

IMM-5303-99  
2001 FCT 483

IMM-5303-99  
2001 CFPI 483

**Jaime Carrasco Varela, Jamilet del Carmen Gonzalez-Cruz, Javier de Jesus Carrasco-Gonzalez**  
(Applicants)

**Jaime Carrasco Varela, Jamilet del Carmen Gonzalez-Cruz, Javier de Jesus Carrasco-Gonzalez**  
(demandeurs)

v.

c.

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

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

*INDEXED AS: VARELA v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: VARELA c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Dawson J.—Toronto, November 16, 2000; Ottawa, May 15, 2001.

Section de première instance, juge Dawson—Toronto, 16 novembre 2000; Ottawa, 15 mai 2001.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible persons — Judicial review of immigration officer's decision applicant inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(j), prohibiting admission of person who there are reasonable grounds to believe committed outside Canada war crime or crime against humanity within meaning of Criminal Code, s. 7(3.6) — Applicant guard at prison in Nicaragua — Immigration officer determining applicant not mere onlooker at torture, disappearance, execution of prisoners — To fall within s. 19(1)(j), crime, if committed in Canada, must at that time have constituted offence against laws of Canada — Individual may rely upon defences provided in Criminal Code to establish conduct would not have constituted offence in Canada — Defences of obedience to superior orders, compulsion available to members of military, police forces in prosecutions for war crimes, crimes against humanity — Although applicant relying upon such defences, immigration officer's notes referring to neither defences nor factual underpinnings — Decision made without regard to relevant considerations notwithstanding somewhat probing examination, set aside as unreasonable.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Contrôle judiciaire de la décision de l'agente d'immigration selon laquelle le demandeur n'était pas admissible en vertu de l'art. 19(1j) de la Loi sur l'immigration, interdisant l'admission d'une personne dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elle a commis, à l'étranger, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens de l'art. 7(3.6) du Code criminel — Le demandeur était garde dans une prison au Nicaragua — L'agente d'immigration a conclu que le demandeur n'était pas simplement témoin de la torture, de la disparition ou de l'exécution de prisonniers — Pour que l'art. 19(1j) s'applique, le crime, s'il avait été commis au Canada, devait à ce moment-là constituer une infraction au droit canadien — Un individu peut se fonder sur les moyens de défense prévus dans le Code criminel pour établir que sa conduite n'aurait pas constitué une infraction au Canada — Les moyens de défense fondés sur la contrainte et sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur peuvent être invoqués par les membres des forces armées et policières dans les poursuites pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité — Le demandeur a invoqué pareils moyens de défense, mais dans les notes de l'agente d'immigration, il n'était pas fait mention des moyens de défense et de leurs fondements factuels — La décision a été prise sans qu'il soit tenu compte des considérations pertinentes et, malgré un examen quelque peu approfondi, elle devait être annulée parce qu'elle était déraisonnable.*

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Immigration Inquiry Process — Applicant not interviewed by immigration officer who decided inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(j) — Fair hearing requiring meaningful participation in decision-making process, not necessarily oral hearing — As written submissions indicating applicant knew issues to be addressed, allegation against him, had meaningful opportunity to participate in decision-making*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Le demandeur n'avait pas eu d'entrevue avec l'agente d'immigration, qui avait décidé qu'il n'était pas admissible en vertu de l'art. 19(1j) de la Loi sur l'immigration — Ce qui est nécessaire, pour une audition équitable, c'est une participation valable au processus décisionnel, et pas nécessairement une audience — Étant donné que les*

*process — Also decision made in largest part on basis of admissions as to involvement in certain events — Applicant not denied fair hearing because not interviewed by decision-maker.*

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Persons with Temporary Status — Holders of Minister's permit Type 86 (case approved for processing within Canada) — Immigration Act, s. 38(1) permitting Governor in Council to authorize landing of any person who, at time of landing, resided continuously in Canada for at least five years under authority of Minister's permit — Applicants in Canada as holders of Ministerial permits, renewed annually since 1993 — In 1993 applied under s. 114(2) for landing from within Canada on humanitarian and compassionate grounds — Five years later applied for mandamus in respect of outstanding s. 114(2) application, and for order requiring Minister to process application under s. 38 — (1) As in Canada continuously for at least five years on Minister's permits, right accrued to applicants to seek consideration under s. 38 — (2) Prior request for exercise of discretion either made or implied — Scheme of Act, Regulations establishing s. 38(1) application in substance application for landing; s. 114(2) application for admission capable of meaning application for landing — As granted visa exemption, s. 114(2) application becoming application for landing — As application outstanding for over five years, applicants having right to seek consideration under s. 38 — Minister having duty to consider whether to recommend exercise of discretion under s. 38 — As well, possible legitimate expectation immigration officer would consider case for landing arising from Inland Processing Manual directing review of cases at end of five-year period, so that duty of fairness required such consideration.*

*Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Application for judicial review of immigration officer's decision applicant inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(j) — Applicant not interviewed by immigration officer — Fair hearing requiring meaningful participation in decision-making process, not necessarily oral hearing — As written submission indicating knew issue to be addressed,*

*observations écrites montraient qu'il était au courant des questions à examiner et de l'allégation qui était faite contre lui, le demandeur avait eu une possibilité valable de participer au processus décisionnel — En outre, la décision était en majeure partie fondée sur les aveux que le demandeur avait faits au sujet de sa participation à certains événements — Le demandeur a bénéficié d'une audience équitable même si le décideur ne l'avait pas interrogé.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Personnes ayant un statut temporaire — Titulaires de permis du ministre du type 86 (cas approuvé aux fins du traitement à l'intérieur du Canada) — L'art. 38(1) de la Loi sur l'immigration permet au gouverneur en conseil d'accorder le droit d'établissement à toute personne ayant, au moment où ce droit est accordé, résidé sans interruption au Canada pendant au moins cinq ans au titre d'un permis du ministre — Les demandeurs étaient entrés au Canada à titre de titulaires de permis ministériels, ces permis ayant été renouvelés chaque année depuis 1993 — En 1993, ils avaient sollicité, en vertu de l'art. 114(2), le droit d'établissement de l'intérieur du Canada en invoquant des raisons d'ordre humanitaire — Cinq ans plus tard, ils avaient demandé un mandamus à l'égard de la demande fondée sur l'art. 114(2) qui était en suspens ainsi qu'une ordonnance enjoignant au ministre de traiter leur demande en vertu de l'art. 38 — 1) Étant donné qu'ils avaient résidé sans interruption au Canada pendant au moins cinq ans au titre de permis du ministre, les demandeurs avaient acquis le droit de solliciter un examen en vertu de l'art. 38 — 2) Une demande en vue de l'exercice du pouvoir discrétionnaire avait été faite ou il pouvait être inféré que pareille demande avait été faite — L'économie de la Loi et du Règlement établit qu'une demande fondée sur l'art. 38(1) est essentiellement une demande de droit d'établissement; une demande d'admission fondée sur l'art. 114(2) peut être une demande d'établissement — Étant donné qu'une dispense de l'obligation d'obtenir un visa avait été accordée, la demande fondée sur l'art. 114(2) était devenue une demande de droit d'établissement — Étant donné que la demande était en suspens depuis plus de cinq ans, les demandeurs pouvaient solliciter un examen en vertu de l'art. 38 — Le ministre était tenu de déterminer s'il devait recommander que le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 38 soit exercé — De plus, il existait peut-être bien une attente légitime voulant qu'un agent d'immigration examine le cas, en ce qui concerne le droit d'établissement, cette attente découlant du Guide sur le traitement des demandes au Canada, qui prévoit l'examen des cas à la fin de la période de cinq ans, de sorte que l'obligation d'équité exigeait cet examen.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'immigration avait conclu que le demandeur n'était pas admissible en vertu de l'art. 19(1)(j) de la Loi sur l'immigration — Le demandeur n'avait pas eu d'entrevue avec l'agente d'immigration — Ce qui est nécessaire pour une audition équitable, c'est une participation valable au*

*allegation against him, applicant had opportunity to have meaningful participation in decision-making process — As decision based on large part on admissions, applicant not denied fair hearing — Immigration officer referred to discrepancies between statements in Personal Information Form, those made to CSIS in screening interview — If credibility at issue, and if assessed, in part, on basis of answers given on prior occasions, meaningful participation requiring content of prior answers be provided to applicant.*

*Estoppel — After refugee claim, post-determination refugee claim in Canada class application refused, applicants removed to U.S.A. — Minister's permits issued permitting them to come into Canada — Renewed annually since 1993 — In 1993 applied under Immigration Act, s. 114(2) for landing from within Canada on humanitarian and compassionate (H & C) grounds — As no reasons given for issuance of permits, insufficient to ground plea Minister estopped from refusing to process H & C application — S. 114(2) application engaging two-step process: assessment of whether applicant should be exempted from requirement of obtaining immigrant visa outside Canada, and if so, assessment of whether applicant admissible — Positive decision made at first step — Nothing indicating applicant exempt from second step.*

This was an application for judicial review of an immigration officer's decision that the applicant, Jaime Carrasco Varela, was inadmissible under *Immigration Act*, paragraph 19(1)(j), which prohibits the admission of a person who there are reasonable grounds to believe has committed outside Canada a war crime or crime against humanity within the meaning of *Criminal Code*, subsection 7(3.76). Mr. Carrasco is a citizen of Nicaragua, who served in the military of that country from 1983 until 1989, and was a guard at the "El Chipote" prison. He arrived in Canada in 1991 with his wife and son. Their refugee claims were rejected on the ground that Mr. Carrasco was a person described in Article 1F(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* which states that the Convention does not apply to a person with respect to whom there are serious reasons for considering that he has committed a crime against humanity. A post-determination refugee claimants in Canada class application was refused,

*processus décisionnel et pas nécessairement une audience — Étant donné que les observations écrites montraient qu'il était au courant des questions à examiner et de l'allégation qui était faite contre lui, le demandeur avait eu une possibilité valable de participer au processus décisionnel — Étant donné que la décision était en majeure partie fondée sur des aveux, le demandeur avait bénéficié d'une audience équitable — L'agente d'immigration a noté les incohérences entre les déclarations figurant dans le Formulaire de renseignements personnels et celles qui avaient été faites au SCRS lors de l'entrevue — Si la crédibilité était remise en question et si elle devait être en partie appréciée compte tenu des réponses antérieurement données, il fallait porter le contenu des réponses antérieures à la connaissance du demandeur pour qu'il y ait participation valable.*

