
	2006 FC 461 IMM-9766-04	2006 CF 461 IMM-9766-04
Jorge Luis Restrepo Benitez (<i>Applicant</i>)		Jorge Luis Restrepo Benitez (<i>demandeur</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-9220-04	IMM-9220-04
Sirisena Kuruvita Arachchige (<i>Applicant</i>)		Sirisena Kuruvita Arachchige (<i>demanderesse</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-9452-04	IMM-9452-04
Afua Gyankoma (<i>Applicant</i>)		Afua Gyankoma (<i>demandeur</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-9797-04	IMM-9797-04
Mike Bilomba (<i>Applicant</i>)		Mike Bilomba (<i>demandeur</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-353-05	IMM-353-05
Gerardo Martin Rosales Rincon, Catalina Rodrigex Patino, Erlis Beatriz Delgado Ocando, Gerly Joanny Rosales Delgado, Wanda Sofia Rosales Delgado (<i>Applicants</i>)		Gerardo Martin Rosales Rincon, Catalina Rodrigex Patino, Erlis Beatriz Delgado Ocando, Gerly Joanny Rosales Delgado, Wanda Sofia Rosales Delgado (<i>demandeurs</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)

	IMM-407-05	IMM-407-05
Edwin Ernesto Carrillo Mejia (<i>Applicant</i>)		Edwin Ernesto Carrillo Mejia (<i>demandeur</i>)
<i>v.</i>		<i>c.</i>
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-934-05	IMM-934-05
Majid Reza Yonge Savagoli (<i>Applicant</i>)		Majid Reza Yonge Savagoli (<i>demandeur</i>)
<i>v.</i>		<i>c.</i>
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-1144-05	IMM-1144-05
Muhammad Sadik Qadri (<i>Applicant</i>)		Muhammad Sadik Qadri (<i>demandeur</i>)
<i>v.</i>		<i>c.</i>
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-1419-05	IMM-1419-05
Juvinny Balmore Flores Gomez, Yaneth Beatriz Castillo Campos, Konny Beatriz Flores Castillo (<i>Applicants</i>)		Juvinny Balmore Flores Gomez, Yaneth Beatriz Castillo Campos, Konny Beatriz Flores Castillo (<i>demandeurs</i>)
<i>v.</i>		<i>c.</i>
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-1877-05	IMM-1877-05
Shurlyn Cathy Ann Jones, Shurnikya Jones (<i>Applicants</i>)		Shurlyn Cathy Ann Jones, Shurnikya Jones (<i>demandereses</i>)
<i>v.</i>		<i>c.</i>
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)

IMM-2034-05	IMM-2034-05
Luis Alejandro Lemus Ortiz (<i>Applicant</i>)	Luis Alejandro Lemus Ortiz (<i>demandeur</i>)
v.	c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)	Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
IMM-2150-05	IMM-2150-05
Inthikhab Hussain Matheen (<i>Applicant</i>)	Inthikhab Hussain Matheen (<i>demandeur</i>)
v.	c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)	Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
IMM-2709-05	IMM-2709-05
Guillermo Gutierrez Trujillo (<i>Applicant</i>)	Guillermo Gutierrez Trujillo (<i>demandeur</i>)
v.	c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)	Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
IMM-3313-05	IMM-3313-05
Jacqueline Robinson (<i>Applicant</i>)	Jacqueline Robinson (<i>demanderesse</i>)
v.	c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)	Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
IMM-3994-05	IMM-3994-05
Sirisena Kuruvita Arachchige (<i>Applicant</i>)	Sirisena Kuruvita Arachchige (<i>demanderesse</i>)
v.	c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)	Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)

	IMM-4044-05	IMM-4044-05
Ranjit Dey Roy, Ratna Rani Dey Roy, Swakshar Dey Roy, Swaikot Dey Roy (<i>Applicants</i>)		Ranjit Dey Roy, Ratna Rani Dey Roy, Swakshar Dey Roy, Swaikot Dey Roy (<i>demandeurs</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-712-05	IMM-712-05
Mena Guirguis, Marie Goorgy, Monica Guirguis, Malak Guirguis (<i>Applicants</i>)		Mena Guirguis, Marie Goorgy, Monica Guirguis, Malak Guirguis (<i>demandeurs</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-470-05	IMM-470-05
Jorge Isaac Martinez Martinez, Eva Libertad Morales (a.k.a. Eva Libertad Morales De Martinez), Jorge Armando Martinez Morales (<i>Applicants</i>)		Jorge Isaac Martinez Martinez, Eva Libertad Morales (aussi appelée Eva Libertad Morales De Martinez), Jorge Armando Martinez Morales (<i>demandeurs</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-4064-05	IMM-4064-05
Sutharmini Kamalendran, Sinojan Kamalendran (<i>Applicants</i>)		Sutharmini Kamalendran, Sinojan Kamalendran (<i>demandeurs</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)

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

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

Federal Court, Mosley J.—Toronto, March 7, 8; Ottawa, April 10, 2006.

Cour fédérale, juge Mosley—Toronto, 7 et 8 mars; Ottawa, 10 avril 2006.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of decision by Chairperson of Immigration and Refugee Board to issue Guideline 7 under Immigration and Refugee Protection Act, s. 159(1)(h) — Guideline 7 setting out standard order for questioning of refugee claimants, basis and procedure for varying order of proceeding — Whether procedure mandated by Guideline 7 contrary to natural justice — Natural justice not requiring counsel for refugee claimant be provided with opportunity to question claimant first in order for claimant to have meaningful opportunity to present case fully — Discretion of Board members to determine procedure to be followed in refugee proceedings not fettered by implementation of Guideline 7 — Guideline not operating as mandatory rule, not outside Chairperson's authority — Applications dismissed.

*Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Procedural fairness — Whether order of questioning implemented by Immigration and Refugee Board under Guideline 7 inconsistent with natural justice — In case law prior to *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, “reverse order questioning” alone not found to deny procedural fairness — Administrative tribunals free, within reason, to determine own procedures as “masters in their own house” with respect to internal administrative procedures — Factors to be considered in determining whether common-law duty of fairness met by procedures in question discussed by S.C.C. in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* — Reasonable apprehension of institutional bias not arising merely because Board members conduct questioning of refugee claimants in absence of refugee protection officer, in advance of claimants' counsel — Question of bias to be raised on case-by-case basis — Application of Guideline 7 not fettering discretion of Board members.*

Practice — Waiver — When must objection to use by Immigration and Refugee Board of Guideline 7 be raised? — Case law on general principles of waiver reviewed — Waiver to be effective must be made freely, with full knowledge of all facts relevant to decision to waive or not — Applicant must raise allegation of bias, other violation of natural justice before tribunal at earliest practical opportunity, when applicant aware of relevant information, reasonable to expect him to raise objection — Failure to object at hearing must be taken as implied waiver of perceived unfairness resulting from

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire d'une décision du président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) d'adopter les Directives n° 7 en application de l'art. 159(1)(h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Les Directives n° 7 imposent un ordre normalisé d'interrogatoire des demandeurs d'asile ainsi que la façon et la procédure applicables pour modifier l'ordre de procéder — Il s'agissait de savoir si la procédure imposée par les Directives n° 7 était contraire aux principes de justice naturelle — La justice naturelle n'exige pas que le procureur d'un demandeur d'asile interroge d'abord son client pour que celui-ci ait une possibilité valable de présenter complètement sa cause — Le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la CISR de déterminer la procédure à suivre dans le cadre de procédures de détermination du statut de réfugié n'a pas été entravé par l'application des Directives n° 7 — Les directives ne constituent pas des règles contraignantes et elles n'outrepassent pas le pouvoir du président — Demandes rejetées.

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Équité procédurale — Il s'agissait de savoir si l'ordre des interrogatoires adopté par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en vertu des Directives n° 7 était contraire à la justice naturelle — Dans les décisions rendues avant *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, on a conclu que l'« ordre inverse des interrogatoires » à lui seul ne privait pas un demandeur d'asile du droit à l'équité procédurale — Les tribunaux administratifs sont libres, dans une mesure raisonnable, d'établir leurs propres procédures étant donné qu'ils sont « maîtres chez eux » pour ce qui a trait aux procédures administratives internes — Les facteurs dont il faut tenir compte pour décider si l'obligation d'équité prévue par la common law a été respectée par les procédures en question ont été examinés par la C.S.C. dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* — Une crainte raisonnable de partialité institutionnelle n'existe pas simplement parce que les commissaires interrogent les demandeurs d'asile en l'absence d'un agent de protection des réfugiés ou avant le procureur du demandeur d'asile — La question de la partialité doit être traitée au cas par cas — L'application des Directives n° 7 n'entravait pas le pouvoir discrétionnaire des commissaires.*

Pratique — Renonciation — À quel moment faut-il s'opposer à l'utilisation des Directives n° 7 par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié? — Examen de la jurisprudence sur les principes généraux de la renonciation — Pour être valable, toute renonciation doit être faite librement et en pleine connaissance de tous les faits concernant la décision de renoncer ou non — Un demandeur doit soulever une allégation de partialité ou tout autre manquement à la justice naturelle devant le tribunal à la première occasion qui lui est donnée, lorsqu'il est informé des

application of Guideline itself—Waiver will not be implied where party against whom claimed made objection to procedure before, during hearing.

Constitutional law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Whether order of questioning mandated by Immigration and Refugee Board's Guideline 7 contrary to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7—Charter protecting personal security interest of Convention refugee status claimants—Claimants entitled to fundamental justice in determination of status—“Fundamental justice” in Charter, s. 7 broader than administrative law concept of natural justice, encompassing substantive as well as procedural elements—Present case concerning classic administrative law issues that may be determined under principles of natural justice, fairness without invoking Charter—Not necessary for Court to determine scope, effect of fundamental justice under s. 7 with regard to application of Guideline.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Whether order of questioning mandated by Immigration and Refugee Board's Guideline 7 infringing applicants' right to equality under Charter, s. 15—Insufficient factual basis to decide whether claimants in refugee determination proceedings discriminated against through implementation of Guideline 7.

These were applications for judicial review of a decision by the Chairperson of the Immigration and Refugee Board to issue a guideline entitled *Guideline 7: Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division*. The Chairperson's discretionary authority to issue guidelines to Board members is set out in paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) which states that the purpose of this authority is to assist the members with carrying out their duties. Paragraph 19 of Guideline 7 states that: In a claim for refugee protection, the standard practice will be for the [Refugee Protection Officer] RPO to start questioning the claimant. If there is no RPO participating in the hearing, the member will begin, followed by counsel for the claimant. Paragraph 23 of Guideline 7 provides that the Refugee Protection Division

renseignements pertinents et qu'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il soulève une objection—Le fait de ne pas s'opposer au cours de l'audience doit être considéré comme une renonciation implicite à invoquer toute crainte d'iniquité résultant de l'application des Directives elles-mêmes—La renonciation ne peut être implicite lorsque la partie contre laquelle elle est invoquée a soulevé une objection à la procédure avant l'audience ou au cours de celle-ci.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Ils'agissait de savoir si l'ordre des interrogatoires imposé par les Directives n° 7 de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié était contraire à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés—La Charte protège les intérêts relatifs à la sécurité des personnes qui revendiquent le statut de réfugié au sens de la Convention—Les demandeurs d'asile ont droit à ce que leur statut soit déterminé selon les principes de justice fondamentale—La « justice fondamentale » au sens où cette expression est utilisée à l'art. 7 de la Charte est un concept plus large que celui de justice naturelle en droit administratif qui englobe des éléments de fond tout autant que des éléments procéduraux—Cette affaire concernait des questions classiques de droit administratif qui pouvaient être tranchées en vertu des principes de justice naturelle et d'équité sans qu'il fût besoin d'invoquer la Charte—Il n'était pas nécessaire que la Cour détermine la portée et l'effet de la justice fondamentale garantie par l'art. 7 au regard de l'application des Directives.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l'égalité—Il s'agissait de savoir si l'ordre des interrogatoires imposé par les Directives n° 7 de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portait atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte—Il n'y avait pas de fondement factuel suffisant pour décider si les demandeurs d'asile dans les instances visant à déterminer le statut de réfugié faisaient l'objet de discrimination du fait de l'application des Directives n° 7.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire d'une décision du président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié d'adopter une directive intitulée *Directives n° 7 : Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés*. Le pouvoir discrétionnaire du président de donner des directives aux commissaires de la CISR lui est conféré par l'alinéa 159(1)(h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), qui prévoit que ce pouvoir a pour but d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions. Le paragraphe 19 des Directives n° 7 dispose que [d]ans toute demande d'asile, c'est généralement l'APR [agent de protection des réfugiés] qui commence à interroger le demandeur d'asile. En l'absence d'un APR à l'audience, le commissaire commence l'interrogatoire et est suivi par le

(RPD) member may change the order of questioning in exceptional circumstances. This Guideline was the subject of a recent Federal Court decision in *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, where Justice Blanchard found that Guideline 7 unlawfully fettered the discretion of RPD members and held that the decision that was before him would be quashed. One applicant submitted that it is never permissible for an RPD member, in the absence of an RPO, to engage in questioning the claimant prior to the latter's counsel and that this practice results in an apprehension of institutional bias and undermines claimants' right to an impartial and independent tribunal. Another contended that the equality rights guaranteed by Charter, section 15 were infringed in that refugee claimants were denied the same procedural protections as other litigants who appear before judicial and quasi-judicial bodies. The issues raised herein were: (1) what is the standard of review to be applied to the applications under review? (2) whether an analysis of the Guideline 7 procedure pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is required and, if so, does it infringe fundamental justice under section 7 or violate section 15 of the Charter? (3) was the procedure mandated by Guideline 7 contrary to common-law principles of natural justice? (4) did the implementation of Guideline 7 fetter the discretion of Board members? (5) is Guideline 7 beyond the scope of the Chairperson's authority to issue guidelines? (6) does questioning by the Board member demonstrate a reasonable apprehension of institutional bias? and, (7) if natural justice is implicated, when must the applicant raise an objection to the use of Guideline 7?

Held, the applications should be dismissed.

(1) In applications for judicial review of the actions of administrative tribunals, the starting point is usually to determine the standard of review on a pragmatic and functional analysis, which is a question of law. However, a pragmatic and functional analysis is not required when the Court is assessing allegations of the denial of natural justice or procedural fairness. If the Court concludes that there has been a breach of natural justice or procedural fairness, no deference is due and the Court will set aside the decision of the Board. Where a breach of fairness is found to result from a reasonable apprehension of bias, the standard is particularly demanding, where, as here, the rights of

conseil du demandeur d'asile. Selon le paragraphe 23 des Directives n° 7, le commissaire de la Section de la protection des réfugiés (SPR) peut changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles. Ces directives ont récemment fait l'objet d'une décision rendue par la Cour fédérale dans *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, où le juge Blanchard avait estimé que les Directives n° 7 entravaient illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR et que la décision dont il avait été saisi devait être infirmée. L'une des demandresses a soutenu qu'un commissaire de la SPR ne peut jamais, en l'absence d'un APR, interroger le demandeur d'asile avant le procureur de celui-ci et que cette pratique entraîne une crainte de partialité institutionnelle et mine le droit des demandeurs d'asile de se faire entendre devant un tribunal impartial et indépendant. Un autre demandeur a affirmé qu'on a porté atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'article 15 de la Charte en ce que les demandeurs d'asile font l'objet de discrimination puisqu'on leur refuse les mêmes protections procédurales dont bénéficient d'autres demandeurs qui se présentent devant des organismes judiciaires ou quasi-judiciaires. Les questions suivantes ont été soulevées en l'espèce : 1) quelle était la norme de contrôle applicable aux demandes sous examen? 2) une analyse de la procédure prévue dans les Directives n° 7 devait-elle être faite au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, ces directives contrevenaient-elles à la justice fondamentale garantie par l'article 7 ou enfreignaient-elles l'article 15 de la Charte? 3) la procédure imposée par les Directives n° 7 était-elle, en soi, contraire aux principes de justice naturelle qui existent en common law? 4) la mise en œuvre des Directives n° 7 entravait-elle le pouvoir discrétionnaire des commissaires? 5) les Directives n° 7 outrepassaient-elles le pouvoir du président d'adopter des directives? 6) l'interrogatoire mené par le commissaire de la CISR entraînait-il une crainte raisonnable de partialité institutionnelle? et 7) si la justice naturelle entre en jeu, à quel moment le demandeur devait-il s'opposer à l'utilisation des Directives n° 7?

Jugement : les demandes sont rejetées.

1) Dans les demandes de contrôle judiciaire se rapportant à des mesures prises par les tribunaux administratifs, le point de départ consiste habituellement à déterminer la norme de contrôle à suivre selon une analyse pragmatique et fonctionnelle, ce qui est une question de droit. Toutefois, il n'est pas nécessaire que la Cour effectue une analyse pragmatique et fonctionnelle lorsqu'elle examine des allégations de manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale. Si elle arrive à la conclusion qu'il y a eu manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale, elle n'est pas tenue de faire montre de déférence et elle doit annuler la décision de la CISR. Lorsque la Cour conclut

claimants in proceedings before the Board are at stake.

(2) The applicants argued that the order of questioning mandated by paragraph 19 of Guideline 7 is contrary to sections 7 and 15 of the Charter, and that by permitting the Board member to conduct an examination-in-chief of the claimant, paragraph 19 breaches the right to a fair and independent judiciary resulting in a reasonable apprehension of bias. The Charter protects the personal security interests of Convention refugee status claimants who are entitled to fundamental justice in the determination of their status. “Fundamental justice”, as used in section 7 of the Charter, is broader than the administrative law concept of natural justice and encompasses substantive as well as procedural elements. This case concerns classic administrative law issues that may be determined under the principles of natural justice and fairness without invoking the Charter. It was not necessary to determine the scope and effect of fundamental justice under section 7 with regard to the application of the Guideline. The nature of the hearings before the RPD is meant to be administrative and non-adversarial, as is reflected in the language of subsection 162(2) and section 170 of IRPA. These provisions indicate a legislative intention to avoid the formalities which are attendant upon court hearings in civil or criminal proceedings. This legislative intention is not inconsistent with the requirements of fundamental justice. Under Guideline 7, it remains open to each claimant in a refugee determination hearing to fully present any element of his case that the RPO or Board member does not explore in their initial questioning and to have the effective assistance of counsel in so doing. With regard to section 15 of the Charter, there was an insufficient factual basis upon which the Court could decide whether claimants in refugee determination proceedings were discriminated against through the implementation of Guideline 7 as contemplated by that section.

(3) The question of whether the order of questioning implemented by the Board under Guideline 7 is, in itself, inconsistent with natural justice was addressed in a number of Federal Court decisions prior to *Thamotharem*. In none of these decisions was “reverse order questioning” alone found to deny procedural fairness. The procedure followed in each case had to be examined to determine whether there had been a breach of fairness. The factors to be considered in

qu’une crainte raisonnable de partialité a entraîné un manquement à l’équité, la norme est particulièrement exigeante lorsque, comme en l’espèce, les droits accordés aux demandeurs d’asile dans des procédures devant la CISR sont en jeu.

2) Les demandeurs ont plaidé que l’ordre des interrogatoires imposé par le paragraphe 19 des Directives n° 7 est contraire aux articles 7 et 15 de la Charte et qu’en autorisant le commissaire à mener un interrogatoire principal auprès du demandeur d’asile, le paragraphe 19 prive celui-ci de son droit d’être entendu par un appareil judiciaire équitable et indépendant, ce qui entraîne une crainte raisonnable de partialité. La Charte protège les intérêts relatifs à la sécurité des personnes qui revendiquent le statut de réfugié au sens de la Convention; ces personnes ont droit à ce que leur statut soit déterminé selon les principes de justice fondamentale. La « justice fondamentale », au sens où cette expression est utilisée à l’article 7 de la Charte, est un concept plus large que celui de justice naturelle en droit administratif et englobe des éléments de fond tout autant que des éléments procéduraux. Cette affaire concernait des questions classiques de droit administratif qui pouvaient être tranchées en vertu des principes de justice naturelle et d’équité sans qu’il fût besoin d’invoquer la Charte. Il n’était pas nécessaire que la Cour détermine la portée et l’effet de la justice fondamentale garantie par l’article 7 au regard de l’application des directives. Les audiences qui se déroulent devant la SPR sont de nature administrative et non accusatoire, comme il ressort du texte du paragraphe 162(2) et de l’article 170 de la LIPR. Ces dispositions indiquent que le législateur avait l’intention d’éviter les formalités qui sont accessoires aux audiences dans des instances civiles ou criminelles. Cette intention du législateur n’est pas incompatible avec les exigences de la justice fondamentale. En vertu des Directives n° 7, il reste loisible à chaque demandeur au cours d’une audience sur une demande d’asile de présenter complètement tous les éléments de sa cause que l’APR ou le commissaire n’abordent pas dans son interrogatoire initial et de se faire aider en cela par son avocat. Pour ce qui est de l’article 15 de la Charte, il n’y avait pas de fondement factuel suffisant pour permettre à la Cour de décider si les demandeurs d’asile dans les procédures visant à déterminer le statut de réfugié faisaient l’objet de discrimination du fait de l’application des Directives n° 7 au sens où l’entend cet article.

3) La question de savoir si l’ordre des interrogatoires adopté par la CISR en vertu des Directives n° 7 est, en soi, contraire à la justice naturelle a été abordée dans bon nombre de décisions de la Cour fédérale avant la décision *Thamotharem*. Dans aucune de ces décisions n’a-t-on conclu que « l’ordre inversé des interrogatoires » à lui seul privait un demandeur d’asile du droit à l’équité procédurale. On a dû examiner la procédure suivie dans chaque cas pour décider s’il

determining whether the common-law duty of fairness has been met by the procedures in question were discussed by the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. After consideration of the *Baker* factors, it was not established that natural justice requires that counsel for a refugee claimant be provided with the opportunity to question the claimant first in order for the claimant to have a meaningful opportunity to present his case fully and fairly, or that Guideline 7 results in denial of the effective assistance of counsel. The opportunity for the applicant to make written submissions and provide evidence to the Board, to have an oral hearing with the participation of counsel, and to make oral submissions satisfies the requirements of the participatory rights required by the duty of fairness, and Guideline 7 does not, in itself, breach that duty.

