que l'avocate du ministre a décrit de manière exacte les sujets abordés dans les questions du tribunal et du représentant du ministre. Cependant, à mon avis, ces questions n'ont pas comblé les lacunes suivantes du consultant : 1) ne pas avoir préparé sa cause avec le demandeur et ses parents (il a conversé avec eux pendant moins d'une heure), 2) ne pas avoir traité, lors de l'interrogatoire principal, de tous les sujets pertinents avant que d'autres interrogent le demandeur, de façon à faire valoir ses meilleurs arguments avant que d'autres posent des questions, 3) ne pas avoir posé de questions complémentaires après celles du tribunal et celles du représentant du ministre afin de clarifier ou de souligner des réponses que le demandeur avait données et, en particulier, le rôle qu'il avait joué au cours de l'incident

serious the applicant would likely reoffend, and to conclude the need to protect Canadian society from his reoffending required his immediate removal from Canada without the possibility of a stay with conditions.

[36] Third, counsel for the Minister argued the lack of a psychological assessment on his likelihood to reoffend may not have been done by omission. She argued it was possible that a psychological assessment may not have assisted the applicant. In my view, her submission, on this point, is speculative.

[37] Fourth, she argues the fact that Mr. Vuppal did not appear for the June 6, 2006 hearing had no impact on the tribunal's decision because a reading of the transcript shows the purpose for the hearing was to discuss the applicant's sentencing and that the sentencing had not taken place by June 6, 2006. She adds, contrary to the applicant's assertion, that no substantive evidence was heard on June 6, 2006 and that after the sentencing decision had occurred, his consultant addressed the issue in written submissions.

[38] My reading of the transcript does not accord with that of counsel for the Minister. My view is that the applicant was prejudiced by Mr. Vuppal's absence because the June 6, 2006 transcript shows:

- The tribunal and the Minister's representative discussed whether at the February 2006 hearing both he and Mr. Vuppal had made oral submissions on the merits except for sentencing. The tribunal concluded, after discussion with the Minister's representative, that both of them had completed oral submissions except on sentencing;
- Whether counsel for the Minister had asked, at the February 2006 hearing, for dismissal of the applicant's appeal before he had the results of the sentencing on the aggravated assault charge. The tribunal concluded counsel for the Minister had asked for such a dismissal;

pour lequel il avait été condamné pour voies de fait graves, une condamnation si sérieuse, a conclu le tribunal, que le demandeur récidiverait probablement et que la nécessité de protéger la société canadienne contre ce fait nécessitait son renvoi immédiat du Canada sans la possibilité d'obtenir un sursis assorti de conditions.

[36] Troisièmement, l'avocate du ministre a fait valoir que ce n'est peut-être pas par omission qu'il n'y a pas eu d'évaluation psychologique de la probabilité de récidive. Selon elle, une telle évaluation n'aurait peut-être pas aidé la cause du demandeur. À mon avis, son argument sur ce point est conjectural.

[37] Quatrièmement, elle allègue que le fait que M. Vuppal ne se soit pas présenté à l'audience du 6 juin 2006 n'a eu aucune incidence sur la décision du tribunal, car il ressort des notes sténographiques que l'audience avait pour objet de discuter de la peine infligée au demandeur et que, le 6 juin 2006, cette peine n'avait pas été infligée. Elle ajoute que, contrairement à ce que le demandeur affirme, aucune preuve de fond n'a été entendue le 6 juin 2006 et que, après que le jugement sur peine a été prononcé, son consultant a traité de la question dans des observations écrites.

[38] Ma lecture des notes sténographiques ne concorde pas avec celle de l'avocate du ministre. Je suis d'avis que l'absence de M. Vuppal a porté préjudice au demandeur car, comme l'indiquent les notes sténographiques du 6 juin 2006 :

- le tribunal et le représentant du ministre ont discuté de la question de savoir si, à l'audience tenue en février 2006, le représentant et M. Vuppal avaient fait des observations orales sur le bien-fondé, sauf pour ce qui était de la peine. Après discussion avec le représentant du ministre, le tribunal a conclu que les deux avaient fait des observations de vive voix, sauf en ce qui concerne la peine;
- si l'avocat du ministre a demandé, à l'audience de février 2006, que l'appel du demandeur soit rejeté avant qu'il obtienne les résultats relatifs à la peine concernant l'accusation de voies de fait graves. Le tribunal a conclu que l'avocat du ministre avait demandé le rejet de l'appel;

- An exhibit (R-2) was entered on that day; and
- Whether oral submissions on sentencing should take place or whether written submissions might suffice was discussed.