*Fin de non-recevoir — Après qu'une revendication eut été présentée, une demande présentée à titre de membre de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada avait été rejetée et les demandeurs avaient été renvoyés aux É.-U. — Des permis du ministre avaient été délivrés, autorisant les demandeurs à venir au Canada — Les permis étaient renouvelés chaque année depuis 1993 — En 1993, le demandeur avait sollicité, en vertu de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration, le droit d'établissement de l'intérieur du Canada en invoquant des raisons d'ordre humanitaire — Étant donné qu'aucun motif n'avait été fourni à l'appui de la délivrance des permis, cela ne suffisait pas pour justifier un moyen de défense selon lequel le ministre ne pouvait pas refuser de traiter la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire — La demande fondée sur l'art. 114(2) donnait lieu à une procédure à deux étapes: il fallait déterminer si le demandeur devait être dispensé de l'exigence voulant qu'il obtienne un visa d'immigration en dehors du Canada et, dans l'affirmative, il fallait déterminer si le demandeur était admissible — Une décision favorable avait été prise à la première étape — Rien n'indiquait que le demandeur devait être dispensé de se soumettre à la deuxième étape.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'immigration avait conclu que le demandeur Jaime Carrasco Varela était une personne non admissible en vertu de l'alinéa 19(1)f) de la *Loi sur l'immigration*, qui interdit l'admission d'une personne dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elle a commis, à l'étranger, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel*. M. Carrasco est un citoyen du Nicaragua, qui a servi dans l'armée de ce pays entre 1983 et 1989 et était garde à la prison «El Chipote». Il est arrivé au Canada avec sa femme et son fils en 1991. Leurs revendications ont été rejetées pour le motif que M. Carrasco était une personne visée à l'alinéa 1Fa) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, qui dit que la Convention n'est pas applicable aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis un crime contre l'humanité. Une demande présentée par le demandeur à titre de membre

as was an application in 1992 made on humanitarian and compassionate grounds. Mr. Carrasco and his family were removed to the United States, but were then permitted to return to Canada as holders of Minister's permits, which have been renewed annually since 1993. In November 1993, the applicants applied under subsection 114(2) for landing from within Canada on humanitarian and compassionate (H & C) grounds. In July 1994, Canadian Security Intelligence Service (CSIS) officials conducted a screening interview of Mr. Carrasco. In February 1998 Mr. Carrasco was interviewed by an immigration officer. Five years after making their subsection 114(2) application, the applicants applied for *mandamus* in respect thereof, and for an order that the Minister process their application under section 38. Subsection 38(1) permits the Governor in Council to authorize the landing of any person who, at the time of landing, has resided continuously in Canada for at least five years under the authority of a written permit issued by the Minister. Before the Court rendered its decision, a senior immigration officer (SIO) decided, without interviewing Mr. Carrasco, that he was a member of an inadmissible class because he could not be looked upon as having been a mere onlooker at the events at the prison, including torture, disappearance and execution of, and the withholding of the necessities of life from, prisoners. The immigration officer noted serious discrepancies between statements made by Mr. Carrasco in his personal information form (PIF) and those made to CSIS.

The issues were: (1) whether Mr. Carrasco was entitled to an oral interview with the SIO if his credibility was to be an issue; (2) whether the Minister was estopped from refusing to process Mr. Carrasco's application on H & C grounds because issuance of the Minister's permit meant that the Minister accepted the H & C considerations; (3) whether the SIO erred in rejecting Mr. Carrasco's credibility and then using that rejection to prove conduct on the part of Mr. Carrasco; (4) whether the SIO erred in failing to consider the defences raised by Mr. Carrasco to the allegation that he was inadmissible; (5) whether the SIO relied on extrinsic evidence by referring to discrepancies between statements in the PIF and those made to CSIS in reaching a finding as to credibility; and (6) whether the applicants have the right to be processed under section 38.

*Held*, the application should be allowed.

(1) What is required for a fair hearing requires is meaningful participation in the decision-making process, not necessarily an oral hearing. Mr. Carrasco's written sub-

de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada a été rejetée, comme l'a été une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire qui a été soumise en 1992. M. Carrasco et sa famille ont été renvoyés aux États-Unis, mais ont ensuite été autorisés à entrer au Canada à titre de titulaires de permis ministériels, ces permis ayant été renouvelés chaque année depuis 1993. Au mois de novembre 1993, les demandeurs ont sollicité, en vertu du paragraphe 114(2), le droit d'établissement de l'intérieur du Canada en invoquant des raisons d'ordre humanitaire. Au mois de juillet 1994, des représentants du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) ont procédé à une entrevue de M. Carrasco. Au mois de février 1998, M. Carrasco a eu une entrevue avec un agent d'immigration. Cinq ans après avoir soumis leur demande fondée sur le paragraphe 114(2), les demandeurs ont demandé un *mandamus* à l'égard de la demande ainsi qu'une ordonnance enjoignant au ministre de traiter leur demande en vertu de l'article 38. Le paragraphe 38(1) autorise le gouverneur en conseil à accorder le droit d'établissement à toute personne ayant, au moment où ce droit est accordé, résidé sans interruption au Canada pendant au moins cinq ans au titre d'un permis écrit délivré par le ministre. Avant que la Cour rende sa décision, une agente principale (l'AP) a conclu, sans avoir d'entrevue avec M. Carrasco, que celui-ci appartenait à une catégorie non admissible parce qu'on ne pouvait le considérer comme ayant simplement été témoin des événements qui se produisaient à la prison, notamment la torture, la disparition et l'exécution de prisonniers et le fait de priver les prisonniers des nécessités de la vie. L'agente d'immigration a noté des incohérences sérieuses entre les déclarations que M. Carrasco avait faites dans le Formulaire de renseignements personnels (le FRP) et celles qu'il avait faites au SCRS.

Les points litigieux étaient de savoir: 1) si M. Carrasco avait droit à une entrevue auprès de l'AP si sa crédibilité devait être en cause; 2) s'il était interdit au ministre de refuser de traiter la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire de M. Carrasco parce que la délivrance du permis du ministre voulait dire que le ministre reconnaissait les considérations d'ordre humanitaire; 3) si l'AP avait commis une erreur en remettant en question la crédibilité de M. Carrasco et en se fondant ensuite sur sa conclusion pour établir la conduite de celui-ci; 4) si l'AP avait commis une erreur en omettant de tenir compte des moyens de défense invoqués par M. Carrasco à l'encontre de l'allégation selon laquelle il n'était pas admissible; 5) si l'AP s'était fondée sur une preuve extrinsèque en mentionnant les incohérences entre les déclarations figurant dans le FRP et celles qui avaient été faites au SCRS pour tirer la conclusion relative à la crédibilité; 6) si les demandeurs avaient le droit de faire traiter leur demande en vertu de l'article 38.

*Jugement*: la demande est accueillie.

1) Ce qui est nécessaire pour une audition équitable, c'est une participation valable au processus décisionnel, et pas nécessairement une audience. Les observations écrites que

mission to the immigration officer indicated that he knew the issue to be addressed and the allegation against him. In that sense he had the opportunity of having meaningful participation in the decision-making process. Furthermore, the immigration officer's decision was based in largest part on the admissions made by Mr. Carrasco as to his involvement in certain events, and inferences drawn therefrom. In those circumstances, Mr. Carrasco was not denied a fair hearing because he was not interviewed by the decision-maker.

(2) No reasons were given for the issuance of the Minister's permits. The Court would not speculate as to why the permits had been issued for the purpose of finding a representation sufficient to ground a plea of estoppel. Further, an application under subsection 114(2) engages a two-step process: an assessment of whether an applicant should be exempted from the requirement of obtaining an immigrant visa outside Canada and if so, an assessment of whether an applicant is admissible. Here a positive decision was made at the first step of the analysis. There was nothing to indicate that Mr. Carrasco was to be exempted from the second step. In fact, the terms of the permit require the applicants to comply with all other statutory requirements before they are granted landing.

(3) The immigration officer merely noted that Mr. Carrasco had not satisfied her that he was an innocent bystander at the execution of prisoners. She did not find that because Mr. Carrasco's denial was not true, the opposite was thereby established, that is, that Carrasco had fired his weapon.

(4) To fall within *Immigration Act*, paragraph 19(1)(j) the crime, if it had been committed in Canada, must have at that time constituted an offence against the laws of Canada. It follows that an individual may rely upon defences provided in the *Criminal Code* to establish that conduct would not have constituted an offence in Canada. Defences of obedience to superior orders and compulsion are, as a matter of law, available to members of the military or police forces in prosecutions for war crimes and crimes against humanity. The applicant stated that he refused to participate in the execution of prisoners, and that he was hit, threatened with a gun, arrested, interrogated and detained as a result of that refusal. He relied upon the defences of obedience to superior orders not manifestly unlawful, and of compulsion. The SIO's notes neither referred to those defences nor to their factual underpinning. Thus the decision was made without regard to relevant considerations, did not withstand a somewhat probing examination and should be set aside as unreasonable.

M. Carrasco a soumise à l'agente d'immigration montrait qu'il était au courant de la question à examiner et de l'allégation qui avait été faite contre lui. En ce sens, il avait la possibilité de participer d'une façon valable au processus décisionnel. En outre, la décision de l'agente d'immigration était en majeure partie fondée sur les aveux que M. Carrasco avait faits au sujet de sa participation à certains événements et sur les inférences que l'agente avait faites à partir de ces aveux. Dans ces conditions, M. Carrasco a bénéficié d'une audience équitable même si le décideur ne l'avait pas interrogé.

2) Aucun motif n'a été fourni à l'appui de la délivrance des permis du ministre. La Cour n'était pas prête à faire des conjectures au sujet des raisons de leur délivrance, conjectures qui permettraient de conclure à l'existence de représentations suffisantes justifiant un moyen de défense fondé sur l'irrecevabilité. En outre, une demande présentée en vertu du paragraphe 114(2) donne lieu à une procédure à deux étapes: il faut déterminer si le demandeur doit être dispensé de l'exigence voulant qu'il obtienne un visa d'immigration en dehors du Canada et, dans l'affirmative, il faut déterminer si le demandeur est admissible. En l'espèce, une décision favorable a été prise à la première étape de l'analyse. Il n'y avait rien qui indique que M. Carrasco devait être dispensé de se soumettre à la seconde étape. De fait, les conditions du permis exigent que les demandeurs satisfassent à toutes les autres exigences légales avant d'obtenir le droit d'établissement.

3) L'agente d'immigration a simplement fait remarquer que M. Carrasco n'avait pas réussi à la convaincre qu'il avait simplement été témoin de l'exécution de prisonniers. Elle n'a pas conclu que puisque M. Carrasco avait fait une fausse déclaration, le contraire était établi, c'est-à-dire qu'il avait utilisé son arme.