(4) The finding in *Thamotharem* that Board members' discretion was fettered by the implementation of Guideline 7 turned on the language of the Guideline itself and the extrinsic evidence about how it could be interpreted and applied by RPD members and not on the facts of the particular case. The language of Guideline 7 could be construed as mandatory in nature by an inexperienced and less confident Board member and Board members in general may feel some top-down pressure to follow it. But that does not necessarily lead to the conclusion that members consider themselves bound to apply it as if it were legislation, a regulation or a formal rule made under the Chairperson's authority. Guidelines are not rendered invalid merely because they regulate the conduct of those to whom they are directed. The evidence did not support a finding of fettering similar to that considered by the courts in other cases. The text of Guideline 7 itself allows for consideration of the particular circumstances of each case and for exceptions to the standard practice to be made. The general policy statement which the Chairperson has issued respecting all of the guidelines states expressly that they are not binding. There was no evidence of any consequences flowing to those members who chose to ignore or to not strictly apply the guidelines. The applicants did not demonstrate that the discretion of RPD members to determine the procedure to be followed in the refugee proceedings before them was fettered by the implementation of Guideline 7.

(5) The issue was whether the Chairperson overstepped the bounds of the authority provided by the statute to issue

y avait eu manquement à l'équité. Les facteurs dont il faut tenir compte pour décider si l'obligation d'équité prévue par la common law a été respectée par les procédures en question ont été examinés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. Après examen des facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker*, il n'a pas été établi que la justice naturelle exige que le procureur d'un demandeur d'asile interroge d'abord son client de sorte que celui-ci ait une possibilité valable de présenter complètement et équitablement sa cause, ou que les Directives n° 7 privent réellement le demandeur d'asile de l'aide que peut lui apporter son procureur. La possibilité, pour le demandeur, de déposer des prétentions écrites et de produire une preuve devant la CISR, d'obtenir une audience à laquelle participe son procureur et de présenter des observations de vive voix satisfait aux exigences relatives aux droits de participation requis par l'obligation d'équité et les Directives n° 7 ne contreviennent pas en soi à cette obligation.

4) La conclusion tirée dans la décision *Thamotharem* selon laquelle il y avait eu entrave au pouvoir discrétionnaire des commissaires de la CISR par suite de la mise en œuvre des Directives n° 7 s'appuyait sur le libellé même des Directives et sur la preuve intrinsèque de la façon dont elles pouvaient être interprétées et appliquées par les commissaires de la SPR, et non sur les faits particuliers de la cause. Le libellé des Directives n° 7 pouvait être interprété comme étant de nature obligatoire par un commissaire inexpérimenté et manquant de confiance en lui-même et, en général, les commissaires pouvaient ressentir la pression exercée par la haute direction pour s'y conformer. Mais cela ne mène pas nécessairement à la conclusion que les commissaires s'estiment obligés de les appliquer comme s'il s'agissait d'une loi, d'un règlement ou d'une règle formelle prise en vertu du pouvoir du président. Les Directives ne sont pas invalidées du simple fait qu'elles réglementent la conduite des personnes à qui elles s'adressent. La preuve n'appuyait pas une conclusion d'entrave semblable à celle qui a été examinée par les tribunaux dans d'autres décisions. Le texte des Directives n° 7 autorise l'examen des circonstances particulières de chaque cas et l'application de certaines exceptions à la pratique normalisée. L'énoncé de politique générale que le président a émis concernant toutes les Directives prévoit expressément qu'elles ne sont pas obligatoires. Il n'y avait pas de preuve que ceux qui avaient choisi d'ignorer ou de ne pas appliquer strictement ces directives avaient subi quelque conséquence que ce soit. Les demandeurs n'ont pas démontré que le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR d'établir la procédure à suivre dans les instances relatives aux demandes d'asile dont ils étaient saisis a été entravé par l'application des Directives n° 7.

5) La question était de savoir si le président avait outrepassé les limites du pouvoir qui lui est conféré par la loi

guidelines and imposed a mandatory rule which required legislative action or the approval of the Governor in Council. The Chairperson's authority to issue guidelines is set out in paragraph 159(1)(h) of IRPA, and there is no ambiguity in the interpretation of that paragraph that might be resolved by reference to a missing comma, as suggested by the applicants. The legislative intent from the plain language employed was that the Chairperson is authorized to both issue guidelines and to identify certain decisions of the Board as models for the members to emulate. Administrative tribunals are free, within reason, to determine their own procedures as they are "masters in their own house" with respect to internal administrative procedures. There is no limitation in the statute on the scope of the guidelines that the Chairperson may issue so long as they are intended to "assist members in carrying out their duties". The Chairperson's authority to make guidelines is broad enough to encompass the adoption of a procedure such as the standard order of questioning contemplated by Guideline 7. The Guideline did not operate as a mandatory rule and was not outside the Chairperson's authority.

(6) One applicant argued that as a result of the diminishing presence of RPOs in refugee hearings, the role of the Board member is being distorted giving rise to a reasonable apprehension of institutional bias and threatening the independence and impartiality of the Board. Institutional bias will not be found unless a well-informed person would have a reasonable apprehension in a substantial number of cases. Failing that, allegations of an apprehension of bias cannot be brought on an institutional level but must be dealt with on a case-by-case basis. The circumstances surrounding the Board's adoption of the standard order of questioning did not compare with those examined by the Federal Court of Appeal in *Kozak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. A reasonable apprehension of bias does not arise merely because a Board member conducts the questioning. However, aggressive questioning may amount to a breach of fairness. Case law cited did not support the proposition that a change in the order of questioning in itself gives rise to a reasonable apprehension of bias. The question of bias in this context has to be raised on a case-by-case basis.

(7) The question of waiver arose because a number of the applicants neither raised an objection to the Guideline 7 procedure at the Board hearing nor sought a decision to vary the order of questioning from the member. Case law regarding when an applicant must raise an objection to the order of

de donner des directives et s'il avait imposé une règle obligatoire qui exigeait des mesures législatives ou l'approbation du gouverneur en conseil. Le pouvoir du président de donner des directives est prévu à l'alinéa 159(1)(h) de la LIPR et il n'y avait pas, dans l'interprétation de l'alinéa, une ambiguïté qui pouvait être résolue en faisant référence à une virgule manquante, comme les demandeurs l'affirmaient. L'intention du législateur dégagée du sens ordinaire des mots utilisés fait ressortir que le président est autorisé à la fois à donner des directives et à désigner certaines décisions de la CISR que les commissaires sont invités à prendre comme modèles. Les tribunaux administratifs sont libres, dans une mesure raisonnable, d'établir leur propre procédure étant donné qu'ils sont « maîtres chez eux » pour ce qui a trait aux procédures administratives internes. Il n'y a aucune restriction dans la loi quant à la portée des directives que le président peut donner tant et aussi longtemps qu'elles ont pour but « d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions ». Le pouvoir du président de donner des directives est suffisamment large pour englober l'adoption d'une procédure comme l'ordre normalisé des interrogatoires prévu par les Directives n° 7. Les Directives ne constituent pas des règles contraignantes et elles n'outrepassent pas, en tant que telles, le pouvoir du président.

6) Une demanderesse a fait valoir que par suite de la présence de moins en moins fréquente des APR dans les audiences relatives aux demandes d'asile, le rôle du commissaire est déformé, ce qui donne lieu à une crainte raisonnable de partialité institutionnelle, situation qui compromet l'indépendance et l'impartialité de la Commission. On ne pourra conclure à une partialité institutionnelle à moins qu'une personne bien renseignée n'éprouve une crainte raisonnable dans un grand nombre de cas. Autrement, les allégations de crainte de partialité ne peuvent porter sur l'institution dans son ensemble, mais doivent être traitées au cas par cas. Les circonstances entourant l'adoption par la Commission de l'ordre normalisé des interrogatoires ne se comparaient pas avec celles que la Cour d'appel fédérale a examinées dans l'affaire *Kozak c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. Une crainte raisonnable de partialité n'existe pas simplement parce que le commissaire mène l'interrogatoire. Toutefois, un interrogatoire musclé peut constituer un manquement à l'équité. La jurisprudence citée n'appuyait pas la thèse selon laquelle un changement dans l'ordre des interrogatoires donne lieu en soi à une crainte raisonnable de partialité. La question de la partialité dans ce contexte doit être traitée au cas par cas.

7) La question de la renonciation s'est posée parce qu'un certain nombre de demandeurs n'ont ni soulevé d'objection à la procédure prévue dans les Directives n° 7 au cours de l'audience, ni demandé au commissaire de changer l'ordre des interrogatoires. La jurisprudence n'est pas fixée sur la

questioning in order to have it dealt with upon judicial review is unsettled. But any waiver to be effective must be made freely and with full knowledge of all the facts relevant to the decision whether to waive or not. An applicant must raise an allegation of bias or other violation of natural justice before the tribunal at the earliest practical opportunity which arises when he is aware of the relevant information and it is reasonable to expect him to raise an objection. A failure to object at the hearing must be taken as an implied waiver of any perceived unfairness resulting from the application of the Guideline itself. The operation of the doctrine of waiver does not preclude an applicant from arguing that the manner in which the hearing was conducted breached the duty of fairness. Arguments not made before the tribunal cannot be raised on judicial review. The applicants in this case who did not raise issues of procedural fairness respecting Guideline 7 before the Board and in their applications for leave and for judicial review should be precluded from doing so by way of written and oral argument at this time. Waiver will not be implied where the party against whom it is claimed has made an objection to the procedure before or during the hearing itself. The doctrine seeks to prevent the situation where the litigant sits mute through the procedure and tries to take advantage of the issue before a higher forum. If the applicants failed to cite a denial of procedural fairness in their applications for leave, judicial review of the applications should be confined to the grounds for which they sought leave.

Applying these principles to the present cases, there were some cases in which there was no waiver because of a timely objection at or before the Board hearing and the denial of procedural fairness was identified as a ground for judicial review in the leave application either expressly or through a "basket clause". In these cases, the applications for judicial review were not barred from proceeding on the procedural fairness issue in relation to the application of Guideline 7. There were other cases in which no objection was raised before or during the hearing and for which waiver was implied. In these cases, the applications for judicial review were barred from proceeding on the ground of procedural fairness in relation to Guideline 7.

Seven questions were certified because they transcended the interests of the immediate parties to the litigation, raised issues of broad significance and could be determinative of the appeal.

question de savoir à quel moment un demandeur doit s'opposer à l'ordre des interrogatoires pour que ce point puisse être débattu au cours du contrôle judiciaire. Pour être valable, toute renonciation doit être faite librement et en pleine connaissance de tous les faits concernant la décision de renoncer ou non. Un demandeur doit soulever une allégation de partialité ou tout autre manquement à la justice naturelle devant le tribunal à la première occasion qui lui est donnée, lorsqu'il est informé des renseignements pertinents et qu'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il soulève une objection. Le fait de ne pas s'opposer au cours de l'audience doit être considéré comme une renonciation implicite à invoquer toute crainte d'iniquité résultant de l'application des Directives elles-mêmes. L'application de la doctrine de la renonciation n'empêche pas un demandeur de faire valoir que la façon dont l'audience a été menée constituait un manquement à l'obligation d'équité. Les arguments non invoqués devant le tribunal ne peuvent pas être soulevés au cours d'un contrôle judiciaire. Les demandeurs en l'espèce qui n'ont pas soulevé de questions d'équité procédurale au sujet des Directives n° 7 devant la Commission et dans leur demande d'autorisation et de contrôle judiciaire devraient être forclos de le faire par voie d'observations écrites ou verbales à cette étape-ci de l'instance. La renonciation ne peut être implicite lorsque la partie contre laquelle elle est invoquée a soulevé une objection à la procédure avant l'audience ou au cours de celle-ci. Ce que la doctrine cherche à éviter, c'est le cas du justiciable qui ne dit rien pendant toute la procédure et qui essaie de tirer parti de la question devant une instance supérieure. Si les demandeurs ont omis de mentionner le déni d'équité procédurale dans leurs demandes d'autorisation, le contrôle judiciaire de ces demandes devrait se limiter aux motifs pour lesquels ils ont demandé l'autorisation.

En appliquant ces principes aux causes en l'espèce, il y avait certaines causes dans lesquelles il n'y avait pas eu de renonciation parce qu'une objection avait été formulée en temps opportun avant l'audience devant la Commission ou au cours de l'audience et parce que le déni d'équité procédurale a été mentionné comme motif de contrôle judiciaire dans la demande d'autorisation, soit expressément, soit sous forme de clause omnibus. Dans ces causes, la question de l'équité procédurale relative à l'application des Directives n° 7 a pu être débattue. Il y avait d'autres causes dans lesquelles aucune objection n'avait été soulevée avant ou au cours de l'audience et pour lesquelles la renonciation était implicite. Dans ces causes, les demandeurs ne pouvaient faire valoir un manquement à l'équité procédurale relativement aux Directives n° 7.

Sept questions ont été certifiées parce qu'elles transcendaient les intérêts des parties immédiates au litige, soulevaient des questions graves de portée générale et pouvaient permettre de trancher l'appel.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15.

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 23.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54).

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 1), 105(a), 107(1), 301 (as am. *idem*, s. 36), 369, 383 (as am. *idem*, s. 22).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 65(3) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 55), 69(4) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 74, 159(1)(h), 161, 162(2), 170.

Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11.

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 2 “regulation”.

Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 16 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 155).

Refugee Protection Division Rules, SOR/2002-228, rr. 19, 21, 23, 24, 25, 27, 43, 44.

Statutory Instruments Act, R.S.C., 1985, c. S-22.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2006] 3 F.C.R. 168; (2006), 40 Admin. L.R. (4th) 221; 2006 FC 16.

DISTINGUISHED:

Kozak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2006] 4 F.C.R. 377; (2006), 267 D.L.R. (4th) 54; 52 Imm. L.R. (3d) 163; 349 N.R. 309; 2006 FCA 124; *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 195; (2004), 236 D.L.R. (4th) 485; 11 Admin. L.R. (4th) 306; 34 Imm. L.R. (3d) 157; 316 N.R. 299; 2004 FCA 49.

CONSIDERED:

Hansard Spruce Mills Ltd. (Re), [1954] 4 D.L.R. 590; (1954), 13 W.W.R. (N.S.) 285 (B.C.S.C.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 23.

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 2 « règlement ».

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54).

Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11.

Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 16 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 155).

Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), ch. S-22.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 65(3) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 55), 69(4) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 74, 159(1)(h), 161, 162(2), 170.

Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2002-228, règles 19, 21, 23, 24, 25, 27, 43, 44.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 1), 105(a), 107(1), 301 (mod., *idem*, art. 36), 369, 383 (mod., *idem*, art. 22).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION NON SUIVIE :

Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2006] 3 R.C.F. 168; 2006 CF 16.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Kozak c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2006] 4 R.C.F. 377; 2006 CAF 124; *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 195; 2004 CAF 49.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Hansard Spruce Mills Ltd. (Re), [1954] 4 D.L.R. 590; (1954), 13 W.W.R. (N.S.) 285 (C.S.C.-B.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'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; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; 2002 SCC 3; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.R.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 2002 SCC 42; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; (1989), 61 D.L.R. (4th) 385; [1989] 6 W.W.R. 351; 61 Man. R. (2d) 270; *Zaki v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 48 Imm. L.R. (d) 149; 2005 FC 1066; *Herrera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1724; *Sandor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 266 F.T.R. 311; 42 Imm. L.R. (3d) 73; 2004 FC 1782; *Rajaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 135 N.R. 300 (F.C.A.); *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104; 121 D.L.R. (4th) 79; 28 Admin. L.R. (2d) 1; 77 O.A.C. 155 (C.A.); affg (1993), 14 O.R. (3d) 280; 106 D.L.R. (4th) 507; 17 Admin. L.R. (2d) 281; 10 B.L.R. (2d) 173 (Gen. Div.); *Jin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 40 Admin. L.R. (4th) 266; 2006 FC 57; *Vazquez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 106; *Leung v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (1995), 24 O.R. (3d) 530; 82 O.A.C. 43 (Div. Ct.); 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; (1996), 140 D.L.R. (4th) 577; 42 Admin. L.R. (2d) 1; 205 N.R. 1; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781; (2001), 204 D.L.R. (4th) 33; [2001] 10 W.W.R. 1; 93 B.C.L.R. (3d) 1; 34 Admin. L.R. (3d) 1; 274 N.R. 116; 2001 SCC 52; *Farkas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 190; *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited*, [1986] 1 F.C. 103; (1985), 24 D.L.R. (4th) 675; 17 Admin. L.R. 1; 7 C.H.R.R. D/3232; 86 CLLC 17,012; 64 N.R. 126 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1986] 2 S.C.R. v; *Yassine v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135; 172 N.R. 308 (F.C.A.); *Zündel v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (2000), 195 D.L.R. (4th) 399; 30 Admin. L.R. (3d) 77; 264 N.R. 174 (F.C.A.); *Mohammadian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 371; (2000), 4 Imm. L.R. (3d) 131 (T.D.); affd [2001] 4 F.C. 85; (2001), 14 Imm.

[1999] 2 R.C.S. 817; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; 2002 CSC 3; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; 2002 CSC 42; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Zaki c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1066; *Herrera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1724; *Sandor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1782; *Rajaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 1271 (C.A.) (QL); *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104; 121 D.L.R. (4th) 79; 28 Admin. L.R. (2d) 1; 77 O.A.C. 155 (C.A.); conf. (1993), 14 O.R. (3d) 280; 106 D.L.R. (4th) 507; 17 Admin. L.R. (2d) 281; 10 B.L.R. (2d) 173 (Div. gén.); *Jin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 57; *Vazquez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 106; *Leung v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (1995), 24 O.R. (3d) 530; 82 O.A.C. 43 (C. div.); 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781; 2001 CSC 52; *Farkas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 190; *Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie atomique du Canada Limitée*, [1986] 1 C.F. 103 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1986] 2 R.C.S. v; *Yassine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 949 (C.A.) (QL); *Zündel c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [2000] A.C.F. n° 1838 (C.A.) (QL); *Mohammadian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 371 (1^{re} inst.); conf. par [2001] 4 C.F. 85; 2001 CAF 191; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 148; *Marshall c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 34; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Ganji c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1120 (1^{re} inst.) (QL); *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1615 (1^{re} inst.) (QL); *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1995] A.C.F. n° 1024 (1^{re} inst.) (QL); *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16 (C.A.).

L.R. (3d) 130; 271 N.R. 91; 2001 FCA 191; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; (1994), 119 D.L.R. (4th) 224; [1995] 1 C.N.L.R. 47; 24 C.R.R. (2d) 233; 173 N.R. 241; *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 289 N.R. 165; 2002 FCA 148; *Marshall v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 34; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Ganji v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 135 F.T.R. 283; 40 Imm. L.R. (2d) 95 (F.C.T.D.); *Qi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (F.C.T.D.); *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 98 F.T.R. 36 (F.C.T.D.); *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16; (1989), 39 Admin. L.R. 1; 8 Imm. L.R. (2d) 20; 95 N.R. 385 (C.A.).

REFERRED TO:

Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services), [2004] 3 S.C.R. 152; (2004), 242 D.L.R. (4th) 193; 17 Admin. L.R. (4th) 1; 45 B.L.R. (3d) 161; 324 N.R. 259; 189 O.A.C. 201; 2004 SCC 54; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539; (2003), 226 D.L.R. (4th) 193; 50 Admin. L.R. (3d) 1; 304 N.R. 76; 173 O.A.C. 38; 2003 SCC 29; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76; (2004), 234 D.L.R. (4th) 257; 180 C.C.C. (3d) 353; 16 C.R. (6th) 203; 315 N.R. 201; 183 O.A.C. 1; 46 R.F.L. (5th) 1; 2004 SCC 4; *Attorney General (Que.) and Glassco v. Cumming*, [1978] 2 S.C.R. 605; (1978), 22 N.R. 271; 3 R.F.L. (2d) 173; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; (1995), 124 D.L.R. (4th) 129; 31 Admin. L.R. (2d) 261; 39 C.R. (4th) 141; 180 N.R. 1; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; (1989), 62 D.L.R. (4th) 634; 11 C.H.R.R. D/165; 102 N.R. 81; 27 Q.A.C. 81; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 23 Admin. L.R. (3d) 175; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; 2000 SCC 44; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 2002 SCC 75; *B.D.L. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 866; *Cortes Silva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 738; *Martinez v. Canada (Minister of*

DÉCISIONS CITÉES :

Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers), [2004] 3 R.C.S. 153; 2004 CSC 54; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539; 2003 CSC 29; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76; 2004 CSC 4; *Procureur général (Qué.) et Glassco c. Cumming*, [1978] 2 R.C.S. 605; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307; 2000 CSC 44; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3; 2002 CSC 75; *B.D.L. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 866; *Cortes Silva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 738; *Martinez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1121; *Fabiano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1260; *Liang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 622; *Kante c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1974] A.C.F. n° 525 (1^{re} inst.) (QL); *Atwal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1693 (1^{re} int.) (QL); *Veres c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 124 (1^{re} inst.); *Cota c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 872 (1^{re} inst.) (QL); *Shahib c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1250; *Bady-Badila c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 399; *Prasad c. Canada*

Citizenship and Immigration), 2005 FC 1121; *Fabiano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1260; *Liang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 622; *Kante v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1974] F.C.J. No. 525 (T.D.) (QL); *Atwal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 258 (F.C.T.D.); *Veres v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 124 (T.D.); *Cota v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 872 (T.D.) (QL); *Shahib v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1250; *Bady-Badila v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 399; *Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *R.A.Y. (Re)*, [2002] C.R.D.D. No. 236 (QL); *R.K.N. (Re)*, [2004] R.P.D.D. No. 14 (QL); *Fouchong v. Canada (Secretary of State)* (1994), 88 F.T.R. 37; 26 Imm. L.R. (2d) 200 (F.C.T.D.); *Sivasambo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 741; (1994), 29 Admin. L.R. (2d) 211; 87 F.T.R. 46 (T.D.); *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; (1991), 64 C.C.C. (3d) 513; 5 C.R.R. (2d) 31; 5 M.P.L.R. (2d) 113; 128 N.R. 1; 39 Q.A.C. 241; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Zündel v. Citron*, [2000] 4 F.C. 225; (2000), 189 D.L.R. (4th) 131; 25 Admin. L.R. (3d) 113; 256 N.R. 201 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [2000] 2 S.C.R. xv; *Sy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 271 F.T.R. 242; 2005 FC 379; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; 13 C.H.R.R. D/435; 3 C.R.R. (2d) 116; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *Métis National Council of Women v. Canada (Attorney General)*, [2005] 4 F.C.R. 272; [2005] 2 C.N.L.R. 192; (2005), 265 F.T.R. 162; 2005 FC 230; *Schut v. Canada (Attorney General)* (2000), 186 F.T.R. 212 (F.C.T.D.); *Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455; (1995), 180 N.R. 152 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1995] 4 S.C.R. vii; *Toussaint v. Canada (Labour Relations Board)* (1993), 160 N.R. 396 (F.C.A.); *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet*

(Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1989] 1 R.C.S. 560; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *R.A.Y. (Re)*, [2002] D.S.S.R. n° 236 (QL); *R.K.N. (Re)*, [2004] D.S.P.R. n° 14 (QL); *Fouchong c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] A.C.F. n° 1727 (1^{re} inst.) (QL); *Sivasambo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 741 (1^{re} inst.); *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Zündel c. Citron*, [2000] 4 C.F. 225 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2000] 2 R.C.S. xv; *Sy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 379; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Conseil national des femmes métisses c. Canada (Procureur général)*, [2005] 4 R.C.F. 272; 2005 CF 230; *Schut c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n° 424 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1995] 4 R.C.S. vii; *Toussaint c. Canada (Conseil canadien des relations du travail)*, [1993] A.C.F. n° 616 (C.A.) (QL); *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. Canadienne des fournisseurs Internet*, 2001 CAF 4; *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL).