[39] I conclude by finding the evidentiary record satisfies me the applicant's representative was incompetent in the handling of the applicant's appeal to the IAD and that there was a miscarriage of justice to the extent it could be said that the applicant had no meaningful hearing before the IAD which led to the dismissal of his appeal with the consequence that he could not remain in Canada under strict conditions of a stay. In my view, the consultant who represented him totally failed to lead any meaningful or persuasive evidence which might have convinced the tribunal, in its balancing of relevant factors, a stay was warranted.

[40] My reading of the jurisprudence suggests the case at hand is quite similar to Justice Denault's decision in *Shirwa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 51 (T.D.), where he set aside a decision by the Convention Refugee Determination Division on the grounds of negligent/incompetent representation by an immigration consultant. Other comparable cases are *Osagie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 262 F.T.R. 112 (F.C.); *Gulishvili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 47 Admin. L.R. (3d) 87 (F.C.T.D.); *Masood v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1224; and *Taher v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 45 Admin. L.R. (3d) 304 (F.C.T.D.).

Other issues

[41] Since I have decided that this judicial review application must be allowed and the matter sent back to a differently constituted tribunal, I need not and should not decide whether the tribunal erred on the merits of the applicant's appeal by giving undue weight to certain factors or by ignoring evidence.

- une pièce (R-2) a été introduite ce jour-là;
- s'il devait y avoir des observations de vive voix sur la peine ou si des observations écrites suffiraient.

[39] Je conclus en disant que le dossier de preuve me convainc que le représentant du demandeur a fait preuve d'incompétence dans la manière dont il s'est occupé de l'appel du demandeur devant la SAI et qu'il y a eu erreur judiciaire dans la mesure où l'on pourrait dire que le demandeur n'a pas eu droit à une véritable audience devant la SAI, ce qui a mené au rejet de son appel et l'a donc privé de la possibilité de rester au Canada grâce à un sursis assorti de conditions strictes. À mon avis, le consultant qui le représentait a entièrement omis de produire des preuves sérieuses ou convaincantes qui auraient pu persuader le tribunal, lorsqu'il a mis en balance les facteurs pertinents, qu'un sursis était justifié.

[40] Ma lecture de la jurisprudence donne à penser que la présente affaire est fort semblable à la décision qu'a rendue le juge Denault dans l'affaire *Shirwa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 51 (1^{re} inst.), où il a annulé une décision de la Section du statut de réfugié pour cause de représentation incompétente ou négligente de la part d'un consultant en immigration. Il existe d'autres décisions comparables : *Osagie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1368; *Gulishvili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 1200; *Masood c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1224; et *Taher c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 991.

Autres questions

[41] Comme j'ai décidé qu'il convient d'accueillir la présente demande de contrôle judiciaire et de renvoyer l'affaire à un tribunal différemment constitué, il n'est pas nécessaire de décider si le tribunal a commis une erreur sur le fond de l'appel du demandeur en attachant une importance excessive à certains facteurs ou en faisant abstraction d'éléments de preuve.

[42] It is also unnecessary for me to decide whether the tribunal itself breached the principles of fairness.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that this judicial review application is allowed, the tribunal's decision is quashed and the applicant's appeal is remitted to a differently constituted tribunal of the IAD for reconsideration. No certified question was proposed.

[42] Il est en outre inutile de décider si le tribunal lui-même a manqué aux principes d'équité.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que la présente demande de contrôle judiciaire est accueillie, la décision du tribunal annulée et l'appel du demandeur renvoyé à un tribunal différemment constitué de la SAI pour nouvel examen. Aucune question certifiée n'a été proposée.