4) Pour que l'alinéa 19(1)(j) de la *Loi sur l'immigration* s'applique, le crime, s'il avait été commis au Canada, devait à ce moment-là constituer une infraction au droit canadien. Par conséquent, un individu peut se fonder sur les moyens de défense prévus dans le *Code criminel* pour établir que la conduite reprochée n'aurait pas constitué une infraction au Canada. Les moyens de défense fondés sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et sur la contrainte peuvent en droit être invoqués par les membres des forces armées ou policières dans les poursuites pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Le demandeur a dit qu'il avait refusé de participer à l'exécution de prisonniers et qu'on l'avait battu, menacé à la pointe d'un fusil, arrêté, interrogé et détenu par suite de ce refus. Il a invoqué comme moyen de défense la contrainte et le fait qu'il avait obéi à des ordres qui n'étaient pas manifestement illégaux, donnés par des supérieurs. Il n'était pas fait mention, dans les notes de l'AP, de ces moyens de défense et de leurs fondements factuels. La décision a été prise sans qu'il soit tenu compte des considérations pertinentes; elle ne résistait pas à un examen quelque peu approfondi et elle devrait être annulée parce qu'elle est déraisonnable.

(5) If Mr. Carrasco's credibility was at issue, and if it were to be assessed, at least in part, upon the basis of answers given on prior occasions, meaningful participation required that the content of those prior answers be provided to him. As Mr. Carrasco was the source of those prior statements, no issue of confidentiality could arise. There was no good reason why Mr. Carrasco should not have been advised as to the contents of his prior statements so as to allow him to participate meaningfully in the decision-making process.

(6) The question as to whether the applicants were entitled to be processed under section 38, involves a determination of whether the right to apply for consideration under that section had accrued to the applicants; and whether they sought to exercise that right so that a duty arose at law for the respondent to consider the applicants for landing under section 38. Applicants had, since 1993, possessed Minister's permits bearing code "Case Type: 86" indicating their case had been approved for processing within Canada. As the applicants have been in Canada continuously for at least five years on Minister's permits, a right accrued to them to apply for consideration under section 38. In order to consider whether the applicants made a proper prior request for the exercise of discretion under section 38, the scheme of the Act and the Regulations had to be reviewed. Subsections 38(1), 114(2) and section 115 of the Act, *Immigration Regulations, 1978*, section 2.1, *Immigration Act Fees Regulations*, section 2 and Schedule to the Fees Regulations, item 18 established that a subsection 38(1) application is in substance an application for landing; a subsection 114(2) application is an application for admission which is capable of meaning an application for landing; and it is an immigration officer who decides whether to process a recommendation under subsection 38(1). The applicants filed an application on humanitarian and compassionate grounds in November of 1993. As they were granted the visa exemption, their application became an application for landing, which remained outstanding for over five years, giving the applicants the right to seek consideration under section 38. In January 1999, they applied for *mandamus* to require that their application be considered under section 38. A prior request for an exercise of discretion was either made, or can be implied. In either case, the Minister had a duty to consider whether to recommend the exercise of discretion under section 38. As well, a legitimate expectation that an immigration officer would consider the applicants' case for landing may have existed so that a duty of fairness required such consideration. This expectation would arise from the fact that the Inland Processing Manual directs immigration officers to review cases at the end of the five-year period, and from the reference in the Schedule to the Fees Regulations to the effect that there is to be notification to a person that an immigration officer has decided to process the section 38 recommendation.

5) Si la crédibilité de M. Carrasco était remise en question et si elle devait être appréciée, du moins en partie, compte tenu des réponses antérieurement données, il fallait porter le contenu de ces réponses antérieures à la connaissance de celui-ci pour qu'il y ait participation valable. Étant donné que M. Carrasco était l'auteur des déclarations antérieures, aucune question de confidentialité ne pouvait se poser. Il n'y avait aucune bonne raison de ne pas informer M. Carrasco du contenu de ses déclarations antérieures de façon à lui permettre de participer d'une façon valable au processus décisionnel.

6) Pour déterminer si les demandeurs pouvaient faire traiter leur demande en vertu de l'article 38, il faut examiner s'ils avaient acquis le droit de solliciter un examen en vertu de cette disposition et s'ils avaient cherché à exercer ce droit de sorte que le défendeur avait juridiquement l'obligation d'examiner la demande de droit d'établissement en vertu de l'article 38. Depuis 1993, les demandeurs étaient en possession de permis du ministre délivrés sous le code «Type de cas: 86», indiquant que leur cas avait été approuvé aux fins du traitement à l'intérieur du Canada. Étant donné qu'ils résidaient sans interruption au Canada depuis au moins cinq ans au titre de permis délivrés par le ministre, les demandeurs avaient acquis le droit de solliciter un examen en vertu de l'article 38. Pour déterminer si les demandeurs ont demandé d'une façon appropriée que le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 38 soit exercé, il fallait examiner l'économie de la Loi et du Règlement. Les paragraphes 38(1) et 114(2) ainsi que l'article 115 de la Loi, l'article 2.1 du *Règlement sur l'immigration de 1978*, l'article 2 du *Règlement sur les prix à payer — Loi sur l'immigration*, et l'article 18 de l'annexe du Règlement sur les prix établissaient qu'une demande fondée sur le paragraphe 38(1) est essentiellement une demande de droit d'établissement; qu'une demande fondée sur le paragraphe 114(2) est une demande d'admission qui peut également être une demande d'établissement; que c'est un agent d'immigration qui détermine si une recommandation doit être faite en vertu du paragraphe 38(1). Les demandeurs ont présenté une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire au mois de novembre 1993. Étant donné qu'ils ont été dispensés de l'obligation d'obtenir un visa, leur demande est devenue une demande de droit d'établissement, qui est restée en suspens pendant plus de cinq ans, de sorte que les demandeurs pouvaient solliciter un examen en vertu de l'article 38. Au mois de janvier 1999, ils ont sollicité un *mandamus* et ont demandé que leur demande soit examinée compte tenu de l'article 38. Une demande en vue de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en question avait été faite ou il peut être inféré que pareille demande avait été faite. Quoi qu'il en soit, le ministre était tenu de déterminer s'il devait recommander que le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 38 soit exercé. De plus, il existait peut-être bien une attente légitime voulant qu'un agent d'immigration examine le cas des demandeurs en ce qui concerne le droit d'établissement, de sorte que l'obligation d'équité exigeait cet examen. Cette

attente découlerait du fait que, dans le Guide sur le traitement des demandes au Canada, on demande aux agents d'immigration d'examiner les cas à la fin de la période de cinq ans ainsi que de la mention figurant dans l'annexe du Règlement sur les prix, à savoir que la personne concernée doit être avisée que l'agent d'immigration a décidé d'examiner la recommandation prévue à l'article 38.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "admission", "landing" (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 1), 9(1) (as am. *idem*, s. 4), 19(1)(j) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3), 27(2)(a) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16), 38 (as am. *idem*, s. 27), 114(2) (as am. *idem*, s. 102), 115 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 30).  
*Immigration Act Fees Regulations*, SOR/97-22, s. 2, Sch., item 18.  
*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 2.1 (as enacted by SOR/93-44, s. 2).  
*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; (1994), 112 D.L.R. (4th) 513; 88 C.C.C. (3d) 417; 28 C.R. (4th) 265; 20 C.R.R. (2d) 1; 165 N.R. 1; 70 O.A.C. 241.

##### CONSIDERED:

*Tehrankari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 1420 (T.D.) (QL); *Kaberuka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 F.C. 252; (1995), 32 Imm. L.R. (2d) 38 (T.D.).

##### REFERRED TO:

*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 52 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.); *Lam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 316 (F.C.T.D.); *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 232; (1993), 16 Admin. L.R. (2d) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 231; 156 N.R.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.  
*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fa).  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «admission», «droit d'établissement» (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 1), 9(1) (mod., *idem*, art. 4), 19(1)f) (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 3), 27(2)a) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16), 38 (mod., *idem*, art. 27), 114(2) (mod., *idem*, art. 102), 115 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 30).  
*Règlement sur les prix à payer — Loi sur l'immigration*, DORS/97-22, art. 2, ann., n° 18.  
*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 2.1 (édicte par DORS/93-44, art. 2).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; (1994), 112 D.L.R. (4th) 513; 88 C.C.C. (3d) 417; 28 C.R. (4th) 265; 20 C.R.R. (2d) 1; 165 N.R. 1; 70 O.A.C. 241.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Tehrankari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1420 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Kaberuka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 C.F. 252; (1995), 32 Imm. L.R. (2d) 38 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 52 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.); *Lam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 316 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 232; (1993), 16 Admin. L.R. (2d) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 231;

212 (C.A.); *N. (Q.D.) (Re)*, [1992] C.R.D.D. No. 420 (QL).

APPLICATION for judicial review of an immigration officer's decision that the applicant, Jaime Carrasco Varela, was inadmissible under *Immigration Act*, paragraph 19(1)(j), as a person who there are reasonable grounds to believe has committed outside Canada a war crime or crime against humanity within the meaning of *Criminal Code*, subsection 7(3.76). Application allowed.

APPEARANCES:

*Micheal T. Crane* for applicants.  
*Toby J. Hoffmann* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Micheal T. Crane*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] DAWSON J.: On October 20, 1999, an immigration officer in the course of processing an application for admission to Canada on humanitarian and compassionate grounds determined that Jaime Carrasco Varela was a person described in paragraph 19(1)(j) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (Act). In consequence, Mr. Carrasco was determined to be inadmissible to Canada.

[2] At issue in this application for judicial review is whether that decision was tainted by a reviewable error. The applicants, Mr. Carrasco, his wife and son, also request in their written and oral submissions that the Court declare that the Minister of Citizenship and Immigration (Minister) ought to process their application for landing under section 38 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 27] of the Act.

THE FACTS

[3] Mr. Carrasco is a citizen of Nicaragua who served in its military from August of 1983 to October

156 N.R. 212 (C.A.); *N. (Q.D.) (Re)*, [1992] D.S.S.R. n° 420 (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'immigration avait conclu que le demandeur Jaime Carrasco Varela n'était pas admissible en vertu de l'alinéa 19(1)(j) de la *Loi sur l'immigration* à titre de personne dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elle a commis, à l'étranger, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel*. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

*Micheal T. Crane* pour les demandeurs.  
*Toby J. Hoffmann* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Micheal T. Crane*, Toronto, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE DAWSON: Le 20 octobre 1999, une agente d'immigration qui traitait une demande d'admission au Canada fondée sur des raisons d'ordre humanitaire a conclu que Jaime Carrasco Varela était une personne visée à l'alinéa 19(1)(j) [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 3] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (la Loi). Il a donc été conclu que M. Carrasco ne pouvait être admis au Canada.