Providers (2000), 10 C.P.R. (4th) 417; 267 N.R. 82; 2001 FCA 4; *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution*. Ottawa: IRB, 1993.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guideline 1: Civilian Non-Combatants Fearing Persecution in Civil War Situations: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act*. Ottawa: IRB, 1996.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guideline 2: Guidelines on Detention: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(4) of the Immigration Act*. Ottawa: IRB, 1998.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guideline 3: Child Refugee Claimants: Procedural and Evidentiary Issues: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act*. Ottawa: IRB, 1996.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act*. Ottawa: IRB, 1996.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guideline 5: Providing the PIF and No PIF Abandonment in the Refugee Protection Division: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act*. Ottawa: IRB, 2003.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guideline 6: Scheduling and Changing the Date or Time of a Proceeding in the Refugee Protection Division: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act*. Ottawa: IRB, 2003.
- Canada. Immigration and Refugee Board.: *Guideline 7: Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act*. Ottawa: IRB, 2003.

DOCTRINE CITÉE

- Canada. Bureau du Conseil privé. *Gouvernement du Canada politique de réglementation*. Ottawa, novembre 1999.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*. Ottawa : CISR, 1993.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives n° 1 : Civils non combattants qui craignent d'être persécutés dans des situations de guerre civile : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration*. Ottawa : CISR, 1996.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives n° 2 : Directives sur la détention : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(4) de la Loi sur l'immigration*. Ottawa : CISR, 1998.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives n° 3 : Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration*. Ottawa : CISR, 1996.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives n° 4 : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration*. Ottawa : CISR, 1996.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives n° 5 : Directives concernant la transmission du FRP et le désistement pour défaut de transmission du FRP à la Section de la protection des réfugiés : Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)(h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Ottawa : CISR, 2003.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives n° 6 : Mise au rôle et changement de la date ou de l'heure d'une procédure à la Section de la protection des réfugiés : Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)(h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Ottawa : CISR, 2003.

Canada. Immigration and Refugee Board. *Policy on the Use of Jurisprudential Guides*, Policy No. 2003-01. Ottawa: IRB, 2003.

Canada. Privy Council Office. *Government of Canada Regulatory Policy*. Ottawa, November 1999.

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, "guideline".

Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2002, "directive".

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "guideline".

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives n° 7 : Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés : Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)h de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Ottawa : CISR, 2003.

Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Politique sur l'utilisation de guides jurisprudentiels*, Politique n° 2003-01. Ottawa : CISR, 2003.

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Toronto : Oxford University Press, 2004, « guideline ».

Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2002, « directive ».

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1989, « guideline ».

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto : Butterworths, 2002.

APPLICATIONS for judicial review regarding a guideline issued by the Chairperson of the Immigration and Refugee Board under the authority of paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Applications dismissed; questions certified.

DEMANDES de contrôle judiciaire concernant une directive émise par le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en application de l'alinéa 159(1)h de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demandes rejetées; questions certifiées.

APPEARANCES:

Matthew James Jeffery for applicants.
Jamie R.D. Todd, Catherine C. Vasilaros, John Provart and *Michael W. Butterfield* for respondent.

ONT COMPARU :

Matthew James Jeffery, pour les demandeurs.
Jamie R.D. Todd, Catherine C. Vasilaros, John Provart et *Michael W. Butterfield*, pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Matthew J. Jeffery, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Matthew J. Jeffery, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

MOSLEY J.:

Procedural History

[1] These reasons concern 19 applications for judicial review which were consolidated in part for hearing by the order of Justice Judith A. Snider dated February 20, 2006. Each of the 19 applications raises issues regarding a guideline made by the Chairperson of the Immigration and Refugee Board (IRB) [or the Board] under the authority of paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

[2] This guideline, entitled *Guideline 7: Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division*, was the subject of a recent decision of Justice Edmond P. Blanchard in *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 168 (F.C.). In reasons dated January 6, 2006, Justice Blanchard found that Guideline 7 unlawfully fettered the discretion of members of the Refugee Protection Division (RPD) and held that the decision that was before him would be quashed and the applicant's claim remitted for redetermination by a differently constituted panel. In an order dated January 19, 2006, Justice Blanchard allowed the application and certified three questions as being of general importance in accordance with paragraph 74(d) of the IRPA. An appeal and cross-appeal have been filed from this decision.

[3] Following the release of Justice Blanchard's decision in *Thamotharem*, it became apparent that there were a number of applications for judicial review raising similar issues scheduled to be heard by different judges at various sittings of this Court. Following consultations with counsel for the parties, Chief Justice Allan Lutfy ordered that 20 applications be continued as specially managed proceedings and, pursuant to rule 383 [as am. by SOR/2004-282, s. 22] of the *Federal Courts Rules*, [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], appointed Mr. Justice Gibson and Madam Justice Snider

LE JUGE MOSLEY :

L'historique procédural

[1] Les présents motifs portent sur 19 demandes de contrôle judiciaire qui ont été partiellement réunies afin d'être entendues conformément à l'ordonnance de la juge Judith A. Snider en date du 20 février 2006. Chacune de ces 19 demandes soulève des questions concernant des directives adoptées par le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) en application de l'alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

[2] Ces directives, intitulées *Directives n° 7 : Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés*, ont récemment fait l'objet d'une décision rendue par le juge Edmond P. Blanchard dans *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 168 (C.F.). Dans ses motifs rendus le 6 janvier 2006, le juge Blanchard a estimé que les Directives n° 7 entravaient illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) et il a conclu que la décision dont il était saisi devait être infirmée et la demande renvoyée afin qu'un tribunal différemment constitué se prononce de nouveau sur la question. Dans une ordonnance en date du 19 janvier 2006, le juge Blanchard a accueilli la demande et a certifié trois questions qui étaient selon lui des questions graves de portée générale au sens de l'alinéa 74d) de la LIPR. Un appel, ainsi qu'un appel incident, ont été déposés concernant cette décision.

[3] Après que la décision du juge Blanchard dans *Thamotharem* eut été rendue publique, on s'est aperçu que plusieurs demandes de contrôle judiciaire soulevaient des questions semblables et avaient été inscrites au rôle pour être entendues par différents juges de la Cour. Après avoir consulté les avocats des parties, le juge en chef Allan Lutfy a ordonné que 20 demandes soient instruites comme des instances à gestion spéciale et, conformément à la règle 383 [mod. par DORS/2004-283, art. 22] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], il a

as case management judges for those applications.

[4] Justice Frederick E. Gibson and Justice Snider participated in conference calls with counsel for the parties on several dates in February. Upon being satisfied that it was in the interest of justice that the identified Guideline 7 issues be dealt with as expeditiously as is consistent with fairness and justice, Justice Snider ordered the consolidation of the 20 applications.

[5] Pursuant to paragraph 105(a) of the *Federal Courts Rules*, Justice Snider's order provided that the consolidated judicial reviews were, in part, to be heard together, or one immediately after the other, at the discretion of the hearing judge. Further to subsection 107(1) of the *Federal Courts Rules*, the issues in the consolidated judicial reviews that relate in whole or in part to Guideline 7 were to be determined separately following a single hearing with counsel located in centres outside the Greater Toronto area participating by video conference if it were impractical to attend in person. The order also instructed that any remaining issues on each of the consolidated cases were to be determined in separate hearings presided over by one or more different judges, on dates that are as early as practicable following the expedited hearing of the Guideline 7 issues. It also set out deadlines for the filing of further written submissions and affidavits and completion of cross-examinations on the affidavits.

[6] Prior to the hearing on the Guideline 7 issues, one application was resolved on consent leaving 19 which were the subject of these proceedings. The hearing took place at Toronto on March 7 and 8, 2006 with counsel participating by video conference from Montréal and Halifax. Submissions were received from counsel for each of the applicants in sequence, followed by the respondent's consolidated submissions. Reply submissions were received in the same order. As one of the applicants sought and was granted leave, on consent,

nommé le juge Gibson et la juge Snider responsables de la gestion de ces demandes.

[4] Le juge Frederick E. Gibson et la juge Snider ont à plusieurs reprises participé à des conférences téléphoniques avec les avocats des parties en février. Une fois convaincue qu'il était dans l'intérêt de la justice que les questions concernant les Directives n° 7 soient traitées aussi rapidement que possible pour en assurer l'équité et la justice, la juge Snider a ordonné la réunion des 20 demandes.

[5] Conformément à l'alinéa 105a) des *Règles des Cours fédérales*, l'ordonnance de la juge Snider prévoyait que les demandes de contrôle judiciaire ainsi réunies seraient, en partie, instruites conjointement, ou successivement, à la discrétion du juge chargé de l'audition. En vertu du paragraphe 107(1) des *Règles des Cours fédérales*, les questions soulevées dans les demandes de contrôle judiciaire ainsi réunies qui concernent en totalité ou en partie les Directives n° 7 devaient être jugées séparément dans le cadre d'une seule audience, à laquelle pourraient participer par vidéoconférence les avocats exerçant à l'extérieur de la région métropolitaine de Toronto s'il leur était impossible d'y assister en personne. L'ordonnance mentionnait également que toutes les autres questions soulevées dans chacune des causes réunies seraient jugées au cours d'audiences tenues séparément et présidées par un ou plusieurs juges, le plus rapidement possible à l'issue de l'audience accélérée portant sur les questions soulevées par les Directives n° 7. L'ordonnance fixait également des délais pour le dépôt d'autres observations écrites et d'affidavits, et l'achèvement des contre-interrogatoires des auteurs des affidavits.

[6] Avant l'audience concernant les questions soulevées par les Directives n° 7, une demande a été résolue sur consentement des parties, ce qui laisse donc 19 demandes à juger dans le cadre de la présente instance. L'audience a eu lieu à Toronto les 7 et 8 mars 2006, les avocats de Montréal et Halifax ayant participé par vidéoconférence. Les observations ont été reçues successivement des avocats de chacun des demandeurs et ont été suivies des observations réunies du défendeur. Les observations déposées en réplique ont été reçues

to file an IRB document during reply submissions, counsel were invited to submit further written representations on the content of that document following the hearing as well as to propose serious questions of general importance for certification in accord with IRPA, section 74.

[7] The evidence that was before Justice Blanchard in *Thamotharem* was also filed in these proceedings. That included the affidavits and cross-examinations, of Mr. Raoul Boulakia, President of the Refugee Lawyers Association, Professor James Galloway of the University of Victoria and former IRB member, Dr. Donald Payne, a psychiatrist, and Mr. Paul Aterman, lawyer and Director General, Operations for the IRB. This evidence is described in detail in Justice Blanchard's reasons at paragraphs 26-27.

[8] A second affidavit from Mr. Aterman, sworn January 6, 2006, and cross-examination dated February 23, 2006, were also filed. In addition, the respondent submitted the affidavit of Asad Kiyani sworn February 20, 2006 to which was attached two volumes of RPD decisions and excerpts of transcripts from RPD hearings relating to the implementation of Guideline 7.

[9] Simultaneous interpretation in English and French was provided on Tuesday, March 7, 2006 at the request of counsel for the respondent. Counsel for one applicant presented her submissions in French. The submissions in both languages were heard and understood by the Court without the assistance of the interpretation, as required by section 16 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 155] of the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31.

[10] In keeping with the consolidation order, submissions from counsel respecting the facts in relation to each application for judicial review were not received in this hearing except to the extent that counsel deemed it necessary to refer to them in support of their arguments respecting the Guideline 7 issues. Counsel

dans le même ordre. Étant donné que l'un des demandeurs a demandé et obtenu l'autorisation, par consentement, de déposer un document de la CISR à l'étape des observations déposées en réplique, les avocats ont été invités à fournir par écrit d'autres observations sur le contenu de ce document à la suite de l'audience, en plus de proposer des questions graves de portée générale aux fins de la certification conformément à l'article 74 de la LIPR.

[7] La preuve dont était saisi le juge Blanchard dans la décision *Thamotharem* a également été déposée dans la présente instance. Cette preuve inclut les affidavits et les contre-interrogatoires de M. Raoul Boulakia, président de la Refugee Lawyers Association, du professeur James Galloway de l'Université de Victoria et ancien commissaire de la CISR, du D^r Donald Payne, psychiatre, et de M^e Paul Aterman, avocat et directeur général des opérations de la CISR. Ces dépositions sont décrites en détail dans les motifs du juge Blanchard, aux paragraphes 26 et 27.

[8] Un deuxième affidavit de M^e Aterman, fait sous serment le 6 janvier 2006, et le contre-interrogatoire du 23 février 2006 relatif à cet affidavit, ont également été déposés. En outre, le défendeur a déposé l'affidavit d'Asad Kiyani, fait sous serment le 20 février 2006, auquel étaient joints deux volumes des décisions de la SPR et des extraits de transcriptions d'audiences de la SPR ayant trait à l'application des Directives n^o 7.

[9] Des services d'interprétation simultanée en anglais et en français ont été fournis le mardi 7 mars 2006 à la demande de l'avocat du défendeur. L'avocate d'un demandeur a présenté ses observations en français. Les observations dans les deux langues officielles ont été entendues et comprises par la Cour sans l'aide d'un interprète, comme l'exige l'article 16 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 155] de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31.

[10] Conformément à l'ordonnance visant la réunion des demandes, les observations des avocats concernant les faits se rapportant à chaque demande de contrôle judiciaire n'ont pas été déposées aux fins de la présente instance, sauf dans la mesure où les avocats jugeaient nécessaire d'y faire référence pour appuyer leur

did draw the Court's attention to the particular circumstances of certain applicants for whom an increased susceptibility to stress in a hearing room and to questioning by strangers could be inferred. Counsel also referred to portions of the transcripts of the refugee determination hearings to illustrate certain points in issue.

[11] After the hearing, on March 13, 2006, counsel for one of the applicants brought a motion in writing pursuant to rule 369 for an order to permit the applicant to amend his application record to include a second affidavit from Mr. Boulakia, attaching a recent decision by an RPD member opposed to Guideline 7. The respondent opposed that motion on the ground that it was incompatible with the order of Justice Snider dated February 20, 2006. By order dated April 1, 2006, I dismissed the motion to amend the application record.

LEGISLATIVE FRAMEWORK

[12] The provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act* that are of particular significance in these proceedings, in my view, are paragraph 159(1)(h), section 161, subsection 162(2) and section 170.

[13] The Chairperson's discretionary authority to issue guidelines to Board members is set out in IRPA paragraph 159(1)(h). The enactment states that the purpose of this authority is to assist the members with carrying out their duties:

159. (1) The Chairperson is, by virtue of holding that office, a member of each Division of the Board and is the chief executive officer of the Board. In that capacity, the Chairperson

...

(h) may issue guidelines in writing to members of the Board and identify decisions of the Board as jurisprudential guides, after consulting with the Deputy Chairpersons and the Director General of the Immigration

argumentation sur les questions relatives aux Directives n° 7. Les avocats ont attiré l'attention de la Cour sur la situation particulière de certains demandeurs dont on pouvait craindre qu'ils soient trop sensibles au stress dans une salle d'audience et aux questions pouvant leur être posées par des étrangers. Les avocats ont également fait référence à des parties des transcriptions des audiences relatives aux demandes d'asile pour illustrer certains des points en cause.

[11] Après l'audience, le 13 mars 2006, l'avocat de l'un des demandeurs a déposé une requête écrite en vertu de la règle 369 pour obtenir une ordonnance autorisant son client à modifier son dossier de demande en y incluant un deuxième affidavit de M. Boulakia, auquel est jointe une récente décision d'un commissaire de la SPR opposé aux Directives n° 7. Le défendeur s'est opposé à cette requête au motif qu'elle était incompatible avec l'ordonnance de la juge Snider en date du 20 février 2006. Dans une ordonnance datée du 1^{er} avril 2006, j'ai rejeté la requête en modification du dossier de la demande.

LE CADRE LÉGISLATIF

[12] Les dispositions de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* qui sont d'une importance particulière dans la présente instance sont, à mon avis, l'alinéa 159(1)h), l'article 161, le paragraphe 162(2) et l'article 170.

[13] Le pouvoir discrétionnaire du président de donner des directives aux commissaires de la CISR lui est conféré par l'alinéa 159(1)h) de la LIPR. La disposition prévoit que ce pouvoir s'exerce en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions :

159. (1) Le président est le premier dirigeant de la Commission ainsi que membre d'office des quatre sections; à ce titre :

[...]

h) après consultation des vice-présidents et du directeur général de la Section de l'immigration et en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions, il donne des directives écrites aux commissaires et précise les

Division, to assist members in carrying out their duties;

décisions de la Commission qui serviront de guide jurisprudentiel;

[14] Under IRPA, section 161, the IRB Chairperson may also make rules respecting, among other things, the “activities, practice and procedure” of each division of the Board. Rules made under this authority require the approval of the Governor in Council and must be laid before each House of Parliament within 15 sitting days of such approval. I note that there are no similar requirements for guidelines or jurisprudential guides under paragraph 159(1)(h). See *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228.

[14] En vertu de l'article 161 de la LIPR, le président de la CISR peut également prendre des règles visant, entre autres choses, les « travaux, la procédure et la pratique » de chacune des sections de la CISR. Les règles établies en vertu de ce pouvoir exigent l'approbation du gouverneur en conseil et doivent être déposées devant chacune des chambres du Parlement dans les 15 jours suivant leur approbation. Je signale qu'il n'y a pas d'exigence semblable pour les directives ou le guide jurisprudentiel dont il est question à l'alinéa 159(1)h). Voir les *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228.

[15] The text of subsection 161(1) is reproduced here:

[15] Le texte du paragraphe 161(1) est reproduit ci-dessous :

161. (1) Subject to the approval of the Governor in Council, and in consultation with the Deputy Chairpersons and the Director General of the Immigration Division, the Chairperson may make rules respecting

161. (1) Sous réserve de l'agrément du gouverneur en conseil et en consultation avec les vice-présidents et le directeur général de la Section de l'immigration, le président peut prendre des règles visant :

(a) the activities, practice and procedure of each of the Divisions of the Board, including the periods for appeal, the priority to be given to proceedings, the notice that is required and the period in which notice must be given;

a) les travaux, la procédure et la pratique des sections, et notamment les délais pour interjeter appel de leurs décisions, l'ordre de priorité pour l'étude des affaires et les préavis à donner, ainsi que les délais afférents;

(b) the conduct of persons in proceedings before the Board, as well as the consequences of, and sanctions for, the breach of those rules;

b) la conduite des personnes dans les affaires devant la Commission, ainsi que les conséquences et sanctions applicables aux manquements aux règles de conduite;

(c) the information that may be required and the manner in which, and the time within which, it must be provided with respect to a proceeding before the Board; and

c) la teneur, la forme, le délai de présentation et les modalités d'examen des renseignements à fournir dans le cadre d'une affaire dont la Commission est saisie;

(d) any other matter considered by the Chairperson to require rules.

d) toute autre mesure nécessitant, selon lui, la prise de règles.

[16] Subsection 162(2) indicates Parliament's intent that proceedings before the IRB are to be conducted with as little formality, and as quickly as is consistent with natural justice:

[16] Le paragraphe 162(2) indique que le législateur avait l'intention que les instances devant la CISR se déroulent avec aussi peu de formalisme et autant de célérité que le permet le respect des règles de justice naturelle :

162. (1) . . .

162. (1) [. . .]

(2) Each Division shall deal with all proceedings before it as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit.

(2) Chacune des sections fonctionne, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité.

[17] Section 170 describes the mandate of the Refugee Protection Division and sets out certain mandatory and permissive considerations respecting its proceedings:

170. The Refugee Protection Division, in any proceeding before it,

(a) may inquire into any matter that it considers relevant to establishing whether a claim is well-founded;

(b) must hold a hearing;

(c) must notify the person who is the subject of the proceeding and the Minister of the hearing;

(d) must provide the Minister, on request, with the documents and information referred to in subsection 100(4);

(e) must give the person and the Minister a reasonable opportunity to present evidence, question witnesses and make representations;

(f) may, despite paragraph (b), allow a claim for refugee protection without a hearing, if the Minister has not notified the Division, within the period set out in the rules of the Board, of the Minister's intention to intervene;

(g) is not bound by any legal or technical rules of evidence;

(h) may receive and base a decision on evidence that is adduced in the proceedings and considered credible or trustworthy in the circumstances; and

(i) may take notice of any facts that may be judicially noticed, any other generally recognized facts and any information or opinion that is within its specialized knowledge

BACKGROUND TO THE GUIDELINE 7 CONTROVERSY

[18] Under the authority of a provision in the predecessor statute, subsection 65(3) [as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 55] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, guidelines were issued by the Chairperson of the Immigration and Refugee Board to encourage consistent and transparent decision making with respect to a number of subject areas. The *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution* were issued in 1993 and

[17] L'article 170 décrit le mandat de la Section de la protection des réfugiés et énonce certaines considérations obligatoires et facultatives concernant son fonctionnement :

170. Dans toute affaire dont elle est saisie, la Section de la protection des réfugiés :

a) procède à tous les actes qu'elle juge utiles à la manifestation du bien-fondé de la demande;

b) dispose de celle-ci par la tenue d'une audience;

c) convoque la personne en cause et le ministre;

d) transmet au ministre, sur demande, les renseignements et documents fournis au titre du paragraphe 100(4);

e) donne à la personne en cause et au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve, d'interroger des témoins et de présenter des observations;

f) peut accueillir la demande d'asile sans qu'une audience soit tenue si le ministre ne lui a pas, dans le délai prévu par les règles, donné avis de son intention d'intervenir;

g) n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve;

h) peut recevoir les éléments qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder sur eux sa décision;

i) peut admettre d'office les faits admissibles en justice et les faits généralement reconnus et les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation.