[2] Dans la présente demande de contrôle judiciaire, il s'agit de savoir si la décision contestée est viciée par une erreur susceptible de révision. Les demandeurs, M. Carrasco, sa femme et son fils, demandent également, dans leurs observations écrites et orales, que la Cour déclare que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) devrait traiter leur demande du droit d'établissement en vertu de l'article 38 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 27] de la Loi.

LES FAITS

[3] M. Carrasco est un citoyen du Nicaragua. Il a été militaire du mois d'août 1983 au mois d'octobre 1989.



of 1989. Within two years of joining the army, Mr. Carrasco became a member of the Sandinista Front of National Liberation. While in the army he served as a guard at the “El Chipote” prison.

[4] Mr. Carrasco arrived in Canada with his wife and son on August 1, 1991. They made refugee claims on the grounds of their political opinions and membership in a particular social group. In March of 1992, their claims were rejected by the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board [[1992] C.R.D.D. No. 420 (QL)]. The Refugee Division determined that Mr. Carrasco was a person described in Article 1F(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (Convention) which states that the Convention does not apply “to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that . . . he has committed . . . a crime against humanity”.

[5] In June of 1992, the Federal Court of Appeal denied leave to appeal from the decision of the Refugee Division.

[6] Mr. Carrasco has sworn in an affidavit that neither he nor his counsel were made aware that Article 1F(a) of the Convention would be an issue before the Refugee Division. Mr. Carrasco’s evidence has not been contradicted and, indeed, is supported by a transcript of the hearing before the Refugee Division now available and filed in this proceeding.

[7] A post-determination refugee claimants in Canada class application was refused, as was an application made in 1992 on humanitarian and compassionate grounds. With the consent of the American authorities Mr. Carrasco and his family were removed to the United States.

[8] The then Minister of Immigration authorized the issuance of a Minister’s permit and Mr. Carrasco, with his wife and child, were then permitted to come into Canada as holders of a Minister’s permit. They have held Minister’s permits renewed annually since

Moins de deux ans après être devenu membre de l’armée, il a adhéré au Front national de libération sandiniste. Pendant qu’il était dans l’armée, il a été garde à la prison «Le Chipote».

[4] M. Carrasco est arrivé au Canada avec sa femme et son fils le 1<sup>er</sup> août 1991. Ils ont revendiqué le statut de réfugié en invoquant leurs opinions politiques et leur appartenance à un groupe social. Au mois de mars 1992, leurs revendications ont été rejetées par la section du statut de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié [[1992] D.S.S.R. n° 420 (QL)]. La section du statut a conclu que M. Carrasco était une personne visée à l’alinéa 1Fa) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention), qui dit que la Convention n’est pas applicable «aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser [. . .] [q]u’elles ont commis [. . .] un crime contre l’humanité».

[5] Au mois de juin 1992, la Cour d’appel fédérale a refusé l’autorisation d’interjeter appel contre la décision de la section du statut.

[6] Dans un affidavit, M. Carrasco a déclaré que ni son avocat ni lui n’avaient été informés que l’alinéa 1Fa) de la Convention serait invoqué devant la section du statut. La preuve présentée par M. Carrasco n’a pas été contredite et, de fait, elle est étayée par une transcription de l’audience tenue par la section du statut, laquelle est maintenant disponible et a été déposée dans la présente instance.

[7] Une demande présentée par le demandeur à titre de membre de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada a été rejetée, comme l’a été une demande fondée sur des raisons d’ordre humanitaire qui a été soumise en 1992. Sur consentement des autorités américaines, M. Carrasco et sa famille ont été renvoyés aux États-Unis.

[8] Le ministre de l’Immigration de l’époque a autorisé la délivrance d’un permis, et M. Carrasco ainsi que sa femme et son enfant ont alors été autorisés à entrer au Canada à titre de titulaires d’un permis ministériel. Le permis est renouvelé chaque année

November 1993. The Minister's permits were all "Case Type: 86", as outlined in the relevant immigration manual.

[9] In November of 1993, the applicants applied under subsection 114(2) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102] of the Act for landing from within Canada on humanitarian and compassionate grounds.

[10] In July of 1994, Canadian Security Intelligence Service (CSIS) officials conducted a screening interview of Mr. Carrasco. A CSIS report was submitted dated March 27, 1996 which, according to documents Mr. Carrasco's counsel has obtained under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, "added nothing of substance to the material". In February of 1998, Mr. Carrasco was interviewed by an immigration officer at the Kitchener office of Citizenship and Immigration Canada (CIC).

[11] Five years after making their application under subsection 114(2) of the Act, the applicants brought an application in this Court for *mandamus* in respect of the outstanding humanitarian and compassionate application and for an order that the Minister process their application under section 38 of the Act. Before the Court rendered its decision, on October 20, 1999 a decision was made with respect to the humanitarian and compassionate application and a senior immigration officer determined that Mr. Carrasco was reportable as a person found to be a member of the inadmissible class described in paragraph 19(1)(j) of the Act. A report under paragraph 27(2)(a) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16] of the Act was also written. On that same day, a letter was sent to Mr. Carrasco advising that while the Minister had, in 1993, determined to exempt Mr. Carrasco from the requirement of subsection 9(1) [as am. *idem*, s. 4] of the Act, he had not been exempted from meeting other statutory requirements of the Act, and that it had been determined that he was not in compliance with the Act because of his membership in a class of persons described in paragraph 19(1)(j) of the Act.

depuis le mois de novembre 1993. Les permis du ministre étaient tous délivrés pour le «Type de cas: 86», tel qu'il est prévu dans le guide de l'immigration pertinent.

[9] Au mois de novembre 1993, les demandeurs ont sollicité, en vertu du paragraphe 114(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102] de la Loi, le droit d'établissement de l'intérieur du Canada en invoquant des raisons d'ordre humanitaire.

[10] Au mois de juillet 1994, des représentants du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) ont procédé à une entrevue de M. Carrasco. Le rapport du SCRS a été soumis le 27 mars 1996; selon les documents que l'avocat de M. Carrasco a obtenus en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, le rapport [TRADUCTION] «n'ajoutait rien d'essentiel aux éléments existants». Au mois de février 1998, un agent d'immigration a eu une entrevue avec M. Carrasco au bureau de Kitchener de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC).

[11] Cinq ans après avoir soumis leur demande fondée sur le paragraphe 114(2) de la Loi, les demandeurs ont soumis à la Cour une demande en vue d'obtenir un *mandamus* à l'égard de la demande invoquant des raisons d'ordre humanitaire qui était en instance ainsi qu'une ordonnance enjoignant au ministre de traiter leur demande en vertu de l'article 38 de la Loi. Avant que la Cour rende sa décision, le 20 octobre 1999, une décision a été prise au sujet de la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire et une agente principale a conclu que M. Carrasco pouvait faire l'objet d'un rapport comme individu appartenant à la catégorie non admissible visée à l'alinéa 19(1)(j) de la Loi. Un rapport a également été établi en vertu de l'alinéa 27(2)(a) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16] de la Loi. Le même jour, on a envoyé à M. Carrasco une lettre l'informant que, même si, en 1993, le ministre avait décidé de le dispenser de l'application du paragraphe 9(1) [mod., *idem*, art. 4] de la Loi, il ne l'avait pas dispensé des autres exigences prévues par la Loi, et qu'il avait été conclu qu'il ne satisfaisait pas aux exigences de la Loi parce qu'il appartenait à la catégorie visée à l'alinéa 19(1)(j) de la Loi.

[12] In reaching this conclusion, the immigration officer noted what were described as serious discrepancies between statements made by Mr. Carrasco in his personal information form (PIF) filed before the Refugee Division and those made to CSIS. The officer's reasons for finding Mr. Carrasco to be a member of the inadmissible class of persons were as follows:

The evidence in this case shows that Mr. Carrasco Varela joined the army and then the Sandinista Front of National Liberation (FSLN) of his own free will and remained a member from 1983-1989. It appears that subject was an effective guard at the prison as he was selected by his superiors for assignments as he also proved to be a trustworthy soldier. By his own testimony he was aware of the very large number of interrogations that were being conducted at the prison and of the torture, disappearance and the withholding of the necessities of life to the prisoners. Subject could not be classed simply as an onlooker of the events at the prison as the objectives of the prison guards was to extract information from the prisoners.

Mr. Carrasco Varela has admitted to being present when the capture of four persons who had kidnapped a soviet [*sic*] military attaché took place, and that although he carried weapons, he did not participate in the actual capture. Again subject was chosen along with four others to execute these prisoners as they were told to run while shots were fired at them. They were all killed. Subject denies that he every [*sic*] fired his weapon. It is difficult to believe that Mr. Carrasco Varela was present at these events and then accept his statement that he is innocent of taking part in the execution of these prisoners.

The human rights record from 1986-1989 on Nicaragua provided by Amnesty International details the events and the mistreatment of prisoners in prisons in Nicaragua, and provides testimony from people who were held prisoners at "El Chipote". This report has assisted in the research of this case.

## THE ISSUES

[13] On this application, Mr. Carrasco raises the following issues:

1. Was Mr. Carrasco entitled to an oral interview with the senior immigration officer because he had requested one if his credibility was to be an issue?

[12] En tirant cette conclusion, l'agente d'immigration a noté ce qu'elle a appelé des incohérences sérieuses entre les déclarations que M. Carrasco avait faites dans le Formulaire de renseignements personnels (le FRP) qui avait été déposé devant la section du statut et celles qu'il avait faites au SCRS. Les motifs pour lesquels l'agente a conclu que M. Carrasco appartenait à une catégorie non admissible étaient libellés comme suit:

[TRADUCTION] La preuve, en l'espèce, montre que M. Carrasco Varela est entré dans l'armée, puis a adhéré au Front national de libération sandiniste (le FNLS) de son plein gré; il en a été membre de 1983 à 1989. Il semble que l'intéressé ait été un gardien de prison vigilant puisque ses supérieurs l'ont choisi pour certaines affectations étant donné qu'il avait fait la preuve qu'il était également un soldat fiable. M. Carrasco a lui-même témoigné avoir eu connaissance d'un nombre fort élevé d'interrogatoires, à la prison, ainsi que d'actes de torture, de la disparition de prisonniers et du fait que l'on privait les prisonniers des nécessités de la vie. On ne pouvait considérer l'intéressé comme ayant simplement été témoin des événements qui se produisaient à la prison puisque les gardes devaient arracher des renseignements aux prisonniers.

M. Carrasco Varela a admis avoir été présent lors de la capture de quatre personnes qui avaient enlevé un attaché militaire soviétique et que, même s'il portait des armes, il n'avait pas participé à la capture elle-même. Encore une fois, on a choisi l'intéressé ainsi que quatre autres individus en vue de mettre ces prisonniers à mort; on a demandé aux prisonniers de courir et de servir ainsi de cible. Les prisonniers ont tous été tués. L'intéressé nie avoir utilisé son arme. Il est difficile de croire que M. Carrasco Varela ait assisté à ces événements et d'accepter ensuite la déclaration qu'il a faite, à savoir qu'il n'avait pas participé à l'exécution de ces prisonniers.

Le dossier sur les droits de la personne au Nicaragua pour les années 1986 à 1989 qu'Amnistie internationale a préparé donne des détails sur les événements et sur les mauvais traitements infligés aux prisonniers dans les prisons au Nicaragua, et relate le témoignage de gens qui ont été emprisonnés à la prison «Le Chipote». Ce rapport a été utile aux fins des recherches qui ont été effectuées dans la présente affaire.

## LES POINTS LITIGIEUX

[13] Dans le cadre de la présente demande, M. Carrasco soulève les points litigieux ci-après énoncés:

1. M. Carrasco avait-il droit à une entrevue auprès de l'agente principale du fait qu'il en avait demandé une, si sa crédibilité devait être en cause?

- |   |   |
|---|---|
| <p>2. Was the Minister estopped from relying upon the finding of the Refugee Division?</p>  | <p>2. Était-il interdit au ministre, pour des raisons d'irrecevabilité, de se fonder sur la conclusion tirée par la section du statut?</p>  |
| <p>3. Did the senior immigration officer err in rejecting Mr. Carrasco's credibility and then using that rejection to prove conduct on the part of Mr. Carrasco?</p>  | <p>3. L'agente principale a-t-elle commis une erreur en remettant en question la crédibilité de M. Carrasco et en se fondant ensuite sur sa conclusion pour établir la conduite de celui-ci?</p>  |
| <p>4. Did the senior immigration officer err in failing to consider the defences raised by Mr. Carrasco to the allegation that he was inadmissible?</p>   | <p>4. L'agente principale a-t-elle commis une erreur en omettant de tenir compte des moyens de défense invoqués par M. Carrasco à l'encontre de l'allégation selon laquelle il n'était pas admissible?</p>  |
| <p>5. Did the senior immigration officer rely on extrinsic evidence to reach her finding of credibility?, and</p>   | <p>5. L'agente principale s'est-elle fondée sur une preuve extrinsèque pour tirer la conclusion relative à la crédibilité?</p>  |
| <p>6. Do the applicants have the right to be landed or processed under section 38 of the Act, or does the respondent have to at least consider a recommendation to the Governor in Council under section 38 of the Act?</p> | <p>6. Les demandeurs peuvent-ils obtenir le droit d'établissement ou peuvent-ils faire traiter leur demande en vertu de l'article 38 de la Loi, ou le défendeur doit-il du moins tenir compte d'une recommandation au gouverneur en conseil en vertu de l'article 38 de la Loi?</p> |

#### ANALYSIS

##### (1) Was Mr. Carrasco entitled to an oral interview?

[14] Mr. Carrasco was interviewed by CSIS officials in July of 1994 and by an immigration officer in February of 1998. Notwithstanding his request, Mr. Carrasco was not interviewed by the senior immigration officer who rendered the decision at issue in this proceeding. Mr. Carrasco submitted that if there was a credibility concern, fairness required that he be given an interview so that his credibility could be properly assessed. Reliance was placed upon remarks of McKeown J. in *Tehrankari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 1420, (T.D.) (QL) where, in setting aside a Minister's danger opinion Justice McKeown observed that [at paragraph 6] "[i]f the Minister and his officials doubt any part of the applicant's evidence, they must provide the applicant with an oral hearing", and upon *dicta* of Heald J. in *Kaberuka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 F.C. 252 (T.D.) who, when considering a conclusion of a senior immigration officer, noted that where credibility is assessed,

#### ANALYSE

##### 1) M. Carrasco avait-il droit à une entrevue?

[14] M. Carrasco a été interrogé par des représentants du SCRS au mois de juillet 1994 et par un agent d'immigration au mois de février 1998. Même s'il l'avait demandé, M. Carrasco n'a pas eu d'entrevue avec l'agente principale qui a pris la décision ici en cause. M. Carrasco a soutenu que si la question de la crédibilité se posait, l'équité exigeait qu'on lui accorde une entrevue de façon que sa crédibilité puisse être appréciée d'une façon adéquate. Il s'est fondé sur les observations que le juge McKeown avait faites dans la décision *Tehrankari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1420 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), où, en annulant l'avis de danger du ministre, le juge McKeown avait fait remarquer qu'[au paragraphe 6] «[s]i le ministre et ses fonctionnaires entretiennent des doutes sur un élément de la preuve du demandeur, ils doivent tenir une audience pour l'entendre de vive voix», ainsi que sur les remarques incidentes que le juge Heald avait faites dans la décision *Kaberuka c. Canada (Ministre de*

normally an oral hearing and a fuller opportunity to know the case to be met is required.

[15] In *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, the Supreme Court of Canada observed, at paragraph 33, that an oral hearing is not always required “to ensure a fair hearing and consideration of the issues involved”. What is required is meaningful participation in the decision-making process.

[16] I am satisfied from Mr. Carrasco’s counsel’s written submission to the immigration officer that Mr. Carrasco and his counsel knew the issue to be addressed and the allegation against Mr. Carrasco. In that sense Mr. Carrasco had the opportunity to have meaningful participation in the decision-making process. Further, the immigration officer’s decision appears to have been made in largest part on the basis of admissions made by Mr. Carrasco as to his involvement in certain events and inferences drawn from those admissions.

[17] In those circumstances, I am unable to conclude that Mr. Carrasco was denied a fair hearing because he was not interviewed by the decision-maker.

(2) Was the Minister estopped from relying upon the finding of the Refugee Division?

[18] Mr. Carrasco argued that the Minister’s permit was originally issued to him on the basis of the Minister’s acceptance of the humanitarian and compassionate considerations surrounding his case. Having accepted those submissions, the Minister was said to be estopped from now refusing to process Mr. Carrasco’s application on humanitarian and compassionate grounds.

[19] I do not find this submission to be persuasive. No reasons were given for the issuance of the

*l’Emploi et de l’Immigration*), [1995] 3 C.F. 252 (1<sup>re</sup> inst.), lequel en examinant une conclusion tirée par un agent principal, avait dit que lorsque la crédibilité est appréciée, une audience et une occasion plus complète de prendre connaissance des allégations à réfuter sont normalement requises.

[15] Dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, la Cour suprême du Canada a fait observer, au paragraphe 33, qu’une audience n’est pas toujours nécessaire «pour garantir l’audition et l’examen équitables des questions en jeu». Ce qui est nécessaire, c’est une participation valable au processus décisionnel.

[16] Compte tenu des observations écrites que l’avocat de M. Carrasco a soumises à l’agente d’immigration, je suis convaincue que M. Carrasco et son avocat étaient au courant de la question à examiner et de l’allégation qui avait été faite contre M. Carrasco. En ce sens, M. Carrasco avait la possibilité de participer d’une façon valable au processus décisionnel. En outre, la décision de l’agente d’immigration semble être en majeure partie fondée sur les aveux que M. Carrasco a faits au sujet de sa participation à certains événements et sur les inférences que l’agente a faites à partir de ces aveux.

[17] Dans ces conditions, je ne puis conclure que M. Carrasco n’a pas bénéficié d’une audience équitable du fait que le décideur ne l’a pas interrogé.

2) Était-il interdit au ministre, pour des raisons d’irrecevabilité, de se fonder sur la conclusion tirée par la section du statut?

[18] M. Carrasco a soutenu que le permis du ministre lui avait initialement été délivré parce que le ministre reconnaissait les considérations d’ordre humanitaire applicables à son cas. Ayant reconnu ces considérations, le ministre ne pourrait plus maintenant refuser de traiter la demande fondée sur des raisons d’ordre humanitaire présentée par M. Carrasco.

[19] À mon avis, cet argument n’est pas convaincant. Aucun motif n’a été fourni à l’appui de la

Minister's permits. It would seem that the permits could have been issued for any of a number of reasons. I am not prepared to speculate on the reasons for their issuance for the purpose of finding a representation sufficient to ground a plea of estoppel.

[20] Further, an application under subsection 114(2) of the Act for processing on humanitarian and compassionate grounds engages a two-step process. First, there is an assessment of whether an applicant should be exempted from the requirement of obtaining an immigrant visa outside of Canada. If a positive decision is made, there is then an assessment conducted of whether an applicant is admissible or otherwise meets the requirements for admission.

[21] Here a positive humanitarian and compassionate decision was made at the first step of the analysis. I find nothing to indicate that Mr. Carrasco was to be exempted from the second step. His assertion to that effect is in fact contradicted by the terms on which the first Minister's permit was issued. Those terms were as follows:

To this end, once the removal order has been effected via the USA, the Minister has authorized the issuance of Minister's Permits for their re-entry into Canada. Once in the country, subjects are to be landed after they have complied successfully with all statutory requirements.

(3) Did the immigration officer err in rejecting Mr. Carrasco's credibility and then relying upon that rejection to prove conduct on Mr. Carrasco's part?

[22] Mr. Carrasco took issue with the following statements by the senior immigration officer: "Subject denies that he every [*sic*] fired his weapon. It is difficult to believe that Mr. Carrasco Varela was present at these events and then accept his statement that he is innocent of taking part in the execution of these prisoners."

[23] Mr. Carrasco submitted that the officer found that because Mr. Carrasco's denial was not true the

délivrance des permis du ministre. Il semble que les permis auraient pu être délivrés pour l'une ou l'autre de nombreuses raisons. Je ne suis pas prête à faire des conjectures au sujet des raisons de leur délivrance, conjectures qui permettraient de conclure à l'existence de représentations suffisantes justifiant un moyen de défense fondé sur l'irrecevabilité.

[20] En outre, une demande de traitement fondée sur des raisons d'ordre humanitaire présentée en vertu du paragraphe 114(2) de la Loi donne lieu à une procédure à deux étapes. Il faut tout d'abord déterminer si le demandeur doit être dispensé de l'exigence voulant qu'il obtienne un visa d'immigrant en dehors du Canada. Dans l'affirmative, il faut déterminer si le demandeur est admissible ou s'il satisfait par ailleurs aux conditions d'admission.