LE CONTEXTE DE LA CONTROVERSE RELATIVE AUX DIRECTIVES N° 7

[18] Sous le régime d'une disposition de la loi précédente, en l'occurrence le paragraphe 65(3) [édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 55] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, des directives ont été établies par le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour favoriser la cohérence et la transparence des décisions portant sur un certain nombre de sujets. Les *Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration : Revendicatrices du statut de réfugié*

updated in November 1996 [Guideline 4]. *Guideline 1: Civilian Non-Combatants Fearing Persecution in Civil War Situations* was issued in March 1996; *Guideline 3: Child Refugee Claimants: Procedural and Evidentiary Issues* in September 1996; *Guideline 2: Guidelines on Detention* on March 12, 1998. Upon the coming into force of IRPA on June 28, 2002, the gender, civilian non-combatants and child refugee claimant guidelines were reissued by the Chairperson under paragraph 159(1)(h).

[19] In October 2003, the Chairperson issued three further guidelines as part of an action plan to address the backlog of refugee claims which had accumulated by that time. Guideline 5 dealing with the submission of personal information forms and abandonment proceedings came into effect on October 30, 2003 [*Guideline 5: Providing the PIF and No PIF Abandonment in the Refugee Protection Division*] and Guideline 6, relating to scheduling and date changes, became effective on December 1, 2003 [*Guideline 6: Scheduling and Changing the Date or Time of a Proceeding in the Refugee Protection Division*]. Guideline 7 was also made effective December 1, 2003 but was not brought fully into effect until June 2004.

[20] Paul Aterman's affidavits describe the purpose of these guidelines from the Board's perspective. He says that they are issued to address specific legal issues, to provide guidance on questions of mixed law and fact, to codify the exercise of discretion, and to provide guidance on procedural issues. The intent is to promote consistency, coherence and fairness in the treatment of cases at the Board. They are not viewed as binding. Members are advised to use their discretion to follow a different approach where warranted in individual cases. These views are also set out in a statement entitled "Policy on the use of the Chairperson's Guidelines" attached as Exhibit "J" to the second Aterman affidavit.

craignant d'être persécutées en raison de leur sexe ont été adoptées en 1993 et mises à jour en novembre 1996 [Directives n° 4]. Les *Directives n° 1 : Civils non combattants qui craignent d'être persécutés dans des situations de guerre civile* ont été adoptées en mars 1996; *Directives n° 3 : Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié*, en septembre 1996; et les *Directives n° 2 : Directives sur la détention*, le 12 mars 1998. À l'entrée en vigueur de la LIPR, le 28 juin 2002, les directives concernant les femmes qui craignent d'être persécutées en raison de leur sexe, les civils non combattants et les enfants qui revendiquent le statut de réfugié ont été remises en vigueur par le président en application de l'alinéa 159(1)h).

[19] En octobre 2003, le président a adopté trois nouvelles séries de directives dans le cadre d'un plan d'action visant à réduire l'arriéré des demandes d'asile qui s'était accumulé jusqu'à cette date. Les Directives n° 5 traitant du dépôt des formulaires de renseignements personnels et de la procédure de désistement sont entrées en vigueur le 30 octobre 2003 [*Directives n° 5 : Directives concernant la transmission du FRP et le désistement pour défaut de transmission du FRP à la Section de la protection des réfugiés*], et les Directives n° 6, ayant trait à la fixation et au changement des dates, le 1^{er} décembre 2003 [*Directives n° 6 : Mise au rôle et changement de la date ou de l'heure d'une procédure à la Section de la protection des réfugiés*]. Les Directives n° 7 sont également entrées en vigueur le 1^{er} décembre 2003, mais elles n'ont été appliquées entièrement qu'en juin 2004.

[20] Les affidavits de Paul Aterman décrivent l'objet de ces directives du point de vue de la CISR. Il dit qu'elles ont pour objet de traiter de questions juridiques précises, de fournir une orientation sur des questions mixtes de fait et de droit, de codifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et de donner des conseils sur les questions procédurales. Leur objet est donc de favoriser l'uniformité, la cohérence et l'équité dans le traitement des cas soumis à la CISR. Elles ne sont pas considérées comme obligatoires. Les commissaires sont invités à exercer leur pouvoir discrétionnaire d'adopter une démarche différente lorsque celle-ci est justifiée dans des cas particuliers. Ces opinions sont également exprimées dans une déclaration intitulée [TRADUCTION]

[21] At paragraph 30 of the second affidavit, Mr. Aterman states that prior to the issuance of Guideline 7, the order of questioning at RPD hearings varied regionally within the IRB. Guideline 7 introduced a national standard order of questioning. His affidavit further describes the consultations that were undertaken with interested non-governmental organizations prior to the implementation of the Guideline which resulted in steps being taken by the Board to respond to concerns raised. These included internal training sessions on questioning and a six-month phase-in period from December 1, 2003 to May 31, 2004 during which the standard order was implemented only with the claimant's consent.

[22] In paragraph 19 of Guideline 7, found at Exhibit "I" to the second Aterman affidavit, RPD members and others are advised:

In a claim for refugee protection, the standard practice will be for the [Refugee Protection Officer] RPO to start questioning the claimant. If there is no RPO participating in the hearing, the member will begin, followed by counsel for the claimant. [Emphasis added.]

[23] The paragraph concludes with the statement:

Beginning the hearing in this way allows the claimant to quickly understand what evidence the member needs from the claimant in order for the claimant to prove his or her case.

[24] The Guideline contemplates that the RPD will define the issues which are to be addressed at the hearing through disclosure of the RPD file screening form with the notice to appear for the hearing and that questioning would be limited to those issues and any others that the claimant may wish to submit. Guideline 7 covers matters such as case preparation, disclosure of documents, research requests, pre-hearing conferences,

« Politique sur l'utilisation des directives données par le président », jointe sous la pièce « J » au deuxième affidavit de M. Aterman.

[21] Au paragraphe 30 du deuxième affidavit, M. Aterman déclare qu'avant l'établissement des Directives n° 7, l'ordre des interrogatoires au cours des audiences de la SPR variait selon les régions administratives de la CISR. Les Directives n° 7 ont instauré à l'échelle nationale un ordre normalisé d'interrogatoire. Son affidavit décrit aussi les consultations tenues auprès des organismes non gouvernementaux intéressés avant la mise en œuvre des directives et qui ont amené la CISR à prendre des mesures pour répondre aux préoccupations exprimées. Ces mesures comprenaient entre autres des séances de formation interne sur la manière de mener un interrogatoire et une période de mise en application graduelle de six mois du 1^{er} décembre 2003 au 31 mai 2004, au cours de laquelle l'ordre normalisé n'était suivi qu'avec le consentement du demandeur d'asile.

[22] Au paragraphe 19 des Directives n° 7, qui est déposé sous la pièce « I » du deuxième affidavit de M. Aterman, les commissaires de la SPR et d'autres commissaires reçoivent le conseil suivant :

Dans toute demande d'asile, c'est généralement l'APR [agent de protection des réfugiés] qui commence à interroger le demandeur d'asile. En l'absence d'un APR à l'audience, le commissaire commence l'interrogatoire et est suivi par le conseil du demandeur d'asile. [Non souligné dans l'original.]

[23] Le paragraphe se termine sur la déclaration suivante :

Cette façon de procéder permet ainsi au demandeur d'asile de connaître rapidement les éléments de preuve qu'il doit présenter au commissaire pour établir le bien-fondé de son cas.

[24] Les Directives prévoient que la SPR définira les questions devant être traitées au cours de l'audience au moyen de la production du formulaire d'examen initial de la SPR et de l'avis de convocation et que l'interrogatoire se limitera à ces questions et à toutes celles que le demandeur d'asile souhaite proposer. Les Directives n° 7 traitent de questions comme la préparation du cas, la communication des documents, les

interpretation and the making of representations. The Guideline also stipulates the order of questioning where the Minister intervenes on the issue of exclusion, on other issues, or in an application to vacate or cease refugee protection.

[25] Paragraph 23 of the Guideline provides that the RPD member may change the order of questioning in exceptional circumstances. The examples provided of exceptional circumstances are a severely disturbed claimant or a very young child who might feel intimidated by an unfamiliar examiner and thereby finds it difficult to understand and answer questions. In such circumstances, the paragraph says, the member could decide that it would be better for the claimant's counsel to begin the questioning. However, the party who believes that exceptional circumstances exist is expected to make an application to change the order of questioning before the hearing and the application is to be made according to the *Refugee Protection Division Rules*, rule 44, that is, in writing before the hearing supported by evidence in affidavit or statutory declaration form.

[26] The introduction to the Guideline states, in part:

Administrative tribunals operate less formally and more expeditiously than courts of law. Accordingly, the *Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)* requires the IRB to deal with proceedings before it informally, quickly and fairly. The Chairperson has issued these guidelines to explain what the RPD does before and during the hearing to make its proceedings more efficient but still fair. The guidelines also set out what the RPD expects participants to do.

The guidelines apply to most cases heard by the RPD. However, in compelling or exceptional circumstances, the members will use their discretion not to apply some guidelines or to apply them less strictly.

Generally speaking, the RPD will make allowances for unrepresented claimants who are unfamiliar with the Division's processes and rules. Claimants identified as

demandes d'information, les conférences informelles avant l'audience, l'interprétation et le dépôt d'observations. Les Directives prévoient également l'ordre des interrogatoires en cas d'intervention du ministre sur la question de l'exclusion, sur d'autres questions, ou dans une demande d'annulation ou de constat de perte d'asile.

[25] Selon le paragraphe 23 des Directives, le commissaire peut changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles. À titre d'exemples, on mentionne un demandeur d'asile très perturbé ou un très jeune enfant qui pourrait se sentir intimidé par les questions d'un examinateur inconnu au point de ne pas être en mesure de les comprendre ni d'y répondre convenablement. Dans de telles circonstances, selon ce que prévoit le paragraphe, le commissaire peut décider de permettre au conseil du demandeur de commencer l'interrogatoire. Toutefois, la partie qui estime que de telles circonstances exceptionnelles existent doit soumettre une demande en vue de changer l'ordre des interrogatoires avant l'audience et cette demande doit être faite conformément à la règle 44 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, c'est-à-dire par écrit, avant l'audience, et être appuyée par une preuve sous forme d'affidavit ou de déclaration solennelle.

[26] Les Directives s'ouvrent sur les mots suivants :

Les tribunaux administratifs s'acquittent de leurs fonctions de façon moins formelle et selon une procédure plus expéditive que les cours de justice. Ainsi, la CISR est tenue, par la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR), de fonctionner sans formalisme et avec célérité et équité. Les présentes directives, données par le président, visent à expliquer les mesures prises par la SPR avant et pendant l'audience pour rendre sa procédure plus efficace tout en étant équitable. Les directives précisent également les attentes de la SPR à l'égard des participants.

Les directives s'appliquent à la plupart des cas entendus par la SPR. Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles ou impérieuses, les commissaires peuvent exercer leur pouvoir discrétionnaire pour ne pas appliquer certains éléments des directives ou pour les appliquer moins rigoureusement.

En général, la SPR se montre plus indulgente envers les demandeurs d'asile non représentés qui ne connaissent pas ses processus et ses règles. Elle fait preuve d'une plus grande

particularly vulnerable will be treated with special sensitivity.

[27] The role of RPD members under the IRPA is described in the Guideline as comparable to that of Commissioners under the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11. The text states that members may inquire into anything they consider relevant to establishing whether a claim is well founded and define the issues that must be resolved in order to render a decision. This role is distinguished in the Guideline from that of a judge. A judge's role, the Guideline states, is to consider the evidence and argument which the parties chose to present. Moreover, it provides, the RPD has control of its own procedure, including who is to start the questioning. RPD members, the text states, have to be actively involved to make the RPD's inquiry process work properly.

[28] Mr. Aterman's evidence is that in drafting the Guideline, a deliberate choice was made to avoid the use of terminology such as "examination-in-chief" and "cross-examination" as inappropriate concepts better suited to an adversarial model requiring judicial formality. Attached to his affidavit as Exhibit "N" is a copy of the Board's training handout entitled "Questioning 101" which instructs new members and RPOs [refugee protection officer] that they are not to "cross-examine" claimants, or employ aggressive techniques such as attempting to trap the claimant, to badger or harass by repetitious or misleading questions or to adopt a hostile or sarcastic tone. The object is not to try to "win" a case.

[29] Notwithstanding these instructions, the Court is familiar with instances in which RPD members have failed to live up to these expectations, some of which are described in the cases discussed below in these reasons and in the evidence of Mr. Boulakia and Professor Galloway. It is clear from that evidence that RPOs and members do not always maintain neutrality and a

sensibilité à l'égard des demandeurs d'asile particulièrement vulnérables.

[27] Le rôle des commissaires de la SPR en vertu de la LIPR est décrit dans les directives comme étant comparable à celui des commissaires nommés en vertu de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11. Le texte précise qu'ils peuvent enquêter sur toutes les questions qui, à leur avis, peuvent servir à déterminer si la demande est fondée et cerner les questions qui doivent être réglées pour qu'ils puissent prendre une décision. Les directives font une distinction entre ce rôle et celui d'un juge. Selon les directives, le rôle d'un juge est d'examiner les éléments de preuve et les arguments que les parties choisissent de présenter. En outre, elles prévoient que la SPR est maître de sa propre procédure, et peut décider notamment de la personne qui commence l'interrogatoire. Selon le texte des directives, les commissaires de la SPR doivent prendre une part active aux audiences pour que le travail d'enquête de la SPR soit efficace.

[28] Selon le témoignage de M^c Aterman, en rédigeant les Directives, le président a délibérément choisi d'éviter des termes comme « interrogatoire principal » et « contre-interrogatoire », parce qu'ils ne sont pas appropriés et qu'ils conviennent davantage à un modèle accusatoire exigeant le formalisme judiciaire. La pièce « N », jointe à son affidavit, est une copie d'un document de formation de la CISR intitulé « Interrogatoire 101 » qui donne instruction aux nouveaux commissaires et aux APR [agent de protection des réfugiés] de ne pas « contre-interroger » les demandeurs d'asile, ni d'employer des techniques musclées, par exemple essayer de tendre un piège au demandeur, de l'intimider ou de le harceler en lui posant plusieurs fois la même question ou des questions trompeuses, ni d'adopter un ton hostile ou sarcastique. Il ne faut pas essayer de « gagner » une cause.

[29] Malgré ces instructions, la Cour connaît des cas où les commissaires de la SPR ne se sont pas conformés à ces attentes; certains de ces cas sont décrits dans les causes traitées ci-dessous dans les présents motifs et dans les dépositions de M. Boulakia et du professeur Galloway. Il ressort clairement de ces dépositions que les APR et les commissaires n'adoptent pas toujours une

non-adversarial stance in their questioning as they are instructed to do in their training.

[30] It appears from the evidence, and submissions of counsel, that prior to the implementation of Guideline 7, it was common in Toronto, and possibly Calgary and Vancouver, although the evidence with respect to those cities is not clear, for counsel for the claimant to begin the questioning at the hearings. The RPO (if present) would then question the claimant, followed by the Board member if he or she had any remaining matters to raise. This practice, the applicants submit, was more in keeping with the nature of a quasi-judicial hearing and allowed for an “examination-in-chief” in which claimants were encouraged to fully recount their histories with the assistance of counsel whom they had come to know and trust.

[31] In Montréal and Ottawa, it appears the practice described in Guideline 7 was more common but was not mandatory before June 2004. In those cities, counsel could ask to question their clients first and were frequently accommodated by the Board members.

[32] According to Mr. Aterman’s affidavit evidence, the standard order of questioning was introduced as part of an action plan to increase the Board’s efficiency, decrease the average time of a hearing and reduce burdens on the Board’s resources while maintaining fairness. The applicants challenge these assertions as unfounded and unwarranted. The change, they say, has had little effect on hearing times or the overall disposition rate for refugee determinations but has denied claimants their rights to the effective assistance of counsel and to be heard, both of which are aspects of fundamental justice and procedural fairness.

ISSUES

[33] In considering the issues raised by the parties in these proceedings I have been conscious of the fact that

position neutre et non accusatoire dans l’interrogatoire qu’ils mènent comme on leur a donné instruction de le faire au cours de leur formation.

[30] Il ressort de la preuve, et des observations des avocats, qu’avant l’application des Directives n° 7, il était courant à Toronto, et peut-être aussi à Calgary et à Vancouver, bien que la preuve à l’égard de ces villes soit plus vague, que le procureur du demandeur d’asile commence l’interrogatoire à l’ouverture de l’audience. L’APR, s’il était présent, interrogeait ensuite le demandeur d’asile, suivi du commissaire si celui-ci ou celle-ci avait d’autres questions à poser. Selon les demandeurs, cette pratique s’apparentait davantage à une audience quasi judiciaire et permettait la tenue d’un « interrogatoire principal » au cours duquel les demandeurs d’asile étaient encouragés à raconter entièrement leur histoire avec l’aide d’un avocat qu’ils avaient appris à connaître et en qui ils avaient confiance.

[31] À Montréal et à Ottawa, il semble que la pratique décrite dans les Directives n° 7 était plus courante, sans être obligatoire, avant le mois de juin 2004. Dans ces villes, les avocats pouvaient demander à être les premiers à interroger leurs clients, ce qui leur était fréquemment accordé par les commissaires.

[32] Selon la preuve par affidavit de M^c Aterman, l’ordre normalisé des interrogatoires a été adopté dans le cadre d’un plan d’action visant à améliorer l’efficacité du travail de la Commission, à réduire la durée moyenne d’une audience et à diminuer le fardeau imposé aux ressources de la CISR, tout en assurant l’équité du processus. Les demandeurs estiment que ces affirmations ne sont ni fondées ni justifiées. Ils prétendent que le changement a eu peu d’effet sur la durée des audiences ou sur le taux général d’acceptation des demandes d’asile, mais qu’en revanche il a privé les demandeurs d’asile de leur droit à une aide efficace de la part de leur avocat et de leur droit d’être entendus, droits qui constituent deux aspects de la justice fondamentale et de l’équité procédurale.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[33] En examinant les questions soulevées par les parties dans la présente instance, j’ai tenu compte du fait

much of the ground that I am covering has been travelled previously by other judges of this Court, notably Justice Blanchard in *Thamotharem*. I am not bound by those decisions but the notion of judicial comity suggests that I should exercise restraint when dealing with legal issues which my colleagues have previously decided.

[34] Judicial comity is not the application of the rule of *stare decisis*, but recognition that decisions of the Court should be consistent to the extent possible so as to provide litigants with some predictability. I am aware, as was stated in *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590 (B.C.S.C.) [at page 592]:

. . . I have no power to overrule a brother Judge, I can only differ from him, and the effect of my doing so is not to settle but rather to unsettle the law, because, following such a difference of opinion, the unhappy litigant is confronted with conflicting opinions emanating from the same Court and therefore of the same legal weight.

[35] With judicial comity in mind, I have concluded that I should differ from the prior decisions of my colleagues only if I am satisfied that the evidence before me requires it or that I am convinced that the decisions were wrongly decided in that they did not consider some binding authority or relevant statute. In that regard, I would note that while the record before me includes the evidence that was before the Court in *Thamotharem*, it also includes new evidence that was not part of the record in that case.

[36] In these proceedings, the applicants' submissions start from Justice Blanchard's finding in *Thamotharem* that RPD members' discretion has been fettered by the manner in which Guideline 7 was defined and imposed. However, as he did not hold that the Guideline order of questioning, in itself, denied procedural fairness, the applicants collectively submit that the Court should recognize that a higher standard of procedural fairness is called for in refugee determination hearings. This,

qu'une bonne partie des sujets que j'aborde a déjà été traitée par d'autres juges de la Cour, notamment le juge Blanchard dans *Thamotharem*. Je ne suis pas lié par ces décisions, mais le concept de courtoisie judiciaire implique que je fasse preuve de déférence dans l'étude de questions juridiques que mes collègues ont déjà tranchées.

[34] La courtoisie judiciaire n'est pas l'application de la règle du *stare decisis*, mais bien la reconnaissance du fait que les décisions de la Cour doivent être uniformes dans toute la mesure possible de façon que les parties puissent plus ou moins savoir à quoi s'attendre. Je suis conscient de la portée des propos tenus dans l'arrêt *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590 (C.S.C.-B.) [à la page 592] :

[TRADUCTION] [. . .] je n'ai nullement le pouvoir d'infirmer le jugement d'un collègue, je ne peux que tirer des conclusions différentes, ce qui aurait pour effet non pas d'assurer la certitude, mais de créer l'incertitude dans les règles de droit, parce que, à la suite d'une telle divergence d'opinions, le malheureux justiciable se trouve aux prises avec des conclusions contradictoires émanant de la même juridiction et ayant donc la même force.

[35] Tout en gardant à l'esprit la notion de courtoisie judiciaire, j'ai conclu que je pourrai m'écarter des décisions rendues antérieurement par mes collègues uniquement si je suis convaincu que la preuve dont je suis saisi l'exige ou que les décisions rendues sont erronées parce qu'elles ne tiennent pas compte d'un précédent obligatoire ou d'une loi pertinente. À cet égard, j'aimerais signaler que, bien que le dossier présenté devant moi inclue la preuve dont était saisie la Cour dans l'affaire *Thamotharem*, elle comprend également de nouveaux éléments de preuve qui ne faisaient pas partie du dossier dans cette affaire.

[36] Dans la présente instance, les observations des demandeurs s'appuient sur la conclusion du juge Blanchard dans la décision *Thamotharem* selon laquelle le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR a été entravé par la façon dont les Directives n° 7 ont été élaborées et imposées. Toutefois, comme il n'a pas statué que l'ordre des interrogatoires prévu dans les Directives allait, en soi, à l'encontre de l'équité procédurale, les demandeurs soutiennent collectivement

they contend, would include a right to an “examination-in-chief” by their counsel in advance of any questioning by the RPO or Board member. The applicants submit that this should be acknowledged by the Court to be an aspect of fundamental justice in the context of refugee hearings, as contemplated by section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] or, the very least, as a principle of natural justice in the common-law sense.

[37] One applicant, Shurlyn Jones (IMM-1877-05), submits that it is never permissible for an RPD member, in the absence of an RPO, to engage in questioning the claimant prior to claimant’s counsel and that this practice results in an apprehension of institutional bias and undermines claimants’ right to an impartial and independent tribunal.

[38] Another applicant, Mike Balomba (IMM-9797-04), contends that the equality rights guaranteed by section 15 of the Charter have been infringed in that refugee claimants are discriminated against by being denied the same procedural protections as other litigants before judicial and quasi-judicial bodies, notably those who appear before the other Divisions of the IRB.

[39] The respondent also starts from Justice Blanchard’s decision and urges that I follow his finding that fairness does not dictate a right to an “examination-in-chief.” The respondent asks the Court to conclude, on the basis of the fresh evidence before me, that the discretion of RPD members has not in fact been fettered by implementation of the Guideline. To the extent that any of the applicants perceive that the application of the Guideline has denied them a fair hearing, the respondent submits that they may seek a remedy in this Court, as they have, and that each case of

que la Cour devrait reconnaître qu’il convient d’appliquer une norme plus élevée d’équité procédurale dans les audiences concernant les demandes d’asile. Selon eux, cette norme inclurait un droit à un « interrogatoire principal » par leur avocat avant que l’APR ou un commissaire ne les interroge. Les demandeurs soutiennent que la Cour devrait reconnaître qu’il s’agit là d’un aspect de la justice fondamentale dans le contexte des audiences sur les demandes d’asile, tel qu’envisagé par l’article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] ou, à tout le moins, d’un principe de justice naturelle dans le sens où l’entend la common law.

[37] L’une des demanderesse, Shurlyn Jones (IMM-1877-05), soutient qu’un commissaire de la SPR ne peut jamais, en l’absence d’un APR, interroger le demandeur d’asile avant le procureur de celui-ci et que cette pratique entraîne une crainte de partialité institutionnelle et mine le droit des demandeurs d’asile de se faire entendre devant un tribunal impartial et indépendant.

[38] Un autre demandeur, Mike Balomba (IMM-9797-04), prétend qu’on a porté atteinte aux droits à l’égalité garantis par l’article 15 de la Charte en ce que les demandeurs d’asile font l’objet de discrimination puisqu’on leur refuse les mêmes protections procédurales dont bénéficient d’autres demandeurs qui se présentent devant des organismes judiciaires ou quasi judiciaires, notamment ceux qui sont convoqués devant les autres sections de la CISR.

[39] Le défendeur s’inspire également de la décision du juge Blanchard et me demande instamment de suivre sa conclusion selon laquelle l’équité ne dicte pas de droit à un « interrogatoire principal ». Le défendeur me demande de conclure, sur la base des nouveaux éléments de preuve dont je suis saisi, que le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR n’a pas réellement été entravé par l’application des directives. Il soutient que si les demandeurs croient que l’application des directives les a privés du droit à une audience équitable, ils peuvent demander réparation à la Cour,

alleged procedural unfairness should be reviewed on an individual basis.

[40] The respondent urges the Court to resolve the controversy between the parties on administrative law principles rather than upon a Charter analysis.

[41] Further, the respondent submits that any applicants who did not object to the Guideline 7 procedure in a timely manner before the refugee hearing or in their applications for leave to this Court, should not now be permitted to claim a denial of procedural fairness.

[42] I have concluded that the issues related to Guideline 7 in the 19 applications before me that I must address in these reasons are as follows:

1. What is the standard of review to be applied to the applications under review?
2. Whether an analysis of the Guideline 7 procedure pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* analysis is required and, if so, does it infringe fundamental justice under section 7 or violate section 15?
3. Was the procedure mandated by Guideline 7, in itself, contrary to common-law principles of natural justice?
4. Did the implementation of Guideline 7 fetter the discretion of Board members?
5. Is Guideline 7 beyond the scope of the Chairperson's authority to issue guidelines?
6. Does questioning by the Board member demonstrate a reasonable apprehension of institutional bias?
7. If natural justice is implicated, when must the applicant raise an objection to the use of Guideline 7?

comme ils l'ont fait, et que chaque allégation de manquement à l'équité procédurale devrait être examinée individuellement.

[40] Le défendeur demande instamment à la Cour de résoudre la controverse qui existe entre les parties selon les principes du droit administratif, plutôt qu'en se fondant sur la Charte.

[41] En outre, le défendeur soutient que les demandeurs qui ne se sont pas opposés en temps opportun à la procédure prévue dans les Directives n° 7 avant l'audience sur la demande d'asile ou dans leur demande d'autorisation adressée à la Cour ne devraient pas être autorisés à prétendre qu'il y a eu, dans leur cas, déni d'équité procédurale.

[42] J'ai conclu que les questions ayant trait aux Directives n° 7 dans les 19 demandes dont je suis saisi et que je dois traiter dans les présents motifs sont les suivantes :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable aux demandes sous examen?
2. Une analyse de la procédure prévue dans les Directives n° 7 doit-elle être faite au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, ces directives contreviennent-elles à la justice fondamentale garantie par l'article 7 ou enfreignent-elles l'article 15?
3. La procédure imposée par les Directives n° 7 est-elle, en soi, contraire aux principes de justice naturelle qui existent en common law?
4. La mise en œuvre des Directives n° 7 entrave-t-elle le pouvoir discrétionnaire des commissaires?
5. Les Directives n° 7 outrepassent-elles le pouvoir du président d'adopter des directives?
6. L'interrogatoire mené par le commissaire de la CISR entraîne-t-il une crainte raisonnable de partialité institutionnelle?
7. Si la justice naturelle entre en jeu, à quel moment le demandeur doit-il s'opposer à l'utilisation des Directives n° 7?

ANALYSIS

Standard of Review

[43] In applications for judicial review of the actions of administrative tribunals, the starting point is usually to determine the standard of review on a pragmatic and functional analysis. This is a question of law which must be decided by the Court even in cases where the parties are in agreement as to what that standard should be: *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 S.C.R. 152, at paragraph 6.

[44] However, as noted by Justice Blanchard in *Thamotharem*, at paragraph 15, a pragmatic and functional analysis is not required when the Court is assessing allegations of the denial of natural justice or procedural fairness: *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539. Instead, the Court must examine the specific circumstances of the case and determine whether the tribunal in question observed the duty of fairness. If the Court concludes that there has been a breach of natural justice or procedural fairness, no deference is due and the Court will set aside the decision of the Board.

[45] Where a breach of fairness is found to result from a reasonable apprehension of bias, the standard is particularly demanding, particularly where, as here, the rights of claimants in proceedings before the Board are at stake: *Kozak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 4 F.C.R. 377 (F.C.A.) (*Kozak*).

Application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

[46] Two notices of constitutional question were served on the federal and provincial Attorneys General in these proceedings as required by section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)]. The notice filed in *Benitez* (IMM-9766-04) identifies three constitutional issues.

ANALYSE

La norme de contrôle

[43] Dans les demandes de contrôle judiciaire se rapportant à des mesures prises par les tribunaux administratifs, le point de départ consiste habituellement à déterminer la norme de contrôle à suivre selon une analyse pragmatique et fonctionnelle. Il s'agit d'une question de droit qui doit être tranchée par la Cour même dans les cas où les parties s'entendent sur la norme applicable : *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152, au paragraphe 6.

[44] Toutefois, comme le note le juge Blanchard dans la décision *Thamotharem*, au paragraphe 15, il n'est pas nécessaire que la Cour effectue une analyse pragmatique et fonctionnelle lorsqu'elle examine des allégations de manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale : *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539. La Cour doit plutôt examiner les circonstances particulières de l'affaire et décider si le tribunal en cause s'est conformé à son obligation d'agir équitablement. Si elle arrive à la conclusion qu'il y a eu manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale, elle n'est pas tenue de faire montre de déférence et elle doit annuler la décision de la CISR.

[45] Lorsque la Cour conclut qu'une crainte raisonnable de partialité a entraîné un manquement à l'équité, la norme est particulièrement exigeante, surtout lorsque, comme en l'espèce, les droits accordés aux demandeurs d'asile dans des procédures devant la CISR sont en jeu : *Kozak c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 4 R.C.F. 377 (C.A.F.) (*Kozak*).

L'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*

[46] Deux avis d'une question constitutionnelle ont été signifiés aux procureurs généraux du gouvernement fédéral et des provinces dans la présente instance comme l'exige l'article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)]. L'avis déposé dans l'affaire

They are: (1) that the order of questioning mandated by paragraph 19 of Guideline 7 is contrary to section 7 of the Charter; (2) that Guideline 7 is also contrary to section 15 of the Charter because persons appearing before other tribunals have a right to present their evidence first, have their counsel present their evidence first, and have their counsel question first; and (3) that the failure to implement the Refugee Appeal Division is contrary to section 7. This third issue was not argued at the hearing. The notice filed in *Jones* (IMM-1877-05) states that by permitting the Board member to conduct an examination-in-chief of the claimant, paragraph 19 breaches the right to a fair and independent judiciary resulting in a reasonable apprehension of bias which is contrary to section 7 of the Charter.

Section 7

[47] There is no dispute between the parties that section 7 of the Charter is engaged in the refugee determination process as that question was determined by the Supreme Court in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 (*Singh*). The respondent takes the position, however, that there is no need for the Court to determine this matter on fundamental justice considerations as this case may be resolved through the application of administrative law principles respecting natural justice.

[48] I note that in *Thamotharem*, neither the applicant nor the intervener argued that the Chairperson's standard order of questioning procedure violates the principles of fundamental justice guaranteed under section 7 of the Charter. Rather, they based their submissions on the common-law principles of natural justice and procedural fairness. Accordingly, Justice Blanchard determined the content of the procedural protections to be afforded the applicant in that case by an analysis of the factors described by Justice L'Heureux-Dubé in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*). The applicants submit that should be the

Benitez (IMM-9766-04) énonce trois questions constitutionnelles, à savoir : 1) l'ordre des interrogatoires imposé par le paragraphe 19 des Directives n° 7 est contraire à l'article 7 de la Charte; 2) les Directives n° 7 sont aussi contraires à l'article 15 de la Charte parce que les personnes qui comparaissent devant d'autres tribunaux ont le droit de présenter leur preuve en premier lieu, de faire présenter leur preuve d'abord par leur avocat, et d'être interrogées en premier lieu par leur avocat; et 3) l'omission d'instaurer la Section d'appel des réfugiés est contraire à l'article 7. Cette troisième question n'a pas été débattue à l'audience. L'avis déposé dans l'affaire *Jones* (IMM-1877-05) fait valoir qu'en autorisant le commissaire à mener un interrogatoire principal auprès du demandeur d'asile, le paragraphe 19 prive celui-ci de son droit d'être entendu par un appareil judiciaire équitable et indépendant, ce qui entraîne une crainte raisonnable de partialité qui est contraire à l'article 7 de la Charte.

L'article 7

[47] Les parties conviennent que l'article 7 de la Charte intervient dans le processus de détermination du statut de réfugié comme l'a statué la Cour suprême dans l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 (*Singh*). Toutefois, le défendeur prétend qu'il n'est pas nécessaire que la Cour décide de cette question en s'appuyant sur des considérations de justice fondamentale étant donné qu'elle peut la résoudre en appliquant les principes de droit administratif ayant trait à la justice naturelle.

[48] Je note que, dans l'affaire *Thamotharem*, ni le demandeur, ni l'intervenant n'ont fait valoir que l'ordre normalisé des interrogatoires prévu par le président viole les principes de justice fondamentale garantis par l'article 7 de la Charte. Ils ont plutôt fondé leurs arguments sur les principes de common law relatifs à la justice naturelle et à l'équité procédurale. Par conséquent, le juge Blanchard a décidé de la teneur des protections procédurales qui devaient être accordées au demandeur dans cette affaire en analysant les facteurs décrits par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*). Les

starting point in considering fundamental justice.

[49] As held in *Singh*, the Charter protects the personal security interests of Convention refugee status claimants. Those interests are engaged by the risk of being returned to persecution and claimants are thus entitled to fundamental justice in the determination of their status. “Fundamental justice”, as used in Charter section 7, is broader than the administrative law concept of natural justice. It encompasses substantive as well as procedural elements. At a minimum, fundamental justice in the refugee determination context requires that claimants are provided with an adequate opportunity to state their case and to know the case they have to meet. In *Singh*, the Supreme Court found that this requires notice and an oral hearing, although how that hearing was to be conducted was not specified.

[50] The applicants submit that refugee determination proceedings are quasi-judicial in nature because the Board has some of the trappings of a judicial body, adjudicates on individual rights, is statutorily mandated to hold hearings to make findings of fact, and must identify the relevant laws and apply them to the facts as found. Accordingly, the applicants submit, the procedures employed by the Board will not meet minimum standards of fairness if they deviate significantly from the curial mode. Moreover, as held in *Singh*, administrative convenience and considerations such as the interest of the tribunal in quicker resolution of cases cannot be determinative of fundamental justice principles. That is the important difference, they submit, between a natural justice argument and a fundamental justice argument—the needs of the tribunal, relevant to a natural justice analysis, cannot trump the Charter rights of the individual.

demandeurs soutiennent qu’il devrait s’agir là du point de départ dans tout examen portant sur la justice fondamentale.

[49] Comme il a été statué dans l’arrêt *Singh*, la Charte protège les intérêts relatifs à la sécurité des personnes qui revendiquent le statut de réfugié au sens de la Convention. Ces intérêts sont en jeu du fait que les demandeurs en question risquent d’être renvoyés dans un pays où ils pourraient être persécutés et ils ont donc droit à ce que leur statut soit déterminé selon les principes de justice fondamentale. La « justice fondamentale », au sens où cette expression est utilisée à l’article 7 de la Charte, est un concept plus large que celui de justice naturelle en droit administratif. Il englobe des éléments de fond tout autant que des éléments procéduraux. À tout le moins, dans le contexte de la détermination du statut de réfugié, la justice fondamentale exige que les demandeurs aient une possibilité suffisante d’exposer leur cause et de savoir ce qu’ils doivent prouver. Dans l’arrêt *Singh*, la Cour suprême a statué qu’il faut pour cela un avis et une audience, bien qu’elle n’ait pas précisé la façon dont cette audience devrait se dérouler.

[50] Les demandeurs soutiennent que la procédure de détermination du statut de réfugié est de nature quasi judiciaire, parce que la CISR possède certains des attributs d’un organisme judiciaire, qu’elle se prononce sur des droits individuels, que la loi l’oblige à tenir des audiences pour tirer des conclusions de fait, et qu’elle doit identifier les lois pertinentes et les appliquer aux faits tels qu’ils existent. Par conséquent, selon les demandeurs, les procédures employées par la CISR ne peuvent respecter les normes d’équité minimales si elles s’éloignent considérablement du mode judiciaire. Qui plus est, comme il a été statué dans l’arrêt *Singh*, la commodité administrative et des considérations telles que l’intérêt qu’a le tribunal à résoudre plus rapidement les cas dont il est saisi ne peuvent être des aspects déterminants des principes de justice fondamentale. C’est la différence importante qui existe, selon eux, entre un argument fondé sur la justice naturelle et un argument fondé sur la justice fondamentale—les exigences du tribunal, dans le contexte d’une analyse des principes de justice naturelle, ne peuvent l’emporter sur les droits d’une personne qui lui sont garantis par la Charte.

[51] The fundamental principles at stake here, the applicants submit, are the right to counsel and the right to be heard. Both principles, they argue, are undermined by the standard order of questioning procedure adopted by the Board, as the practice diminishes the role of counsel in assisting the client and prevents the claimant from adequately presenting his or her case.

[52] The issue was framed in somewhat different terms during oral argument. Counsel submitted that the two principles at play, the right to counsel and to be heard meet the test of fundamental justice principles defined by the Supreme Court in *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, i.e., they are legal principles, vital to our societal notion of justice and can be applied with precision and applied predictably. Counsel suggested, however, that the issue before the Court was slightly more subtle (transcript, at page 76):

It is whether or not within the context of a refugee hearing the right to be heard . . . encompasses the right of counsel to determine whether or not he will examine in chief.

[53] I have some difficulty with the notion that the rights at issue in these proceedings are those of counsel. This may have been just a matter of unfortunate phrasing but a recurring theme throughout the oral argument was that what upset counsel most was the loss of control over the presentation of the claimant's case in the hearing setting.

[54] I accept that counsel, generally, have spent considerable time with the claimants prior to the hearings, have gained their trust and know the evidence to be adduced and the claimants' frailties. Many claimants will have been traumatized from their past experiences, as was indicated by Dr. Payne in his evidence. Should the RPO or the Board member, strangers to the claimants, question first, the claimants may be exposed to unnecessary stress that may make it difficult for them to be properly heard.

[51] Selon les demandeurs, les principes fondamentaux qui sont en jeu en l'espèce sont le droit à un avocat et le droit d'être entendu. Toujours selon eux, l'ordre normalisé des interrogatoires adopté par la CISR porte atteinte à ces deux principes, étant donné que cette pratique diminue le rôle d'assistance de l'avocat envers son client et empêche le demandeur d'asile d'exposer convenablement sa cause.

[52] Cette question a été formulée dans des termes quelque peu différents au cours de la plaidoirie. Les avocats ont fait valoir que les deux principes en cause, le droit à un avocat et le droit d'être entendu, respectent le critère des principes de justice fondamentale établi par la Cour suprême dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, à savoir que ce sont des principes juridiques, fondamentaux dans la notion de justice de notre société et qu'ils peuvent être appliqués avec précision et d'une façon prévisible. Toutefois, les avocats font valoir que la question dont est saisie la Cour en l'espèce est un peu plus subtile, savoir (transcription, à la page 76) :

[TRADUCTION] Il faut décider si, dans le contexte d'une audience relative à une demande d'asile, le droit d'être entendu [. . .] englobe le droit de l'avocat de déterminer s'il procédera ou non à un interrogatoire principal.

[53] J'ai quelque difficulté à accepter que les droits en cause dans la présente instance sont ceux de l'avocat. Il se peut que cela ne soit dû qu'à une formulation boiteuse, mais pendant toute la plaidoirie on a répété à plusieurs reprises que ce qui frustré au plus haut point les avocats, c'est la perte de contrôle sur la présentation du cas du demandeur d'asile dans le cadre de l'audience.

[54] Je reconnais qu'en règle générale les avocats ont passé beaucoup de temps avec les demandeurs d'asile avant les audiences, qu'ils ont gagné leur confiance et qu'ils connaissent la preuve à présenter, ainsi que les points vulnérables de leurs clients. Bon nombre de demandeurs d'asile ont été traumatisés par leurs expériences passées, comme l'a précisé le D^r Payne dans son témoignage. Si l'APR ou le commissaire, qui ne les connaissent pas, les interrogent en premier lieu, ils risquent d'exposer ces personnes à un stress inutile qui peut ajouter à la difficulté pour eux de bien se faire comprendre.

[55] In the applicants' submissions, this vulnerability requires that the highest order of procedural protection be applied in refugee determinations and that the application of Guideline 7 be reviewed on fundamental justice standards. In my view, that vulnerability calls for sensitivity and discretion to be exercised by whomever is examining the claimant. Experienced RPOs and Board members may be more adept at it than inexperienced or poorly trained counsel.

[56] The respondent submits that fundamental justice does not require that a claimant for refugee status have a right to an "examination-in-chief". The proceedings are administrative in nature and the role of the hearings has to be considered in the context of the entire inquiry into the validity of the claim. There is no party adverse in interest to the claimant, unless the Minister intervenes on exclusion grounds, which happens in a small percentage of cases.

[57] As a general rule, the courts should endeavour to avoid expressing an opinion on a question of law where it is not necessary to do so in order to dispose of a case, especially when the question of law that need not be decided is a constitutional question: *Attorney General (Que.) and Glassco v. Cumming*, [1978] 2 S.C.R. 605, at page 611; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry in the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, at paragraph 9; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530.

[58] I note that in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraph 19, Justice Iacobucci stated that it was not necessary to consider the scope of section 7 in a case arising in the immigration context as it could be decided on administrative law principles and statutory interpretation. The same conclusion was reached by the Supreme Court in *Baker*, above, at paragraph 11. In *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, the Court discouraged litigants from seeking the use of "Charter values" to interpret legislation when it was not absolutely necessary to resolve ambiguity.

[55] Selon les prétentions des demandeurs, cette vulnérabilité exige qu'une protection procédurale optimale soit assurée dans l'étude des demandes d'asile et que l'application des Directives n° 7 soit examinée selon les normes de la justice fondamentale. À mon avis, cette vulnérabilité exige de quiconque interroge le demandeur d'asile qu'il fasse preuve de sensibilité et de discrétion. Les APR et les commissaires expérimentés ont parfois plus de facilité à adopter une telle conduite que des avocats manquant d'expérience ou de formation.

[56] Le défendeur fait valoir que la justice fondamentale n'exige pas qu'un demandeur d'asile ait droit à un « interrogatoire principal ». La procédure est de nature administrative et le rôle des audiences doit être examiné dans le contexte de l'ensemble de l'enquête sur la validité de la demande. Il n'y a pas de partie dont les intérêts s'opposent à ceux du demandeur, à moins que le ministre n'intervienne pour des motifs d'exclusion, ce qui se produit rarement.