[21] En l'espèce, une décision favorable fondée sur des raisons d'ordre humanitaire a été prise à la première étape de l'analyse. Je ne puis rien trouver qui indique que M. Carrasco devait être dispensé de se soumettre à la seconde étape. Les conditions de délivrance du premier permis du ministre contredisent en fait l'assertion que M. Carrasco a faite en ce sens. Il s'agit des conditions suivantes:

[TRADUCTION] À cette fin, une fois que la mesure de renvoi aux États-Unis a été prise, le ministre a autorisé la délivrance des permis en vue de leur nouvelle admission au Canada. Une fois qu'ils sont au pays, les intéressés doivent obtenir le droit d'établissement après avoir satisfait à toutes les exigences légales.

3) L'agente d'immigration a-t-elle commis une erreur en remettant en question la crédibilité de M. Carrasco et en se fondant ensuite sur sa conclusion pour établir la conduite de celui-ci?

[22] M. Carrasco a contesté les déclarations suivantes de l'agente principale: [TRADUCTION] «L'intéressé nie avoir utilisé son arme. Il est difficile de croire que M. Carrasco Varela ait assisté à ces événements et d'accepter ensuite la déclaration qu'il a faite, à savoir qu'il n'avait pas participé à l'exécution de ces prisonniers.»

[23] M. Carrasco a soutenu que l'agente avait conclu que puisqu'il avait fait une fausse déclaration, le

opposite was thereby established, that is, that Mr. Carrasco fired his weapon.

[24] I find no merit in this submission. In my view, the immigration officer merely noted that Mr. Carrasco had not satisfied her that he was an innocent bystander at the execution of four prisoners.

(4) Did the immigration officer err in failing to consider the defences raised by Mr. Carrasco to the allegation that he was inadmissible?

[25] At the material time, paragraph 19(1)(j) of the Act provided:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(j) persons who there are reasonable grounds to believe have committed an act or omission outside Canada that constituted a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the *Criminal Code* and that, if it had been committed in Canada, would have constituted an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission. [Underlining added.]

[26] The statute expressly recognizes that to fall within paragraph 19(1)(j) of the Act, the crime, if it had been committed in Canada, must have at that time constituted an offence against the laws of Canada. It follows that an individual may rely upon defences provided in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 to establish that conduct would not have constituted an offence in Canada.

[27] In *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, the Supreme Court of Canada recognized that the defences of obedience to superior orders and compulsion were, as a matter of law, available to members of the military or police forces in prosecutions for war crimes and crimes against humanity.

[28] In the present case, in addition to stating that he refused to participate in the execution of prisoners (and that he was hit, threatened with a gun, arrested,

contraire de ce qu'il avait dit était établi, c'est-à-dire qu'il avait utilisé son arme.

[24] À mon avis, cet argument n'est pas fondé. J'estime que l'agente d'immigration a simplement fait remarquer que M. Carrasco n'avait pas réussi à la convaincre qu'il avait simplement été témoin de l'exécution de quatre prisonniers.

4) L'agente d'immigration a-t-elle commis une erreur en omettant de tenir compte des moyens de défense invoqués par M. Carrasco à l'encontre de l'allégation selon laquelle il n'était pas admissible?

[25] Pendant la période en cause, l'alinéa 19(1)(j) de la Loi prévoyait ce qui suit:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[. . .]

j) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles ont commis, à l'étranger, un fait constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel* et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration. [Non souligné dans l'original.]

[26] La loi reconnaît expressément que, pour que l'alinéa 19(1)(j) de la Loi s'applique, le crime, s'il avait été commis au Canada, devait à ce moment-là constituer une infraction au droit canadien. Par conséquent, un individu peut se fonder sur les moyens de défense prévus dans le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, pour établir que la conduite reprochée n'aurait pas constitué une infraction au Canada.

[27] Dans l'arrêt *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, la Cour suprême du Canada a reconnu que les moyens de défense fondés sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et sur la contrainte pouvaient en droit être invoqués par les membres des forces armées ou policières dans les poursuites pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité.

[28] En l'espèce, en plus de dire qu'il avait refusé de participer à l'exécution de prisonniers (et qu'on l'avait battu, menacé à la pointe d'un fusil, arrêté, interrogé

interrogated and detained as a result of that refusal), Mr. Carrasco relied upon the defences of obedience to superior orders not manifestly unlawful, and of compulsion.

[29] There is no indication that those defences were given any consideration by the immigration officer. It was submitted on the respondent's behalf that the immigration officer was not obliged to summarize all of the arguments placed before her by Mr. Carrasco, that it is reasonable to conclude that the submissions were considered and that what is important is that the officer recorded the evidence which she relied upon.

[30] In *Baker, supra*, the Supreme Court of Canada found that due to the profound importance to an individual of a decision made pursuant to subsection 114(2) of the Act, reasons are required. In the present case, the requirement to give reasons was met by the provision of the senior immigration officer's notes.

[31] One of the purposes of the requirement that reasons be provided by decision-makers is to allow the parties to satisfy themselves that applicable issues have been properly considered. This has great importance in an application for judicial review of a discretionary decision because while those decisions are generally given significant deference, discretion is to be exercised in accordance with the principles of administrative law, including the requirement that the decision-maker have regard to relevant factors.

[32] In the present case, not only do the notes of the senior immigration officer not make any reference to the defences raised by Mr. Carrasco, but they do not refer to the facts asserted by Mr. Carrasco which were relevant to those defences.

[33] In the absence of any reference to either the legal or factual basis of Mr. Carrasco's defences, I conclude that the senior immigration officer's reasons do not stand up to a somewhat probing examination. The absence of reference either to the defences or to their factual underpinning leads me to conclude that

et détenu par suite de ce refus), M. Carrasco a invoqué comme moyen de défense la contrainte et le fait qu'il avait obéi à des ordres qui n'étaient pas manifestement illégaux donnés par des supérieurs.

[29] Rien ne montre que l'agente d'immigration ait tenu compte de ces moyens de défense. Il a été soutenu pour le compte du défendeur que l'agente d'immigration n'était pas obligée de résumer tous les arguments que M. Carrasco avait invoqués devant elle, qu'il est raisonnable de conclure qu'il a été tenu compte des arguments en question et que ce qui importe, c'est que l'agente ait indiqué dans le dossier sur quelle preuve elle s'était appuyée.

[30] Dans l'arrêt *Baker*, précité, la Cour suprême du Canada a conclu qu'étant donné l'énorme importance qu'a pour un individu une décision fondée sur le paragraphe 114(2) de la Loi, il faut fournir des motifs. En l'espèce, cette obligation a été respectée puisque l'agente principale a fourni des notes.

[31] L'obligation pour le décideur de fournir des motifs vise notamment à permettre aux parties de s'assurer que les questions pertinentes ont été examinées d'une façon appropriée. Cela a énormément d'importance dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire se rapportant à une décision discrétionnaire parce que, même si en général l'on fait preuve de beaucoup de retenue à l'égard de ces décisions, le pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément aux principes applicables en droit administratif, et notamment à l'exigence voulant que le décideur tienne compte des facteurs pertinents.

[32] En l'espèce, non seulement il n'est pas fait mention, dans les notes de l'agente principale, des moyens de défense invoqués par M. Carrasco, mais il n'est pas fait mention non plus des faits énoncés par M. Carrasco à l'égard de ces moyens de défense.

[33] En l'absence de toute mention du fondement juridique ou factuel des moyens de défense invoqués par M. Carrasco, je conclus que les motifs énoncés par l'agente principale ne résistent pas à un examen quelque peu approfondi. Le fait qu'il n'est fait mention ni des moyens de défense ni de leurs fondements



the decision was made without regard to relevant considerations. Hence the decision was unreasonable and it should be set aside.

[34] Because the matter will be remitted to a different immigration officer, I think it prudent to comment on the two remaining procedural issues raised by Mr. Carrasco without commenting on the merits of his position.

(5) Was there reliance upon extrinsic evidence?

[35] The senior immigration officer referred to discrepancies between statements made by Mr. Carrasco in his PIF and those made to CSIS, as contained in a CSIS report. Mr. Carrasco had unsuccessfully sought production of the CSIS material. It was submitted that it was a reviewable error to assess Mr. Carrasco's credibility against material never disclosed to him.

[36] In response, it was argued on the Minister's behalf that the notes from the Kitchener interview showed that discrepancies were put to Mr. Carrasco and that he was given the opportunity to reply to the concerns. This was said to comply with the requirements of fairness.

[37] The duty of fairness is contextual, but as noted in *Baker, supra*, it requires the ability to meaningfully participate in the decision-making process. This is particularly true where the decision has a profound effect upon an individual. If Mr. Carrasco's credibility is to be at issue, and if it is to be assessed at least in part upon the basis of answers given on prior occasions (answers which are said to be discrepant), it seems to me that meaningful participation requires that the content of those prior answers be provided to Mr. Carrasco. Otherwise, how is he to argue in any meaningful way whether the answers are discrepant or whether an explanation exists for any discrepancies? Provision of the totality of his earlier remarks might well also enable affirmative arguments to be advanced,

factuels m'amène à conclure que la décision a été prise sans qu'il soit tenu compte des considérations pertinentes. La décision était donc déraisonnable et elle doit être annulée.

[34] Étant donné que l'affaire sera renvoyée à un autre agent d'immigration, je crois qu'il est prudent de faire des remarques au sujet des deux autres questions de procédure soulevées par M. Carrasco sans toutefois faire de commentaires au sujet du bien-fondé de la position que celui-ci a prise.

5) L'agente s'est-elle fondée sur une preuve extrinsèque?

[35] L'agente principale a mentionné les incohérences qui existaient entre les déclarations que M. Carrasco avait faites dans son FRP et celles qu'il avait faites au SCRS et qui sont consignées dans le rapport du SCRS. M. Carrasco a demandé en vain qu'on produise les documents du SCRS. M. Carrasco a soutenu que le fait d'apprécier sa crédibilité à l'aide de documents qui ne lui ont jamais été communiqués constitue une erreur susceptible de révision.

[36] En réponse, le ministre a soutenu que les notes prises lors de l'entrevue, à Kitchener, montraient que les incohérences avaient été portées à l'attention de M. Carrasco et que celui-ci avait eu la possibilité de répondre aux questions qui se posaient. On a affirmé que cela satisfaisait à l'obligation d'équité.