[57] En règle générale, les tribunaux devraient éviter de se prononcer sur une question de droit quand cela n'est pas nécessaire pour disposer d'un cas, surtout quand cette question de droit est une question constitutionnelle : *Procureur général (Qué.) et Glassco c. Cumming*, [1978] 2 R.C.S. 605, à la page 611; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, au paragraphe 9; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

[58] Je note que, dans l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, au paragraphe 19, le juge Iacobucci a déclaré qu'il n'était pas nécessaire de traiter de la portée de l'article 7 dans une cause en matière d'immigration, étant donné que la Cour pouvait statuer sur le pourvoi en appliquant les principes de droit administratif et d'interprétation des lois. La Cour suprême est parvenue à la même conclusion dans l'arrêt *Baker*, précité, au paragraphe 11. Dans l'arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, la Cour a dissuadé les justiciables de chercher à invoquer les « valeurs de la Charte » pour interpréter la loi quand cela n'était pas absolument nécessaire pour résoudre une ambiguïté.

[59] In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*), the Supreme Court made the following comment in relation to the scope of fundamental justice at paragraph 113:

The principles of fundamental justice of which s. 7 speaks, though not identical to the duty of fairness elucidated in *Baker*, are the same principles underlying that duty. As Professor Hogg has said, “The common law rules [of procedural fairness] are in fact basic tenets of the legal system, and they have evolved in response to the same values and objectives as s. 7”: see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.) vol. 2, at para. 44.20. In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 212-13, Wilson J. recognized that the principles of fundamental justice demand, at a minimum, compliance with the common law requirements of procedural fairness. Section 7 protects substantive as well as procedural rights: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*. Insofar as procedural rights are concerned, the common law doctrine summarized in *Baker*, *supra*, properly recognizes the ingredients of fundamental justice. [Emphasis added.]

[60] The applicants seek to elevate the issue of the order of questioning in refugee determination proceedings to a level where constitutional protection would be required and appropriate. While it is an important issue in light of the security of the person interests that are affected by the fairness of the refugee determination process, I am satisfied that this case concerns classic administrative law issues that may be determined under the principles of natural justice and fairness without invoking the Charter. As noted in *Suresh*, the principles underlying the duty of fairness are the same as those of which section 7 speaks in the procedural context. This controversy can be properly dealt with on the basis of the procedural protections reflected in the common-law doctrine of fairness.

[61] I find, therefore, that it is not necessary for the Court to determine the scope and effect of fundamental justice under section 7 with regard to the application of the Guideline. If I am wrong in that regard, I would conclude that fundamental justice does not require that

[59] Dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*), la Cour suprême a fait l’observation suivante relativement à la portée de la justice fondamentale au paragraphe 113 :

Bien que les principes de justice fondamentale visés à l’art. 7 ne correspondent pas en tous points à l’obligation d’équité clarifiée dans *Baker*, ils sont les mêmes que ceux qui la sous-tendent. Pour reprendre les propos du professeur Hogg : [TRADUCTION] « Les règles de la common law [relatives à l’équité procédurale] sont en fait des préceptes fondamentaux du système juridique, et elles ont évolué en fonction des mêmes valeurs et des même objectifs que l’art. 7 » : voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, par. 44.20. Dans *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 212-213, madame le juge Wilson a reconnu que les principes de justice fondamentale exigeaient à tout le moins le respect des règles de la common law en matière d’équité procédurale. L’article 7 protège tout autant les droits procéduraux que les droits substantiels : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. En ce qui a trait aux droits procéduraux, la règle de la common law résumée dans *Baker*, précité, décrit correctement les éléments de la justice fondamentale. [Non souligné dans l’original.]

[60] Les demandeurs souhaitent élever la question de l’ordre des interrogatoires dans les instances ayant trait aux demandes d’asile à un niveau où la protection constitutionnelle serait nécessaire et appropriée. Bien que cela soit une question importante au vu des intérêts relatifs à la sécurité de la personne qui sont touchés par l’équité du processus de détermination du statut de réfugié, je suis convaincu que cette affaire concerne des questions classiques de droit administratif qui peuvent être tranchées en vertu des principes de justice naturelle et d’équité sans qu’il soit besoin d’invoquer la Charte. Comme il a été noté dans *Suresh*, les principes qui sous-tendent l’obligation d’équité sont les mêmes que ceux dont traite l’article 7 dans le contexte procédural. Cette controverse peut être résolue comme il se doit en s’appuyant sur les protections procédurales dont il est question dans la doctrine d’équité de la common law.

[61] Par conséquent, j’estime qu’il n’est pas nécessaire que la Cour détermine la portée et l’effet de la justice fondamentale garantie par l’article 7 au regard de l’application des directives. Si j’ai tort sur ce point, je conclurais que la justice fondamentale n’exige pas que

the questioning order employed in the civil and criminal courts be extended to refugee determination hearings. That procedural order was developed in the context of adversarial proceedings and strict rules of evidence in which the role of the Court was to oversee the contest between the parties, decide issues of law and instruct a jury, if sitting with one, or itself, if sitting alone, to find the facts and apply the law within the narrow confines of the pleadings or indictment.

[62] I recognize that the language of court procedures has crept into the practice of the IRB. Counsel and, indeed, Board members in their decisions speak of “examination-in-chief” and “cross-examination” and describe the procedure mandated by Guideline 7 as a “reverse order” of questioning. But the nature of the hearings before the RPD is meant to be administrative and non-adversarial, as is reflected in the language of subsection 162(2) and section 170 of the statute. If Parliament had intended that these hearings employ court procedures it could easily have said so. The legislative intent is to the contrary.

[63] Subsection 162(2) provides that “[e]ach Division shall deal with all proceedings before it as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit.” While section 170 states that the RPD must give the claimant and the Minister a reasonable opportunity to present evidence, question witnesses and make representations, the procedure is not bound by “legal or technical rules of evidence”.

[64] These provisions indicate to me a legislative intention to avoid the formalities which are attendant upon court hearings in civil or criminal proceedings. This legislative intention is not inconsistent with the requirements of fundamental justice. I note that the Supreme Court has cautioned against extending the procedural rights provided by the Charter for criminal cases to administrative law cases: *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraph 88.

l'ordre des interrogatoires suivi devant les tribunaux civils et criminels s'étend aux audiences relatives aux demandes d'asile. Cet ordre procédural a été élaboré dans le contexte d'une procédure accusatoire et de règles strictes de preuve où le rôle de la Cour consiste à résoudre le conflit entre les parties, à se prononcer sur des questions de droit et à instruire le jury ou le juge siégeant seul, selon le cas, qu'il s'agit de déterminer les faits pertinents et à appliquer la loi dans les limites bien définies du plaidoyer ou de l'accusation.

[62] Je reconnais que le langage des procédures judiciaires s'est infiltré dans la pratique de la CISR. Les avocats et, en fait, les commissaires utilisent dans leur décision les expressions « interrogatoire principal » et « contre-interrogatoire » et décrivent la procédure imposée par les Directives n° 7 comme étant un « ordre inversé » d'interrogatoires. Mais les audiences qui se déroulent devant la SPR sont de nature administrative et non accusatoire, comme il ressort du texte du paragraphe 162(2) et de l'article 170 de la Loi. Si le législateur avait eu l'intention que la procédure judiciaire soit suivie au cours de ces audiences, il aurait pu facilement le dire. Mais il a visiblement eu l'intention contraire.

[63] Le paragraphe 162(2) prévoit ce qui suit : « [C]haque des sections fonctionne, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité ». L'article 170 dispose que la SPR doit donner au demandeur d'asile et au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve, d'interroger des témoins et de présenter des observations, mais il précise qu'elle n'est pas liée par « des règles légales ou techniques de présentation de la preuve ».

[64] Ces dispositions m'indiquent que le législateur avait l'intention d'éviter les formalités qui sont accessoires aux audiences dans des instances civiles ou criminelles. Cette intention du législateur n'est pas incompatible avec les exigences de la justice fondamentale. Je note que la Cour suprême a fait une mise en garde contre la tentative d'étendre les droits procéduraux garantis par la Charte pour des causes criminelles à des cas de droit administratif : *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, au paragraphe 88.

[65] The Board should not be held to the same procedural standards as a judicial body. In *Kozak*, above, the Court of Appeal in commenting [at paragraph 55] on the Board's "uniquely difficult mandate of administrative adjudication" had this to say at paragraph 56:

In view of these challenges, the Board has had to devise means of maintaining and enhancing the consistency and quality of its decisions, which is of critical importance to its ability to perform its statutory functions and to retain its legitimacy. To this end, the Board's procedure should not be confined in a model of due process that draws exclusively on the judicial paradigm and discourages innovation. Nonetheless, procedures designed to increase quality and consistency cannot be adopted at the expense of the duty of each panel to afford to the claimant before it a high degree of impartiality and independence. [Emphasis added.]

[66] What constitutes a "reasonable opportunity to present evidence" must depend upon the circumstances of each case. It may be that in a particular refugee determination hearing it would be necessary for the claimant's counsel to question first in order to ensure that his or her evidence is properly presented. But I have difficulty understanding why that would be necessary in every case or why it is essential in fundamental justice terms that the claimant have the option at his or her discretion to determine the order of questioning, as the applicants have argued.

[67] Under Guideline 7, it remains open to each claimant in a refugee determination hearing to fully present any element of his or her case that the RPO or Board member does not explore in their initial questioning and to have the effective assistance of counsel in so doing. Were it to foreclose such an opportunity, I would have no hesitation in finding that the right to a hearing was being denied. But that is not the result of the implementation of Guideline 7. While fundamental justice entitles a refugee claimant to a fair hearing, it does not entitle him or her to "the most favourable procedures that could possibly be imagined": *R v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at page 362; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 46.

[65] La CISR ne devrait pas être tenue aux mêmes normes procédurales qu'un tribunal judiciaire. Dans l'arrêt *Kozak*, précité, la Cour d'appel [au paragraphe 55], en commentant le « mandat [. . .] de rendre des décisions administratives est particulièrement difficile » de la CISR disait ceci au paragraphe 56 :

Pour faire face à ces défis, la Commission a dû trouver des moyens de maintenir et d'accroître la cohérence et la qualité de ses décisions afin de pouvoir s'acquitter des fonctions que la loi lui confie et conserver sa légitimité. Aussi, la procédure de la Commission ne doit pas se limiter à un modèle d'application régulière de la loi s'inspirant uniquement du paradigme judiciaire et décourageant l'innovation. Les procédures destinées à accroître la qualité et la cohérence ne doivent toutefois pas être adoptées au détriment de l'obligation de chaque formation d'assurer au demandeur qui comparait devant elle un degré élevé d'impartialité et d'indépendance. [Non souligné dans l'original.]

[66] Ce qui constitue une « possibilité raisonnable de présenter des éléments de preuve » doit dépendre des circonstances de chaque cas. Il se peut qu'au cours de l'audition d'une demande d'asile particulière, il soit nécessaire que l'avocat du demandeur l'interroge en premier lieu pour s'assurer que sa preuve est correctement présentée. Toutefois, j'ai de la difficulté à comprendre pourquoi cela devrait être nécessaire dans tous les cas ou pourquoi il est essentiel, en termes de justice fondamentale, que le demandeur d'asile ait la faculté de déterminer, à sa discrétion, l'ordre des interrogatoires, comme l'ont fait valoir les demandeurs.

[67] En vertu des Directives n° 7, il reste loisible à chaque demandeur au cours d'une audience sur une demande d'asile de présenter complètement tous les éléments de sa cause que l'APR ou le commissaire n'abordent pas dans son interrogatoire initial et de se faire aider en cela par son avocat. Si on lui refusait une telle possibilité, je n'aurais aucune hésitation à conclure qu'il a été privé de son droit de se faire entendre. Mais ce n'est pas le résultat de l'application des Directives n° 7. Bien que la justice fondamentale donne à un demandeur d'asile le droit à une audience équitable, elle ne lui donne pas le droit de bénéficier « des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer » : *R c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la page 362; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 46.

Section 15

[68] With regard to section 15 of the Charter, counsel for one of the applicants has argued that refugee claimants are discriminated against because they do not have the right to present their evidence first and to have their counsel question them first, in contrast to the procedure before other tribunals, including the other IRB Divisions. This argument is advanced on a hypothetical and theoretical basis without reference to a factual foundation other than that revealed by the Guideline 7 documentation filed in these proceedings.

[69] There is no evidence before me as to the practice of other administrative tribunals and I am not prepared to speculate as to what their practices might be based on my own knowledge or counsel's submissions. In so far as the proceedings before the other IRB Divisions are concerned, the only material that I have indicates that they are in fact adversarial and involve parties with opposing interests. Thus, I would have difficulty finding that they are suitable comparators for the purpose of a section 15 analysis.

[70] In *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, the Supreme Court of Canada cautioned that Charter decisions should not be made in a factual vacuum as doing so would both trivialize the Charter and result in ill-considered opinions.

[71] I am satisfied that there is an insufficient factual basis in this case upon which the Court could decide whether claimants in refugee determination proceedings were discriminated against through the implementation of Guideline 7 as contemplated by section 15 of the Charter. And, as discussed above, it is not necessary to determine the question when there is an adequate alternative remedy available to the applicants at common law. Accordingly, I decline to address that question.

L'article 15

[68] Pour ce qui concerne l'article 15 de la Charte, l'avocat de l'un des demandeurs a fait valoir que les demandeurs d'asile font l'objet de discrimination parce qu'ils n'ont pas le droit de présenter d'abord leur preuve et d'obtenir que leur avocat les interroge en premier, contrairement à la procédure qui se déroule devant d'autres tribunaux, y compris les autres sections de la CISR. Cet argument est présenté sur une base hypothétique et théorique sans aucune référence à un fondement factuel autre que celui que révèlent les documents relatifs aux Directives n° 7 qui ont été déposés dans la présente instance.

[69] Je ne suis saisi d'aucune preuve quant à la pratique qui est suivie devant d'autres tribunaux administratifs et je ne suis pas disposé à conjecturer ce que peut être le fondement de leurs pratiques en m'appuyant sur mes propres connaissances ou sur les observations des avocats. Pour ce qui concerne la procédure suivie devant les autres sections de la CISR, les seuls documents dont je dispose révèlent que cette procédure est en fait accusatoire et qu'elle met en cause des parties ayant des intérêts opposés. J'ai donc de la difficulté à conclure qu'il s'agit là d'éléments comparatifs adéquats pour les fins d'une analyse fondée sur l'article 15.

[70] Dans l'arrêt *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, la Cour suprême du Canada a fait la mise en garde suivante : les décisions relatives à la Charte ne doivent pas être rendues dans un vide factuel car cela banaliserait la Charte et produirait des opinions mal motivées.

[71] Je suis convaincu qu'il n'y a pas en l'espèce de fondement factuel suffisant pour permettre à la Cour de décider si les demandeurs d'asile dans les procédures visant à déterminer le statut de réfugié font l'objet de discrimination du fait de l'application des Directives n° 7 au sens où l'entend l'article 15 de la Charte. En plus, comme je l'ai dit ci-dessus, il n'est pas nécessaire de décider de cette question quand il existe un redressement subsidiaire adéquat dont peuvent se prévaloir les demandeurs en vertu de la common law. Par conséquent, je refuse de traiter de cette question.

Is the procedure mandated by Guideline 7 and adopted by the tribunal contrary to natural justice?

[72] The question of whether the order of questioning implemented by the Board under Guideline 7 is, in itself, inconsistent with natural justice was addressed in a number of decisions of this Court prior to *Thamotharem*. In none of these decisions was “reverse order questioning” alone found to deny procedural fairness: *B.D.L. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 866 (*B.D.L.*); *Cortes Silva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 738 (*Cortes Silva*); *Martinez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1121 (*Martinez*); *Fabiano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1260 (*Fabiano*); *Liang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 622 (*Liang*); and *Zaki v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 48 Imm. L.R. (3d) 149 (F.C.) (*Zaki*).

[73] In general, the common view expressed by my colleagues in these decisions is that the procedure followed in each case had to be examined to determine whether there had been a breach of fairness. As stated by the Court in *Zaki*, above, at paragraph 14:

Although the Guideline per se is not, in my view, procedurally unfair, it may well be that its implementation in any given case is done in such a way as to lead to a conclusion that a claimant was not afforded an opportunity to make his case. The relevant question is whether the procedure, on the facts of this case, resulted in unfairness to the Applicant.

[74] Justice Blanchard reviewed these decisions in *Thamotharem* and found that, while instructive, they were not determinative of the issues before him. The Court had not previously had the benefit of the extensive evidence and submissions that were presented by the parties and by the intervener in that case. The issues had not been as comprehensively canvassed and argued. Accordingly, Justice Blanchard revisited the question of whether the application of Guideline 7, was, in itself,

La procédure imposée par les Directives n° 7 et adoptée par le tribunal est-elle contraire à la justice naturelle?

[72] La question de savoir si l'ordre des interrogatoires adopté par la Commission en vertu des Directives n° 7 est, en soi, contraire à la justice naturelle a été abordée dans bon nombre de décisions de la présente Cour avant la décision *Thamotharem*. Dans aucune de ces décisions n'a-t-on conclu que « l'ordre inversé des interrogatoires » à lui seul privait un demandeur d'asile du droit à l'équité procédurale : *B.D.L. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 866 (*B.D.L.*); *Cortes Silva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 738 (*Cortes Silva*); *Martinez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1121 (*Martinez*); *Fabiano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1260 (*Fabiano*); *Liang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 622 (*Liang*); et *Zaki c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1066 (*Zaki*).

[73] En général, l'opinion commune exprimée par mes collègues dans ces décisions est que la procédure suivie dans chaque cause a dû être examinée pour déterminer s'il y avait eu manquement à l'équité. Comme le déclare la Cour dans la décision *Zaki*, précitée, au paragraphe 14 :

À mon avis, les Directives ne constituent pas en soi un manquement à l'équité procédurale, mais il se peut fort bien que, dans un cas donné, elles soient appliquées de telle manière que l'on puisse affirmer qu'un demandeur d'asile n'a pas eu la possibilité d'exposer ses arguments. Le point à décider est celui de savoir si, eu égard aux circonstances de la présente affaire, la procédure a entraîné une iniquité pour le demandeur.

[74] Le juge Blanchard a passé en revue ces décisions dans l'affaire *Thamotharem* et a conclu que, bien qu'elles fussent instructives, elles ne lui permettaient pas de trancher de façon décisive les questions dont il était saisi. La Cour n'avait pas bénéficié auparavant d'éléments de preuve et d'arguments aussi nombreux que ceux qui ont été présentés par les parties et par l'intervenant dans cette affaire. Les questions n'avaient pas été formulées et débattues de façon aussi

inconsistent with procedural fairness.

[75] I have had the benefit of the thorough review of that question which Justice Blanchard conducted together with the submissions of counsel in these proceedings which have largely focused on his analysis.

[76] In an effort to establish that the Court has previously recognized that fairness dictates that refugee claimants must be examined first by their counsel, the applicants have cited several decisions in which the conduct of the hearing was in question. These include *Kante v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 525 (T.D.) (QL); *Ganji v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 135 F.T.R. 283 (F.C.T.D.) (*Ganji*); *Atwal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 258 (F.C.T.D.); and *Veres v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 124 (T.D.).

[77] These decisions were also the subject of submissions to the Court in *Thamotharem*. Following a review of each case, Justice Blanchard expressed the following conclusion at paragraph 46 of his reasons:

In my opinion, in none of these cases did the Court establish that the principles of natural justice and procedural fairness require that refugee claimants be questioned by their counsel first. In fact, whether the Board's choice of the order of questioning accorded with natural justice or procedural fairness was not before the Court in any of the cases. The cases all dealt with specific circumstances in which the Court held that the Refugee Board's conduct of the hearing was improper or led to an error in the Board's findings of fact.

And further at paragraph 53:

In my opinion, the cases cited by the applicant and the interveners do not lead to the conclusion that a meaningful

approfondie que par le passé. En conséquence, le juge Blanchard a réexaminé la question de savoir si l'application des Directives n° 7 était, en soi, incompatible avec l'équité procédurale.

[75] J'ai eu l'avantage de prendre connaissance de l'examen approfondi qu'a fait le juge Blanchard de cette question, de même que des arguments présentés par les avocats dans la présente instance et qui se fondent largement sur son analyse.

[76] S'efforçant d'établir que la Cour a déjà reconnu que l'équité accorde aux demandeurs d'asile le droit d'être d'abord interrogés par leur avocat, les demandeurs ont cité plusieurs décisions dans lesquelles la conduite de l'audience était en cause. Ces décisions comprennent les suivantes : *Kante c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 525 (1^{re} inst.) (QL); *Ganji c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1120 (1^{re} inst.) (QL) (*Ganji*); *Atwal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1693 (1^{re} inst.) (QL); et *Veres c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 124 (1^{re} inst.).

[77] Ces décisions ont également fait l'objet d'observations présentées à la Cour dans l'affaire *Thamotharem*. Après l'examen de chaque cas, le juge Blanchard a exprimé la conclusion suivante au paragraphe 46 de ses motifs :

À mon avis, la Cour n'a statué dans aucun de ces cas que les principes de justice naturelle et d'équité procédurale exigent qu'un demandeur d'asile soit d'abord interrogé par son procureur. En fait, la Cour n'était saisi dans aucune de ces affaires de la question de savoir si l'ordre des interrogatoires choisi par la Section était conforme à la justice naturelle ou à l'équité procédurale. Toutes ces décisions concernaient des circonstances particulières et, dans tous les cas, la Cour a statué que la Section des réfugiés n'avait pas dirigé l'audience de manière appropriée ou que la conduite de l'audience avait amené la Section à tirer des conclusions de fait erronées.

Il ajoute ensuite au paragraphe 53 :

À mon avis, les décisions invoquées par le demandeur et l'intervenant ne permettent pas de conclure qu'une possibilité

opportunity to present one's case includes a right to question first. Rather, they reaffirm that the Board is entitled to control the procedures of a hearing but that the Board must conduct the hearing in a way that does not unfairly restrict the claimant's right to present her or his case.

[78] Having closely reviewed the reasons in each of the cases cited above and considered the arguments of counsel, I see no reason to depart from the conclusions reached by my colleague in *Thamotharem* on the correct interpretation of these prior decisions. While the reasons for decision contain statements which may be construed as lending support for the notion that a fair hearing requires that the claimant's counsel question first, a close examination discloses that the Court in each case was more concerned with whether the hearing, as a whole, was fair than with the order of questioning. The order of questioning may have contributed to unfairness in a particular case but was not determinative of that finding.

[79] The applicants rely in particular upon two decisions of this Court: *Herrera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1724 (*Herrera*) and *Sandor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 266 F.T.R. 311 (F.C.) (*Sandor*). *Herrera* was considered by Justice Blanchard and distinguished. *Sandor* was, I believe, not addressed before Justice Blanchard.

[80] In *Herrera*, the Court held that a hearing had been unfairly conducted where the applicant's counsel had consented to the RPO questioning first, to be followed by the RPD member. The applicants rely on paragraph 4 of the reasons which reads as follows:

As argued by Counsel for the applicant in the present application, a serious due process issue exists as to whether there was a fair hearing before the RPD. At the hearing, the applicant was not allowed to lead his evidence, but instead, the Refugee Protection Officer was instructed to question first, and then, the RPD followed with what I find is accurately

raisonnable d'exposer sa cause inclut le droit d'être le premier à poser des questions. En fait, ces décisions confirment de nouveau que la Section peut contrôler le déroulement d'une audience, mais qu'elle doit mener celle-ci sans limiter de manière inéquitable le droit du demandeur d'exposer sa cause.

[78] Après avoir examiné minutieusement les motifs donnés dans chacune des causes citées ci-dessus et avoir examiné les arguments des avocats, je ne vois aucune raison de m'écarter des conclusions auxquelles est parvenu mon collègue dans *Thamotharem* sur l'interprétation qu'il convient de donner à ces décisions antérieures. Bien que les motifs à l'appui de la décision renferment des déclarations qui peuvent être interprétées comme favorables à l'idée que le principe de l'audience équitable exige que le procureur du demandeur d'asile soit le premier à poser des questions, un examen détaillé révèle que, dans chaque cas, la Cour était plus préoccupée par la question de savoir si l'audience, dans son ensemble, avait été équitable que par l'ordre des interrogatoires. L'ordre des interrogatoires peut avoir contribué à un résultat inéquitable dans un cas particulier, mais ce n'était pas l'élément décisif qui a permis de parvenir à cette conclusion.

[79] Les demandeurs s'appuient en particulier sur deux décisions de la Cour : *Herrera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1724 (*Herrera*) et *Sandor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1782 (*Sandor*). La décision *Herrera* a été examinée par le juge Blanchard, qui en a fait la distinction avec le cas dont il était saisi. Je ne crois pas que la décision *Sandor* ait été débattue devant le juge Blanchard.

[80] Dans *Herrera*, la Cour a statué qu'une audience avait été menée d'une manière inéquitable parce que le procureur du demandeur avait consenti à ce que l'APR soit le premier à interroger son client, suivi du commissaire. Les demandeurs s'appuient sur le paragraphe 4 des motifs de cette décision qui sont reproduits ci-dessous :

Comme l'a soutenu l'avocat du demandeur relativement à la présente demande, il se pose une grave question qui se rattache au principe de l'application régulière de la loi : le demandeur a-t-il eu droit à une audition équitable devant la SPR? Lors de l'audience, on n'a pas permis au demandeur de produire sa preuve, on a plutôt ordonné à l'agent chargé de la

described by counsel for the applicant as “badgering” cross-examination.

[81] The fact that the member conducted what the Court described as a “badgering cross-examination” alone would have been enough, in my view, to send the matter back for a rehearing. However, it is also clear from the decision that the Court was concerned that the RPD had effectively set a trap for the applicant at the outset of the hearing by misdescribing the issues to be addressed. At paragraph 5 he states:

It is quite clear that at the opening of the hearing the RPD had a suspicion that the Applicant’s credibility was seriously in question, given the variance between the two statements which were in the written record. Immediately prior to asking for the Applicant’s lawyer to consent to the procedure whereby the RPO would lead the claimant’s case, the case was simply called “a simple outlined claim”. As it turns out, it was anything but.

[82] As I read the Court’s reasons, this decision does not stand for the proposition that the claimant’s counsel must always question first but rather, whichever procedure is followed, that the claimant must be given fair notice of the issues and a fair opportunity to be heard. A similar reading of this decision was reached by Justice Blanchard in *Thamotharem* and by Justice Snider in *Zaki*.

[83] In *Sandor*, above, at paragraph 36, the Court found that the applicant was denied a fair hearing largely because of the Board member’s extensive questioning. He stated that he reached that conclusion because of this questioning and because of “the fact that the RPO was allowed to cross-examine the applicant before his examination in chief was completed” (emphasis added). This is the phrase that the applicants rely upon but, in my view, it is an exceedingly thin basis upon which to make the case that the Court has accepted that procedural fairness requires that counsel examine first.

protection des réfugiés d’interroger en premier le demandeur et la SPR a ensuite pris le relais en se livrant à un contre-interrogatoire « musclé », pour reprendre le qualificatif judiciaire de l’avocat du demandeur.

[81] Le fait que le commissaire ait effectué ce que la Cour décrit comme un « contre-interrogatoire musclé » aurait suffi à lui seul, à mon avis, pour que l’affaire soit renvoyée pour nouvelle audition. Toutefois, il ressort aussi clairement de la décision que la Cour se préoccupait du fait que la SPR avait effectivement tendu un piège au demandeur dès le début de l’audience en définissant de façon erronée les questions à débattre. Au paragraphe 5, il déclare ceci :

Il est tout à fait manifeste que, à l’ouverture de l’audition [*sic*], la SPR avait de graves soupçons quant à la crédibilité du demandeur, vu la divergence entre les deux déclarations figurant au dossier. Tout juste avant de demander à l’avocat du demandeur de consentir à la procédure consistant à laisser l’agent chargé de la protection des réfugiés d’exposer la thèse du demandeur, on a simplement parlé d’« exposer la cause uniquement dans ses grandes lignes ». Ce n’est absolument pas ce qui c’est produit.

[82] Selon l’interprétation que je donne des motifs de la Cour, cette décision n’appuie pas la thèse voulant que l’avocat du demandeur d’asile doit toujours interroger son client en premier mais plutôt que, quelle que soit la procédure suivie, le demandeur d’asile doit être équitablement informé des questions qui seront débattues et qu’il ait une possibilité raisonnable d’être entendu. Le juge Blanchard, dans *Thamotharem*, et la juge Snider, dans *Zaki*, ont interprété cette décision d’une manière semblable à la mienne.

[83] Dans la décision *Sandor*, précitée, au paragraphe 36, la Cour a statué que le demandeur avait été privé du droit à une audition équitable principalement en raison de l’interrogatoire poussé du commissaire. Il a déclaré qu’il était parvenu à cette conclusion en raison de cet interrogatoire et du « fait que l’APR a été autorisé à contre-interroger le revendicateur avant la fin de son interrogatoire principal » (non souligné dans l’original). C’est l’expression sur laquelle les demandeurs s’appuient mais, à mon avis, ce fondement visant à démontrer que la Cour a accepté que l’équité procédurale exige l’interrogatoire du client par son procureur en premier est extrêmement ténu.

[84] It appears that the hearing had commenced with the claimant's counsel questioning first when the interruptions from the Board member began. The issue of whether procedural fairness required that the claimant's counsel go first does not appear to have been squarely addressed in the proceedings as it had not been raised prior to the judicial review hearing. One may infer from the Court's reasons that it was the interruptions by the Board member that offended my colleague's sense of fairness together with the RPO's extensive questioning.

Baker Analysis

[85] As noted above, the factors to be considered in determining whether the common-law duty of fairness has been met by the procedures in question were discussed by Justice L'Heureux-Dubé in *Baker*, above, at paragraphs 22-28. The factors identified by Justice L'Heureux-Dubé, while not exhaustive, are as follows:

1. The nature of the decision being made and the process followed in making it.
2. The role of the particular decision within the statutory scheme.
3. The importance of the decision to the individual affected.
4. The legitimate expectations of the person challenging the decision where undertakings were made as to the procedure to be followed.
5. Whether the decision-maker is empowered by statute to set its own procedures.

[86] The application of these factors to the Guideline 7 order of questioning procedure was analysed in depth by Justice Blanchard in *Thamotharem*, at paragraphs 68-83 of his reasons. He concluded that an application of the first, second and third factors indicated that a higher level of procedural fairness was called for. His analysis of the fourth factor dealing with legitimate

[84] Il semble que l'audience ait débuté par l'interrogatoire du procureur du demandeur d'asile qui a voulu savoir quand les interruptions du commissaire ont commencé. La question de savoir si l'équité procédurale exige que le procureur du demandeur d'asile passe en premier ne semble pas avoir été clairement débattue au cours de la procédure étant donné qu'elle n'avait pas été soulevée avant l'audition du contrôle judiciaire. On peut déduire des motifs de la Cour que ce sont les interruptions du commissaire, de même que les nombreuses questions posées par l'APR, qui ont offusqué le sens de l'équité de mon collègue.

L'analyse de l'arrêt *Baker*

[85] Comme je l'ai noté ci-dessus, les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si l'obligation d'équité prévue par la common law a été respectée par les procédures en question ont été décrits par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker*, précité, aux paragraphes 22 à 28. Les facteurs relevés par la juge L'Heureux-Dubé, bien que la liste n'en soit pas exhaustive, sont les suivants :

1. La nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir.
2. Le rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif.
3. L'importance de la décision pour la personne visée.
4. Les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision lorsque des engagements ont été pris quant à la procédure à suivre.
5. La question de savoir si le décideur est habilité par la loi à choisir ses propres procédures.

[86] L'application de ces facteurs à l'ordre des interrogatoires prévu dans les Directives n° 7 a été analysée en détail par le juge Blanchard dans la décision *Thamotharem*, aux paragraphes 68 à 83 de ses motifs. Il a conclu que l'application des premier, deuxième et troisième facteurs fait ressortir qu'un degré d'équité procédurale plus élevé s'impose. Son analyse du

expectation and the fifth concerning the ability of the tribunal to control its own process pointed to a lesser standard. With regard to the importance of the decision to the individual affected, the third factor, I agree with Justice Blanchard that as the security interests of the claimants are engaged and will be determined by the Board's decision, this indicates that a higher degree of procedural fairness is required.

[87] The applicants do not take issue with Justice Blanchard's analysis of the second and third *Baker* factors but question his analysis of the first factor and invite me to reach different conclusions regarding the remaining two. They submit that there are additional factors that militate in favour of a higher standard of procedural fairness that were not considered in *Thamotharem*.

[88] The respondent questions Justice Blanchard's findings that the first two factors indicate a higher standard. The first, the respondent submits, should indicate a lower standard and the second is, at best, neutral. The third, the importance of the decision to the individual, the respondent agrees points to greater protection. In these reasons, I will deal only with those factors where there is a substantial disagreement between the parties.

[89] With respect to the second factor, the nature of the decision-making process in the legislative scheme, *Baker*, above, at paragraph 24, indicates that the lack of a right of appeal suggests a higher degree of procedural protection will be required.

[90] The applicants submit that the enactment by Parliament in the IRPA of provisions for a Refugee Appeal Division (RAD), combined with the failure of the Governor in Council to bring the RAD into effect enhances the duty of fairness owed to the applicant and decreases the deference owed by the Court to a decision of the Board on refugee protection. The applicants submit that the duty is greater and deference less than if the appeal provisions had not been legislated.

quatrième facteur ayant trait aux attentes légitimes et du cinquième facteur concernant le pouvoir de l'organisme d'établir sa propre procédure penche en faveur d'une norme inférieure. Pour ce qui est de l'importance de la décision pour la personne visée, soit le troisième facteur, je souscris à l'opinion du juge Blanchard selon laquelle, lorsque les droits à la sécurité de la personne sont en jeu et qu'ils seront l'objet de la décision de la Commission, l'équité exige des garanties procédurales plus importantes.

[87] Les demandeurs ne contestent pas l'analyse que le juge Blanchard fait des deuxième et troisième facteurs cités dans l'arrêt *Baker*, mais mettent en doute son analyse du premier facteur et me demandent d'en arriver à des conclusions différentes concernant les deux autres. Ils soutiennent qu'il y a d'autres facteurs militant en faveur d'une norme d'équité procédurale plus élevée qui n'ont pas été examinés dans la décision *Thamotharem*.

[88] Le défendeur conteste les conclusions du juge Blanchard selon lesquelles les deux premiers facteurs appellent une norme plus élevée. Selon lui, le premier facteur appelle une norme inférieure et le deuxième est, au mieux, neutre. Le troisième, savoir l'importance de la décision pour la personne visée, exige une protection accrue, ce que le défendeur reconnaît. Dans les présents motifs, je ne traiterai que des facteurs sur lesquels il y a un désaccord important entre les parties.

[89] Pour ce qui concerne le deuxième facteur, soit la nature du processus décisionnel à l'intérieur du régime législatif, il ressort de l'arrêt *Baker*, précité, au paragraphe 24, que des protections procédurales plus importantes seront exigées lorsque la loi ne prévoit aucune procédure d'appel.

[90] Les demandeurs soutiennent que l'adoption par le législateur, dans la LIPR, de dispositions prévoyant la création d'une section d'appel des réfugiés (SAR), combinée à l'omission du gouverneur en conseil d'instaurer cette SAR, accroît l'obligation d'équité qui est due au demandeur d'asile et diminue le degré de déférence dont la Cour doit faire preuve à l'égard d'une décision de la CISR concernant la protection accordée aux réfugiés. Les demandeurs soutiennent que l'obligation d'équité est plus importante et le degré de déférence

[91] The respondent acknowledges that the lack of a right to appeal a negative refugee decision is a factor to be considered in ascertaining the content of procedural fairness in refugee hearings as per the second branch of the *Baker* test. The respondent submits, however, that issues concerning the RAD are separate and distinct from the Guideline 7 issues that are properly before this Court.

[92] Justice Blanchard took into account the fact that IRPA, sections 110 and 111 creating the appeal division had not been brought into force in finding that the second factor called for greater protection. I have nothing to add to his conclusion in that regard other than to note that the appeal provided for in the unproclaimed sections was to be conducted on the basis of the record of the refugee determination proceedings below rather than through an oral hearing. Judicial review is not an appeal and this does not detract from the significance of the factor in the *Baker* analysis but in so far as that record may disclose procedural unfairness that may be addressed in an application for judicial review to this Court.

The nature of the decision being made by the administrative tribunal and the process followed in making that decision.

[93] With respect to the first factor, Justice Blanchard found that Parliament intended the RPD procedure to be less judicial and more inquisitorial. He concluded at paragraph 75, after comparing RPD hearings with court proceedings, that the RPD hearing was not an adversarial process notwithstanding the often aggressive and probing nature of questioning by RPOs and members. However, because the nature of the decision calls for the Board to adjudicate issues that have an impact on the rights of refugee claimants, he concluded that a higher level of procedural protection is warranted.

moins élevé que si les dispositions d'appel n'avaient pas été intégrées à la Loi.

[91] Le défendeur reconnaît que l'absence d'un droit d'appel dans le cas d'une décision refusant le statut de réfugié est un facteur dont il faut tenir compte pour déterminer la teneur du principe d'équité procédurale dans les audiences sur les demandes d'asile, comme le veut le deuxième volet du critère élaboré dans l'arrêt *Baker*. Toutefois, le défendeur fait valoir que les questions concernant la SAR sont distinctes de celles soulevées par les Directives n° 7 qui ont été à bon droit soumises à la Cour.

[92] Le juge Blanchard a pris en compte le fait que les articles 110 et 111 de la LIPR qui créent la section d'appel n'ont pas été mis en vigueur pour qu'on en conclut que le deuxième facteur exigeait une protection accrue. Je n'ai rien à ajouter à sa conclusion sur ce point, si ce n'est de faire remarquer que l'appel prévu dans les articles qui ne sont pas entrés en vigueur devait se fonder sur le dossier de la procédure relative à la demande d'asile devant le tribunal inférieur plutôt que d'être instruit sous la forme d'une audience. Le contrôle judiciaire n'est pas un appel et cela ne diminue pas l'importance du facteur dans l'analyse fondée sur l'arrêt *Baker* mais, dans la mesure où le dossier peut révéler une iniquité sur le plan procédural, il s'agit là d'une question qui peut être abordée dans une demande de contrôle judiciaire devant la Cour.

La nature de la décision rendue par le tribunal administratif et le processus suivi pour en arriver à cette décision

[93] Pour ce qui concerne le premier facteur, le juge Blanchard a conclu que le législateur souhaitait que la procédure de la SPR ressemble davantage à une enquête et moins à une procédure judiciaire. Il a conclu au paragraphe 75, après avoir comparé les audiences de la SPR et les procédures judiciaires, que les audiences de la SPR n'étaient pas de nature accusatoire, malgré le caractère souvent musclé et serré des interrogatoires effectués par l'APR et les commissaires. Toutefois, étant donné que la nature de la décision exige que la Section tranche des questions qui ont une incidence sur les droits des demandeurs d'asile, il a conclu qu'un degré élevé de protection procédurale est justifié.

[94] The applicants submit that the characterization of the refugee determination process as non-adversarial is suspect when the role of counsel for the claimant is compared to that of the RPO. Counsel's role is to demonstrate that the claimant is a person in need of protection. By contrast, the role of the RPO is, in part they submit, to flush out any weaknesses in the claimant's case which may lead to a determination that a person is not a person in need of protection. In this sense, the applicants contend the roles of counsel and the RPO are opposed.

[95] Further, the applicants submit that Justice Blanchard reached the conclusion that the refugee proceedings are non-adversarial without reference to a suitable factual foundation. Had he considered the facts in *Benitez* (IMM-9766-04), the lead application in these proceedings, he may have arrived at a different conclusion. In *Benitez*, it is submitted, the record discloses that the member and RPO in turn, took turns over almost the entire day of the hearing to aggressively examine the claimant on perceived inconsistencies in his account. This demonstrates, the applicants contend, that while RPOs and members are ostensibly neutral, in reality they see their role in a hearing as being to focus on any negative evidence while leaving the presentation of the positive evidence to counsel, effectively an adversarial position.

[96] The respondent points to the legislative framework as supporting the conclusion that the proceedings are non-adversarial and require a lesser standard of procedural protection. In particular, the respondent contrasts the rules applicable to the Immigration Appeal Division, constituted as a court of record under IRPA section 174, and clearly the setting for an adversarial contest. This was recognized by the Supreme Court in *Chieu*, at paragraph 82 which described the hearings before the Convention Refugee Determination Division, the RPD's forerunner, as "more inquisitorial in nature" in contrast to those before the IAD.

[94] Les demandeurs font valoir que la qualification de non accusatoire attribuée au processus de détermination du statut de réfugié est suspecte quand le rôle de l'avocat du demandeur d'asile est comparé à celui de l'APR. Le rôle de l'avocat est de démontrer que le demandeur d'asile est une personne à protéger. Inversement, le rôle de l'APR est, en partie selon eux, de faire ressortir dans la cause du demandeur d'asile toute lacune qui pourrait mener à la décision que cette personne n'est pas à protéger. Dans ce sens, les demandeurs soutiennent que les rôles de l'avocat et l'APR sont opposés.

[95] En outre, les demandeurs soutiennent que le juge Blanchard est parvenu à la conclusion que les procédures de détermination du statut de réfugié avaient un caractère non accusatoire sans un fondement factuel approprié. S'il avait examiné les faits de la cause *Benitez* (IMM-9766-04), la demande principale en l'espèce, il en serait peut-être venu à une conclusion différente. Dans l'affaire *Benitez*, selon eux, le dossier révèle que le commissaire et l'APR se sont relayés pendant presque toute la journée d'audition pour interroger le demandeur d'asile de façon musclée au sujet des incohérences qu'ils percevaient dans son récit. Selon les demandeurs, cela prouve que, même si les APR et les commissaires sont en apparence neutres, ils considèrent en réalité que leur rôle au cours d'une audience est de mettre l'accent sur tout élément de preuve négatif, tout en laissant la présentation des éléments de preuve positifs au procureur du demandeur d'asile, ce qui est en fait la position adoptée dans une procédure accusatoire.

[96] Pour sa part, le défendeur croit que le régime législatif appuie la conclusion selon laquelle la procédure n'est pas accusatoire et exige une norme de protection procédurale moindre. En particulier, il fait la comparaison avec les règles applicables à la Section d'appel de l'immigration, qui a été constituée en tant que cour d'archives en vertu de l'article 174 de la LIPR, où l'on se trouve manifestement en présence d'une procédure accusatoire. Cette situation a été reconnue par la Cour suprême dans l'arrêt *Chieu*, au paragraphe 82, qui décrit les audiences devant la Section du statut de réfugié, le prédécesseur de la SPR, comme étant « plus inquisitoires », contrairement à celles qui se déroulent devant la SAI.

[97] The respondent further submits that the fact that RPOs and Board members may question claimants does not make the process adversarial. Thorough questioning has been recognized by the Court as consistent with the Board's mandate to get at the truth of claims. If a member goes too far, an effective remedy is always available to claimants through judicial review: *Cota v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 872 (T.D.) (QL), at paragraph 26; *Shahib v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1250, at paragraph 20; *Bady-Badila v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 399.

[98] In my view, the conclusion that the process was intended by Parliament to be inquisitorial rather than adversarial in nature is supported on the face of the legislation. Notwithstanding Professor Galloway's evidence and the Court's awareness of egregious examples of hostile and aggressive questioning, I am not persuaded that a failure to respect that intent by RPOs or Board members in individual cases establishes that the hearings are adversarial. The process was not designed to be a contest between parties adverse in interest but rather an inquiry into whether a claim to Canada's protection is being legitimately made. In that context, a close examination of the merits of the claim is consistent with the nature of the process and the roles of the member and the RPO.

[99] While Refugee Protection Officers and Board members receive training and guidance on how to question effectively and how to deal with vulnerable claimants, it is not surprising that there will be cases in which the questioning crosses a line as to what is acceptable in terms of fairness. One should not assume from these exceptions that all hearings take on an adversarial tone and that the procedures adopted should mirror those used in a courtroom setting. The process does not require recognition of a higher procedural standard, such as the right to an examination-in-chief, but rather greater attention to ensuring that the hearing as a whole is conducted fairly.

[97] Le défendeur fait également valoir que le fait que les APR et les commissaires puissent interroger les demandeurs d'asile ne rend pas la procédure accusatoire. L'interrogatoire approfondi a été reconnu par la Cour comme étant compatible avec le mandat de la Commission qui est d'établir la véracité des revendications. Si un commissaire va trop loin, les demandeurs d'asile peuvent toujours avoir recours au contrôle judiciaire : *Cota c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 872 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 26; *Shahib c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1250, au paragraphe 20; *Bady-Badila c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 399.