[37] L'obligation d'équité dépend du contexte, mais comme il a été noté dans l'arrêt *Baker*, précité, il faut que la personne concernée puisse participer d'une façon valable au processus décisionnel. Cela est particulièrement vrai lorsque la décision a des conséquences sérieuses pour l'individu. Si la crédibilité de M. Carrasco doit être remise en question et si elle doit être appréciée du moins en partie compte tenu des réponses antérieurement données (réponses qui, dit-on, sont incohérentes), il me semble que, pour qu'il y ait participation valable, il faut porter le contenu de ces réponses antérieures à la connaissance de M. Carrasco. Autrement, comment M. Carrasco peut-il vraiment répondre à la question de savoir si les réponses sont incohérentes ou donner des explications à cet égard?

for example an argument as to how consistent his remarks have been over time if that is in question. Mr. Carrasco was the source of the prior statements, therefore it seems that no issue of confidentiality could arise. There would seem to be no good reason why Mr. Carrasco should not be advised at least as to the contents of his prior statements so as to provide him with the ability to participate meaningfully in the decision-making process.

(6) Do the applicants have the right to be landed or processed under section 38 of the Act, or does the Minister have a duty to at least consider a recommendation under section 38 of the Act?

[38] In this proceeding the parties disputed the applicants' entitlement to a decision under section 38 of the Act. The Minister noted that in this application the relief sought was for an order that the decision of the senior immigration officer with respect to landing be set aside. The Minister therefore submitted that the applicants have not requested an exercise of discretion under section 38 of the Act.

[39] The respondent correctly described the relief sought in this proceeding and, as set out above, an order will issue setting aside the decision of the senior immigration officer. However, as this issue was fully argued before me, the parties are, I believe, entitled to my view of the applicants' entitlement to processing under section 38 of the Act. This determination requires a review of the history of the parties' dealings.

[40] The applicants have been in possession, since 1993, of Minister's permits bearing the code "Case Type: 86". It is common ground, with reference to the relevant immigration manual, that this code indicates that the applicants' case has been approved for processing within Canada.

En informant M. Carrasco de toutes les remarques qu'il a faites antérieurement, on pourrait bien également créer la possibilité que des arguments favorables soient avancés par exemple, le cas échéant, l'argument portant sur la question de savoir jusqu'à quel point les remarques qu'il a faites à divers moments sont compatibles les unes avec les autres. M. Carrasco était l'auteur des déclarations antérieures, de sorte qu'aucune question de confidentialité ne semble pouvoir se poser. Il ne semble y avoir aucune bonne raison de ne pas informer M. Carrasco au moins du contenu de ses déclarations antérieures de façon à lui permettre de participer d'une façon valable au processus décisionnel.

6) Les demandeurs peuvent-ils obtenir le droit d'établissement ou faire traiter leur demande en vertu de l'article 38 de la Loi, ou le ministre doit-il du moins tenir compte d'une recommandation en vertu de l'article 38 de la Loi?

[38] Dans la présente instance, les parties se sont affrontées sur le droit des demandeurs d'obtenir une décision en vertu de l'article 38 de la Loi. Le ministre a fait remarquer qu'en l'espèce, les demandeurs sollicitent une ordonnance annulant la décision que l'agente principale a prise au sujet du droit d'établissement. Le ministre a donc soutenu que les demandeurs n'ont pas demandé que le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 38 de la Loi soit exercé.

[39] Le défendeur a correctement décrit la réparation sollicitée dans la présente instance et, comme il en a ci-dessus été fait mention, une ordonnance annulant la décision de l'agente principale sera rendue. Toutefois, étant donné que cette question a été pleinement débattue devant moi, les parties ont selon moi le droit de connaître mon avis en ce qui concerne le droit que les demandeurs ont de faire traiter leur demande en vertu de l'article 38 de la Loi. Cette prise de position nécessite un examen historique de l'affaire.

[40] Depuis 1993, les demandeurs sont en possession de permis du ministre délivrés sous le code «Type de cas: 86». En considération du Guide de l'immigration pertinent, il est reconnu que ce code indique que le cas des demandeurs a été approuvé aux fins du traitement à l'intérieur du Canada.

[41] In 1993, the applicants applied for landing under subsection 114(2) of the Act, paying, Mr. Carrasco said, the required fee. Over five years elapsed without any determination being made on the section 114 application and so the applicants brought an application before this Court for *mandamus*. In that proceeding, a declaration apparently was sought as to the applicants' rights under section 38 of the Act. The issue was certainly raised in the applicants' record.

[42] The decision at issue in the present proceeding was made before the application for *mandamus* was heard by the Court, and so the application for *mandamus* was dismissed on consent, the request for *mandamus* being moot. The respondent now says that no request for an exercise of discretion under section 38 of the Act has been made, and that in any event, section 38 of the Act does not provide an absolute right to landing.

[43] Subsection 38(1) of the Act provides as follows:

38. (1) Notwithstanding any other provision of this Act or the regulations, but subject to subsection (2), the Governor in Council may authorize the landing of any person who at the time of landing has resided continuously in Canada for at least five years under the authority of a written permit issued by the Minister under this Act.

[44] Subsection 38(2) of the Act is not relevant to this proceeding.

[45] It can be seen that a Minister's permit allows persons inadmissible under section 19 of the Act, or who may be reported under subsection 27(2) of the Act, to come into or remain in Canada. CIC's Inland Processing Manual states that immigration policy allows for Minister's permits to be issued where:

(a) there are compelling grounds to allow the person to enter and, or, remain in Canada, keeping in mind the objectives of the Act;

[41] En 1993, les demandeurs ont sollicité le droit d'établissement en vertu du paragraphe 114(2) de la Loi et ont payé, selon les dires de M. Carrasco, le prix exigé. Plus de cinq années se sont écoulées sans qu'une décision ait été prise au sujet de la demande fondée sur l'article 114 de sorte que les demandeurs ont présenté devant la Cour fédérale une demande visant à l'obtention d'un *mandamus*. Dans cette instance-là, les demandeurs ont apparemment demandé qu'un jugement déclaratoire soit rendu au sujet des droits qu'ils ont en vertu de l'article 38 de la Loi. La question a certes été soulevée dans le dossier des demandeurs.

[42] La décision ici en cause a été rendue avant l'audition de la demande de *mandamus*, de sorte que cette dernière demande a été rejetée sur consentement puisqu'elle n'avait plus aucun intérêt pratique. Le défendeur affirme maintenant qu'aucune demande n'a été faite en vue de l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 38 de la Loi et que, de toute façon, l'article 38 de la Loi ne confère pas un droit absolu en ce qui concerne l'établissement.

[43] Le paragraphe 38(1) de la Loi prévoit ce qui suit:

38. (1) Par dérogation aux autres dispositions de la présente loi et à ses règlements mais sous réserve du paragraphe (2), le gouverneur en conseil peut accorder le droit d'établissement à toute personne ayant, au moment où ce droit est accordé, résidé sans interruption au Canada pendant au moins cinq ans au titre d'un permis délivré par le ministre sous le régime de la présente loi.

[44] Le paragraphe 38(2) de la Loi n'est pas pertinent quant aux fins qui nous occupent.

[45] Comme on peut le voir, le permis du ministre autorise les personnes qui sont non admissibles en vertu de l'article 19 de la Loi ou qui peuvent faire l'objet d'un rapport en vertu du paragraphe 27(2) de la Loi à entrer ou à rester au Canada. Le Guide sur le traitement des demandes au Canada du CIC dit que la politique d'immigration autorise la délivrance de permis du ministre dans les cas suivants:

(a) lorsqu'existent, eu égard aux objectifs de la Loi, des raisons très importantes qui justifient d'autoriser la personne à entrer ou rester au Canada;

(b) the need for the person to come into or remain in Canada outweighs the risk of their presence in Canada; and

(c) discretionary entry or reinstatement of visitor status are not appropriate alternatives.

[46] To determine whether the applicants are entitled to be processed under section 38 of the Act, there are two issues to consider: first, has a right to apply for consideration under section 38 of the Act accrued to the applicants?; and second, have the applicants sought to exercise that right so that a duty arose at law for the respondent to consider the applicants for landing under section 38 of the Act?

[47] The applicants have been in Canada continuously for at least five years on Minister's permits. I find, therefore, that a right accrued to them to apply for consideration under section 38 of the Act.

[48] As to whether the applicants have sought to exercise that right, I agree with the respondent that the general rule is that there must be a prior request for the exercise of a discretion (see: *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.); and *Lam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 316 (F.C.T.D.)).

[49] In order to consider whether the applicants have made a proper prior request for the exercise of discretion under section 38 of the Act, the scheme of the Act and the Regulations must be reviewed.

[50] In addition to subsection 38(1) of the Act, other relevant provisions, in my view, are found in subsection 114(2) and section 115 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 30] of the Act, section 2.1 of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172 [as enacted by SOR/93-44, s. 12] (Regulations), section 2 of the *Immigration Act Fees Regulations, SOR/97-22* (Fees Regulations) and item 18 of the Schedule to the

(b) la nécessité pour la personne concernée de venir ou de rester au Canada est plus importante que le risque associé à la présence de cette personne au Canada;

(c) l'admission en application du pouvoir discrétionnaire ou la réintégration dans le statut de visiteur ne constituent pas des options qui conviendraient mieux.

[46] Pour déterminer si les demandeurs peuvent faire traiter leur demande en vertu de l'article 38 de la Loi, il faut examiner deux questions, à savoir si les demandeurs ont acquis le droit de solliciter un examen en vertu de l'article 38 de la Loi et si les demandeurs ont cherché à exercer ce droit de sorte que le défendeur avait juridiquement l'obligation d'examiner la demande de droit d'établissement en vertu de l'article 38 de la Loi.

[47] Les demandeurs résident sans interruption au Canada depuis au moins cinq ans au titre de permis délivrés par le ministre. Je conclus donc qu'ils ont acquis le droit de solliciter un examen en vertu de l'article 38 de la Loi.

[48] Quant à la question de savoir si les demandeurs ont cherché à exercer ce droit, je suis d'accord avec le défendeur pour dire qu'en règle générale, une demande concernant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit être faite (voir *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.); et *Lam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 316 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)).

[49] Pour déterminer si les demandeurs ont demandé d'une façon appropriée que le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 38 de la Loi soit exercé, il faut examiner l'économie de la Loi et du Règlement.

[50] En plus du paragraphe 38(1) de la Loi, d'autres dispositions qui sont à mon avis pertinentes figurent au paragraphe 114(2) et à l'article 115 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 30] de la Loi, à l'article 2.1 du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172 [édicte par DORS/93-44, art. 12] (le Règlement), à l'article 2 du *Règlement sur les prix à payer—Loi sur l'immigration*, DORS/97-22 (le Règle-

## Fees Regulations.

[51] Subsection 38(1) of the Act confers on the Governor in Council broad discretion, notwithstanding any other provision of the Act or the Regulations, to authorize the landing of a person. “Landing” is defined in subsection 2(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 1] of the Act to mean “lawful permission to establish permanent residence in Canada”.

[52] Subsection 114(2) of the Act authorizes the Governor in Council, by regulation, to authorize the Minister to exempt any person from any regulation made under the Act, or otherwise facilitate the admission of a person, where satisfied that admission should be facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations. This is a more restricted discretion than that granted by section 38 of the Act. It is more restricted because the decision-maker is bound by the Act and must be satisfied as to the existence of compassionate or humanitarian grounds. “Admission” as used in subsection 114(2) of the Act is defined in subsection 2(1) of the Act to mean “entry or landing”.

[53] By section 2.1 of the Regulations, the Minister is authorized to exercise the discretion granted under subsection 114(2) of the Act to the Governor in Council.

[54] Section 115 of the Act in paragraph (a) empowers the Minister to, by order, establish forms as the Minister deems necessary for the purposes of the administration of the Act. No forms have been provided for the purpose of requesting the exercise of discretion under section 38 of the Act.

[55] Section 2 of the Fees Regulations states that in addition to any other requirement of the Act or the Regulations, an application is not a duly completed application until the prescribed fees in relation to it are paid. Item 18 to the Schedule to the Fees Regulations deals with the processing fee for a request to the Governor in Council pursuant to subsection 38(1) of the Act. It expressly provides that the fee is payable

ment sur les prix), et à l'article 18 de l'annexe du Règlement sur les prix.

[51] Le paragraphe 38(1) de la Loi confère au gouverneur en conseil un large pouvoir discrétionnaire, par dérogation aux autres dispositions de la Loi et à ses règlements, lorsqu'il s'agit d'accorder le droit d'établissement à une personne. L'expression «droit d'établissement» est définie au paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 1] de la Loi: «Autorisation d'établir sa résidence permanente au Canada.»

[52] Le paragraphe 114(2) de la Loi permet au gouverneur en conseil, par règlement, d'autoriser le ministre à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes de la Loi ou à faciliter l'admission de toute autre manière. Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire plus restreint que celui qui est prévu à l'article 38 de la Loi. Ce pouvoir est plus restreint parce que le décideur est lié par la Loi et doit être convaincu de l'existence de raisons d'ordre humanitaire. Le mot «admission», employé au paragraphe 114(2) de la Loi, est défini au paragraphe 2(1) de la Loi: «Autorisation de séjour ou droit d'établissement.»

[53] L'article 2.1 du Règlement autorise le ministre à exercer le pouvoir discrétionnaire conféré au gouverneur en conseil aux termes du paragraphe 114(2) de la Loi.

[54] L'alinéa 115a) de la Loi permet au ministre d'établir, par arrêté, les formulaires qu'il juge nécessaires pour l'application de la Loi. Or, aucun formulaire n'a été prévu en ce qui concerne la demande d'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à l'article 38.

[55] L'article 2 du Règlement sur les prix prévoit qu'outre toute autre exigence de la Loi ou de ses règlements, une demande n'est pas dûment complétée tant que le prix applicable n'est pas acquitté. L'article 18 de l'annexe du Règlement sur les prix traite du prix qui s'applique au traitement d'une recommandation faite au gouverneur en conseil en vertu du paragraphe 38(1) de la Loi. Il prévoit expressément que le

“[a]t the time the person is notified that an immigration officer has decided to process the recommendation”.

[56] From these provisions I take that:

(i) An application under subsection 38(1) of the Act is in substance an application for landing;

(ii) An application under subsection 114(2) of the Act is an application for admission which is capable of meaning an application for landing; and

(iii) It is an immigration officer who decides whether to process a recommendation under subsection 38(1) of the Act.

[57] This latter conclusion is consistent with the guidance provided by Chapter 12 of the Inland Processing Manual, where it is stated at paragraph 8.2.1:

A38(1) landing

...

Landing by operation of A38(1) is not automatic. Immigration officers review cases at the end of the five-year period. Their review focuses on need and risk factors (see Section 4, Section 5, Section 6 and Section 7). Any unfavourable change in the balance of these factors (i.e. need has decreased and risk has grown) may be reasons to not process the case for landing.

Note: Immigration officers should discover most such cases before the end of the five year period (see Section 3.9).

If the review is favourable, the immigration officer writes a memorandum recommending landing. The memorandum must clearly identify the client(s) and guarantor(s) by name and FOSS client identification numbers. [Underlining added.]

[58] Within that statutory framework, did the applicants request the exercise of discretion under section 38 of the Act so that a duty arose upon the Minister to consider whether to exercise that discretion?

prix doit être acquitté à la «[d]ate à laquelle la personne est avisée que l’agent d’immigration a décidé d’examiner la recommandation».

[56] Compte tenu de ces dispositions, je tire les conclusions suivantes:

(i) une demande fondée sur le paragraphe 38(1) de la Loi est essentiellement une demande de droit d’établissement;

(ii) une demande fondée sur le paragraphe 114(2) de la Loi est une demande d’admission qui peut également être une demande d’établissement;

(iii) c’est un agent d’immigration qui détermine si une recommandation doit être faite en vertu du paragraphe 38(1) de la Loi.

[57] Cette dernière conclusion est conforme aux directives figurant au chapitre 12 du Guide sur le traitement des demandes au Canada, où il est dit ce qui suit au paragraphe 8.2.1:

L’octroi du droit d’établissement aux termes de L38(1)

[. . .]

L’octroi du droit d’établissement aux termes de L38(1) n’est pas automatique. Les agents d’immigration examinent les cas après une période de cinq ans et s’attardent surtout à l’analyse des besoins et des facteurs de risque (voir les parties 4., 5., 6. et 7.). Tout changement défavorable à l’équilibre entre ces facteurs (c.-à-d. que les besoins ont diminué tandis que les risques ont augmenté) peut être un motif pour ne pas traiter la demande d’octroi du droit d’établissement.

Nota: Les agents d’immigration devraient déceler la plupart de ces cas avant l’expiration de la période de cinq ans (voir la partie 3.9).

Si les résultats de l’examen sont positifs, l’agent d’immigration rédige une note de service recommandant l’octroi du droit d’établissement, dans laquelle il doit clairement identifier le(s) intéressé(s) et le(s) garant(s) par leur nom et le numéro d’identité du client du SSOBL. [Non souligné dans l’original.]

[58] Compte tenu de ce contexte légal, les demandeurs ont-ils demandé que le pouvoir discrétionnaire prévu à l’article 38 de la Loi soit exercé, de sorte que le ministre était tenu de déterminer s’il devait exercer ce pouvoir?

[59] The applicants filed an application on humanitarian and compassionate grounds in November of 1993. As they were granted the visa exemption (as shown by the designation "Case Type: 86" on their Minister's permits), their application became an application for landing. Their application then remained outstanding for over five years, giving the applicants the right to seek consideration under section 38 of the Act. In January of 1999, they sought *mandamus* requesting consideration of their application on the basis of section 38 of the Act. While that proceeding was not adjudicated upon, I conclude from it that the applicants either complied with the requirement that a prior request for an exercise of discretion be made, or that a request for the exercise of such discretion can be implied in the circumstances (see, for example, *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 232 (C.A.)). In either event, it follows that a duty arose on the Minister to consider whether to recommend the exercise of discretion under section 38 of the Act in respect of the applicants.

[60] Notwithstanding that I have concluded that a prior request for the exercise of discretion was made, or can be implied in the circumstances, I note as well that a legitimate expectation that an immigration officer would consider the applicants' case for landing may well have existed so that the duty of fairness required such consideration (see: *Baker, supra*). This expectation would arise from the fact that the Inland Processing Manual directs immigration officers to review cases at the end of the five-year period, and from the reference in the Schedule to the Fees Regulations to the effect that there is to be notification to a person that an immigration officer has decided to process the section 38 recommendation.

## CONCLUSION

[61] For the reasons set out herein, the application for judicial review will be allowed.

[59] Les demandeurs ont présenté une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire au mois de novembre 1993. Étant donné qu'ils ont été dispensés de l'obligation d'obtenir un visa (comme le montre la désignation: «Type de cas: 86» figurant sur les permis du ministre), leur demande est devenue une demande de droit d'établissement. Leur demande est alors restée en suspens pendant plus de cinq ans et les demandeurs pouvaient donc solliciter un examen en vertu de l'article 38 de la Loi. Au mois de janvier 1999, ils ont sollicité un *mandamus* et ont demandé que leur demande soit examinée compte tenu de l'article 38 de la Loi. Bien que cette procédure n'ait pas été menée à terme, je conclus que soit que les demandeurs ont satisfait à l'exigence voulant qu'une demande soit faite en vue de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en question soit que, eu égard aux circonstances, il est possible d'inférer que pareille demande a été faite (voir, par exemple, *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 232 (C.A.)). Quoi qu'il en soit, il s'ensuit que le ministre était tenu de déterminer s'il devait recommander que le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 38 de la Loi soit exercé à l'égard des demandeurs.

[60] Même si j'ai conclu qu'une demande en vue de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en question a été faite, ou qu'eu égard aux circonstances, il peut être inféré que pareille demande a été faite, je tiens également à faire remarquer qu'il existait peut-être bien une attente légitime voulant qu'un agent d'immigration examine le cas des demandeurs en ce qui concerne le droit d'établissement, de sorte que l'obligation d'équité exigeait cet examen (voir *Baker*, précité). Cette attente découlerait du fait que, dans le Guide sur le traitement des demandes au Canada, on demande aux agents d'immigration d'examiner les cas à la fin de la période de cinq ans ainsi que de la mention figurant dans l'annexe du Règlement sur les prix, à savoir que la personne concernée doit être avisée que l'agent d'immigration a décidé d'examiner la recommandation prévue à l'article 38.

## CONCLUSION

[61] Pour les motifs susmentionnés, la demande de contrôle judiciaire est accueillie.

[62] Counsel are requested to serve and file any submissions with respect to certification of a question of general importance within seven days of receipt of these reasons. Each party will have a further period of three days to serve and file any reply to the submission of the opposite party. Following that, an order will issue allowing the application for judicial review and remitting the matter for redetermination by a different immigration officer.

[62] Les avocats voudront bien signifier et déposer des observations au sujet de la certification d'une question de portée générale dans les sept jours de la réception des présents motifs. Chaque partie disposera d'un délai additionnel de trois jours pour signifier et déposer une réponse aux observations présentées par la partie adverse. Par la suite, une ordonnance accueillant la demande de contrôle judiciaire et renvoyant l'affaire pour réexamen par un autre agent d'immigration sera rendue.