[98] À mon avis, la conclusion selon laquelle le législateur souhaitait que le processus soit de nature plus inquisitoire qu'accusatoire est appuyée par le texte de la loi. Malgré le témoignage du professeur Galloway et le fait que la Cour soit au courant d'exemples flagrants d'interrogatoires hostiles et musclés, je ne suis pas convaincu qu'un manquement à cette intention du législateur par les APR ou les commissaires dans certains cas établisse le fait que les audiences sont de nature accusatoire. Le processus n'a pas été conçu pour être une contestation entre des parties ayant des intérêts opposés, mais plutôt une enquête visant à déterminer si la demande d'asile au Canada est légitime. Dans ce contexte, un examen approfondi du bien-fondé de la revendication est compatible avec la nature du processus et les rôles du commissaire et de l'APR.

[99] Bien que les agents chargés de la protection des réfugiés et les commissaires reçoivent formation et orientation sur la façon de poser efficacement des questions et sur la façon de traiter des demandeurs d'asile vulnérables, on ne peut s'étonner qu'il y ait des cas où l'interrogatoire dépassera les bornes de ce qui est acceptable en matière d'équité. Il ne faut pas déduire de ces exceptions que toutes les audiences se déroulent sur un ton accusatoire et que les procédures suivies devraient refléter celles qui sont utilisées dans une cour de justice. Le processus n'exige pas la reconnaissance d'une norme de protection procédurale plus élevée, comme le droit à un interrogatoire principal, mais plutôt une attention plus soutenue pour assurer que l'audience, dans son ensemble, se déroule équitablement.

Legitimate Expectation

[100] With regard to the fourth *Baker* factor, Justice Blanchard found that the Board's advance notice that it was implementing the procedure set out in Guideline 7 indicated that there was no legitimate expectation that refugee counsel would be able to question first. I note that the applicant in *Thamotharem* had not made any submissions on this factor.

[101] In these proceedings, the Toronto-based applicants submit that they had a legitimate expectation that they would be allowed to question first because that was the general practice prior to the adoption of the Guideline, outside of hearings conducted in Montréal and Ottawa. With respect to the Montréal-based applicants, they submit that the practice in that city was to allow counsel to question first on request, and that the reason why this was not done as a general rule had more to do with the exigencies of the provincial legal aid tariff than any other reason.

[102] Further the applicants submit, the elimination of certain of the procedural safeguards that were present under the former *Immigration Act*, such as two-member panels and the reduction of time within which to submit a Personal Information Form (PIF) has led to a legitimate expectation on the part of refugees that such protections as they have left will be respected, particularly in the absence of a statutory right to an appeal.

[103] The respondent contends that the applicants could not have a legitimate expectation concerning the order of questioning as refugee claimants were never given any indication that they would be questioned first by their counsel when they made their claims. They cannot rely on their counsel's experience that this is the way it was done in Toronto and assert that it should remain the same as the practice varied across the country. Moreover, counsel and claimants were advised of the adoption of the Guideline long in advance of its implementation.

L'attente légitime

[100] Pour ce qui est du quatrième facteur énoncé dans *Baker*, le juge Blanchard a conclu que le préavis donné par la CISR, selon laquelle elle s'apprêtait à mettre en œuvre la procédure énoncée dans les Directives n° 7, prouve que les demandeurs ne pouvaient légitimement s'attendre à ce que leur procureur soit le premier à les interroger. Je note que le demandeur dans la décision *Thamotharem* n'a pas présenté d'argument sur ce facteur.

[101] En l'espèce, les demandeurs de Toronto font valoir qu'ils pouvaient légitimement s'attendre à être autorisés à procéder en premier à l'interrogatoire parce que c'était la pratique généralement suivie avant l'adoption des Directives, à l'exception des audiences tenues à Montréal et à Ottawa. Pour ce qui est des demandeurs de Montréal, ils soutiennent que la pratique suivie dans cette ville consistait à autoriser, sur demande, le procureur du demandeur d'asile à être le premier à poser les questions, et que la raison pour laquelle cela n'était pas fait de façon générale tient plus aux exigences posées par le tarif de l'aide juridique provinciale qu'à toute autre explication.

[102] En outre, les demandeurs font valoir que la suppression de certaines garanties procédurales qui existaient en vertu de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, comme des formations constituées de deux commissaires et la réduction du délai prévu pour le dépôt du formulaire de renseignements personnels (le FRP), a mené les réfugiés à croire légitimement que les protections restantes seraient respectées, particulièrement en l'absence d'un droit d'appel prévu par la loi.

[103] Le défendeur fait valoir que les demandeurs ne pouvaient avoir d'attente légitime concernant l'ordre des interrogatoires étant donné que les demandeurs d'asile n'ont jamais été informés qu'ils seraient d'abord interrogés par leur procureur quand ils ont présenté leurs revendications. Ils ne peuvent s'appuyer sur l'expérience de leur procureur car ce dernier ne pouvait pas leur affirmer que, puisque cela se faisait à Toronto, cela se faisait ailleurs étant donné que la pratique varie d'une région à l'autre du pays. Qui plus est, les procureurs et les demandeurs d'asile ont été informés de l'adoption des Directives bien avant leur entrée en vigueur.

[104] In *Baker*, above, at paragraph 26, Justice L'Heureux-Dubé noted that the doctrine of legitimate expectation is based on the principle that the "circumstances" affecting procedural fairness take into account the promises or regular practices of administrative decision makers, and that it will generally be unfair for them to act in contravention of representations as to procedure, or to backtrack on substantive promises without according significant procedural rights. If the claimant has a legitimate expectation that a certain procedure will be followed, this procedure will be required by the duty of fairness.

[105] The cases cited by Justice L'Heureux-Dubé in support of this statement of principle are *Qi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (F.C.T.D.) (*Qi*); *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 98 F.T.R. 36 (F.C.T.D.) (*Mercier-Néron*); *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16 (C.A.) (*Bendahmane*).

[106] In each of these cases, the question of legitimate expectation arose in the context of representations made or alleged to have been made directly to the party seeking to rely on the doctrine. For example in *Qi*, the applicant had been invited to have counsel present at her interview but counsel was then denied an opportunity to take part in the process. In *Mercier-Néron*, a hearing was offered and then withdrawn. In *Bendahmane*, the Minister had advised the applicant that his claim would be considered and then proceeded to try to remove him.

[107] In these cases, there appear to have been no "representations as to procedure" or "substantive promises" made directly to any of the applicants with respect to the procedure to be followed. I am asked to find that a legitimate expectation arose from the regular practice of some Board members, at least in Toronto, to allow or invite counsel to question their clients first because that is what, in essence, counsel there have come to expect. In my view, the expectations of counsel do not constitute legitimate expectations in the sense

[104] Dans l'arrêt *Baker*, précité, au paragraphe 26, la juge L'Heureux-Dubé a mentionné que la doctrine de l'attente légitime est fondée sur le principe que les « circonstances » touchant l'équité procédurale comprennent les promesses ou pratiques habituelles des décideurs administratifs, et qu'il serait généralement injuste de leur part d'agir en contravention d'assurances données en matière de procédures, ou de revenir sur des promesses matérielles sans accorder de droits procéduraux importants. Si le demandeur d'asile s'attend légitimement à ce qu'une certaine procédure soit suivie, l'obligation d'équité exigera cette procédure.

[105] Les causes citées par la juge L'Heureux-Dubé à l'appui de cette déclaration de principe sont les suivantes : *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1615 (1^{re} inst.) (QL) (*Qi*); *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1995] A.C.F. n° 1024 (1^{re} inst.) (QL) (*Mercier-Néron*); *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16 (C.A.) (*Bendahmane*).

[106] Dans chacune de ces causes, la question de l'attente légitime s'est posée dans le contexte d'assurances qui ont été ou qui auraient été données directement à la partie cherchant à s'appuyer sur la doctrine. Par exemple, dans la décision *Qi*, la demanderesse avait été invitée à se faire accompagner par son procureur à l'entrevue, mais par la suite, on avait refusé au procureur la possibilité d'y participer. Dans la décision *Mercier-Néron*, une audience avait été offerte et avait ensuite été refusée. Dans la décision *Bendahmane*, le ministre avait informé le demandeur que sa revendication serait examinée et avait ensuite essayé de le renvoyer.

[107] Dans les causes susmentionnées, il semble qu'aucune « assurance en matière de procédure » n'ait été donnée ni aucune « promesse matérielle » faite directement à l'un ou l'autre des demandeurs concernant la procédure à suivre. On me demande de conclure qu'en raison de la pratique habituellement suivie par certains commissaires, à tout le moins à Toronto, on serait en droit de s'attendre légitimement à ce que les procureurs soient autorisés ou invités à interroger leurs clients en premier lieu parce que cela est,

contemplated in *Baker*.

The choice of procedures by the agency itself

[108] At paragraphs 81-83 of his reasons, Justice Blanchard concluded that Parliament accorded the Board the authority to determine its own procedures provided they were not contrary to the principles of natural justice. As the Court must guard against imposing a level of procedural formality that would unduly encumber efficient administration, he concluded this indicated a lesser level of procedural fairness.

[109] The applicants acknowledge that the courts have held that an administrative tribunal is master of its own proceedings and may determine the procedures to be followed where the enabling statute is silent: *Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560.

[110] The applicants submit, nonetheless, that for the purpose of the *Baker* analysis in this case, it is necessary to consider whether the evidence supports the conclusion that the order of questioning adopted by the Board does in fact improve its efficiency or, put another way, whether counsel-first questioning would be an impediment to hearing efficiency. They suggest that was not considered in *Thamotharem* and invite the Court in these proceedings to arrive at a different conclusion of the weight to be afforded this factor. The applicants point to the concession of Mr. Aterman on cross-examination that there is no evidence that the implementation of the Guideline order of questioning has, in itself, had any impact on increasing the efficiency of refugee hearings.

[111] I note that in *Baker*, above, at paragraph 27, Justice L'Heureux-Dubé stated that in this analysis respect must be accorded the choices of procedure made by the agency itself, particularly when the statute leaves to the decision maker the ability to choose its own

essentiellement, ce à quoi les avocats s'attendent. À mon avis, les attentes des avocats ne constituent pas des attentes légitimes au sens de l'arrêt *Baker*.

Les choix de procédure faits par l'organisme lui-même

[108] Aux paragraphes 81 à 83 de ses motifs, le juge Blanchard a conclu que le législateur avait conféré à la CISR le pouvoir d'établir sa propre procédure, pourvu que celle-ci respecte les principes de justice naturelle. Comme la Cour doit se garder d'imposer un degré de formalité procédurale qui risque de nuire indûment à une bonne administration, il a conclu que cela se traduisait par un degré d'équité procédurale moins élevé.

[109] Les demandeurs reconnaissent que les cours de justice ont statué qu'un tribunal administratif est maître de sa propre procédure et qu'il peut déterminer la procédure à suivre lorsque sa loi habilitante est muette sur ce point : *Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560.

[110] Les demandeurs font néanmoins valoir que, pour les fins de l'analyse fondée sur l'arrêt *Baker* en l'espèce, il est nécessaire d'examiner si la preuve appuie la conclusion selon laquelle l'ordre des interrogatoires adopté par la CISR améliore en fait son efficacité ou, autrement dit, si l'interrogatoire mené d'abord par l'avocat du demandeur d'asile serait un obstacle à l'efficacité de l'audience. Ils laissent entendre que cette question n'a pas été examinée dans la décision *Thamotharem* et ils invitent la Cour en l'espèce à tirer une conclusion différente sur l'importance qu'il convient d'accorder à ce facteur. Les demandeurs signalent la concession faite par M^e Aterman en contre-interrogatoire selon laquelle aucune preuve ne montre que l'application de l'ordre des interrogatoires prévu par les Directives a eu, en soi, une incidence sur l'amélioration de l'efficacité des audiences relatives aux demandes d'asile.

[111] Je note que, dans l'arrêt *Baker*, précité, au paragraphe 27, la juge L'Heureux-Dubé a déclaré que dans cette analyse il faut respecter les choix de procédure que l'organisme fait lui-même, particulièrement quand la loi laisse au décideur la possibilité de

procedures, or when the agency has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances. Important weight, she said, must be given to the choice of procedures made by the agency itself and its institutional constraints.

[112] It is clear that Parliament has left much to the Board to decide through the Chairperson's rule and guideline-making authority with respect to its own procedures. In giving weight to the choices made by the Board respecting its procedures, it is not necessary for the Court to conclude that these procedures have been effective or the best choice. That choice is for the Board to make, recognizing always that the application of the Board's procedures in an individual case may result in a denial of fairness. It is not appropriate, in my view, for the Court, in hindsight, to substitute its own view of what procedure would be preferable unless it is necessary to ensure natural justice.

"Other" Factors

[113] The five factors discussed by Justice L'Heureux-Dubé in *Baker* are not exhaustive of the considerations that may indicate that a higher degree of procedural protection is required. In *Thamotharem*, Justice Blanchard also considered the particular vulnerabilities that are found among refugee claimants, which he found to militate in favour of an increased requirement for procedural protections. However, he concluded, at paragraph 90, that the fact that many refugee claimants are vulnerable and as a result have difficulty testifying effectively does not necessarily make Guideline 7 unfair. It was a factor to be considered in each case but did not necessarily dictate that the order of questioning should always be counsel-first.

[114] The applicants submit that a number of considerations common to refugee claimants underscore the need to allow claimants' counsel to conduct an examination-in-chief in refugee proceedings. The

choisir sa propre procédure, ou quand l'organisme a une expertise dans le choix de la procédure appropriée dans les circonstances. Selon elle, il faut accorder une grande importance au choix de procédure fait par l'organisme lui-même et à ses contraintes institutionnelles.

[112] Il est clair que le législateur a laissé à la CISR beaucoup de latitude pour décider, par le truchement du pouvoir du président de prendre des règles et des directives, des questions se rapportant à ses propres procédures. En accordant une importance aux choix faits par la CISR relativement à sa procédure, il n'est pas nécessaire que la Cour conclue que cette procédure a été efficace ou qu'elle constituait le meilleur choix dans les circonstances. Il revient à la CISR de faire ce choix, et celle-ci doit toujours reconnaître que l'application de sa procédure dans un cas particulier peut entraîner un déni de justice. À mon avis, il n'est pas approprié que la Cour substitue, *a posteriori*, sa propre opinion sur la procédure qu'il aurait été préférable de suivre, à moins que cela ne soit nécessaire pour assurer le respect de la justice naturelle.

Les « autres » facteurs

[113] Les cinq facteurs décrits par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker* ne sont pas une liste complète des considérations qui peuvent amener à conclure qu'un degré plus élevé de protection procédurale est nécessaire. Dans la décision *Thamotharem*, le juge Blanchard a également examiné les vulnérabilités particulières des demandeurs d'asile, qui, à son avis, justifient que des garanties procédurales plus importantes leur soient accordées. Toutefois, il a conclu au paragraphe 90 que le fait que bon nombre de demandeurs d'asile soient vulnérables et aient en conséquence de la difficulté à témoigner efficacement ne rend pas nécessairement les Directives n° 7 inéquitable. C'est un facteur qui doit être pris en compte dans les circonstances de chaque cas, mais qui n'exige pas nécessairement que le demandeur soit toujours interrogé en premier lieu par son procureur.

[114] Les demandeurs soutiennent qu'un certain nombre de considérations communes aux demandeurs d'asile souligne la nécessité d'autoriser leur procureur à mener un interrogatoire principal dans les procédures

applicants point to characteristics shared by many refugee claimants which result from their experiences prior to coming to Canada. The following is a list of the characteristics identified:

1. Distrust of individuals in general and government agents in particular;
2. Post-Traumatic Stress Disorder;
3. Suppression and/or repression of memories;
4. Anxiety and panic attacks; and
5. Depression.

The applicants submit that because of these considerations, it is unfair to the applicants to have questioning begin by someone other than their own counsel.

[115] The respondent concedes that some refugee claimants do suffer from one, or a combination of the conditions outlined by the applicants. If a claimant believes that his or her personal circumstances require that an exception be made for him or her from the standard practice of questioning in the hearing, the respondent says, the claimant may file a motion setting out the specific reason why an exemption from the standard practice should be provided. The Board would then be in a position to make a determination as to whether the application of Guideline 7 to the particular case is the best course of action.

[116] Contrary to the applicants' assertions that Guideline 7 is intended to be a mandatory provision, the respondent submits that paragraph 23 anticipates that it may not be appropriate in every hearing. The Guideline does not require a specific mode of procedure. The claimant is free in any particular case to bring to the attention of the Board any relevant evidence which would establish why proceeding with an examination by the RPO or Board member would prejudice their case.

relatives à la détermination du statut de réfugié. Ils signalent des caractéristiques partagées par de nombreux demandeurs d'asile qui sont le résultat des expériences qu'ils ont connues avant d'arriver au Canada. Voici une liste des caractéristiques relevées :

1. la méfiance à l'égard d'autrui en général, et des fonctionnaires en particulier;
2. le syndrome du stress post-traumatique;
3. la suppression ou la répression des souvenirs;
4. l'anxiété et des accès de panique;
5. la dépression.

Les demandeurs soutiennent qu'en raison de ces considérations, il est inéquitable de laisser une personne autre que leur procureur les interroger en premier lieu.

[115] Le défendeur reconnaît que certains demandeurs d'asile souffrent de l'un ou de plusieurs des états mentionnés par les demandeurs. Si un demandeur d'asile croit que sa situation personnelle exige qu'une exception soit faite dans son cas afin que l'on s'écarte de la pratique d'interrogatoire habituellement suivie au cours de l'audience, il peut, selon le défendeur, déposer une requête énonçant la raison précise pour laquelle cette exception devrait lui être accordée. La CISR serait alors en mesure de déterminer si l'application des Directives n° 7 à ce cas particulier est la meilleure façon de procéder.

[116] Contrairement aux affirmations des demandeurs selon lesquelles on avait l'intention de faire des Directives n° 7 une disposition obligatoire, le défendeur soutient que le paragraphe 23 prévoit que ces directives peuvent, dans certains cas, ne pas être appropriées. Les Directives n'exigent pas un mode précis de procédure. Dans tout cas particulier, le demandeur d'asile peut attirer l'attention de la CISR sur un élément de preuve pertinent susceptible d'établir la raison pour laquelle un interrogatoire mené d'abord par l'APR ou le commissaire pourrait nuire à sa cause.

[117] The applicant in *Thamotharem* had not put forward any evidence that he had any of these characteristic vulnerabilities. The applicants submit that Justice Blanchard may have reached a different conclusion on the weight to be given this factor if he had evidence before him of actual, rather than hypothetical vulnerability.

[118] To illustrate, the applicants point to the case of applicant Gutierrez Trujillo (IMM-2709-05) in which a psychological report had been submitted to the Board indicating that he was suffering from post-traumatic stress that could affect his ability to testify. The Board member did not refer to this evidence in making his determination that the Guideline 7 order should be maintained. The applicants submit that fairness cannot be ensured by a case-by-case determination of the order of questioning if such evidence can be readily discounted or overlooked. Moreover, they submit, such a process would not contribute to the efficient use of the Board's resources. The only practical approach to the reality that many claimants have vulnerabilities which would make it fairer for their counsel to question them first, is to require this as the normal procedure.

[119] The respondent submits that the evidence indicates that the manner in which vulnerable claimants are questioned matters much more than who questions them. This was acknowledged by Dr. Payne in cross-examination. Professor Galloway conceded that the training received by members and RPOs and their involvement in hundreds of refugee hearings may well give them more experience and aptitude in questioning claimants than novice counsel. In cases where the questioning inhibits claimants' ability to present their cases, the Court can and will intervene if they have not been afforded a fair hearing.

[120] There is considerable strength to the applicants' argument that vulnerable claimants require greater care in presenting their evidence and that may well mean that counsel should be permitted to assist their clients by

[117] Dans la décision *Thamotharem*, le demandeur n'avait pas présenté d'éléments de preuve montrant qu'il présentait des vulnérabilités particulières. Les demandeurs soutiennent que le juge Blanchard aurait pu parvenir à une conclusion différente sur l'importance qu'il convient d'accorder à ce facteur s'il avait disposé d'éléments de preuve démontrant une réelle vulnérabilité, plutôt qu'une vulnérabilité hypothétique.

[118] Pour illustrer ce point, les demandeurs citent le cas du demandeur Gutierrez Trujillo (IMM-2709-05) à l'égard duquel un rapport psychologique remis à la CISR indiquait qu'il souffrait d'un syndrome de stress post-traumatique susceptible d'influer sur sa capacité de témoigner. Le commissaire n'a pas fait référence à cette preuve en décidant que l'ordre des interrogatoires prévu par les Directives n° 7 devait être maintenu. Les demandeurs soutiennent que l'équité ne peut être assurée en décidant au cas par cas de l'ordre des interrogatoires si ces éléments de preuve peuvent d'emblée être écartés ou ignorés. Qui plus est, selon eux, une procédure de ce genre ne favorise pas une utilisation efficace des ressources de la CISR. Étant donné que de nombreux demandeurs d'asile présentent des vulnérabilités telles qu'il serait plus juste de laisser leur procureur les interroger en premier, la seule démarche pratique qu'il convient d'adopter est d'en faire la procédure normale.

[119] Le défendeur soutient que la preuve révèle que la manière dont les demandeurs d'asile vulnérables sont interrogés importe davantage que de savoir qui les interroge. Ce fait a été reconnu par le D^r Payne en contre-interrogatoire. Le professeur Galloway a concédé que la formation que reçoivent les commissaires et les APR et leur participation à des centaines d'audiences relatives à des demandes d'asile pourraient leur donner plus d'expérience et d'aptitudes sur la façon d'interroger des demandeurs d'asile que des avocats inexpérimentés. Dans des cas où l'interrogatoire entrave la capacité des demandeurs d'exposer leur cause, la Cour peut intervenir et le fera si une audience équitable ne leur est pas offerte.

[120] L'argument des demandeurs selon lequel il faut aider davantage les demandeurs d'asile vulnérables à présenter leur preuve a un poids considérable et pourrait fort bien signifier que les procureurs devraient être

questioning them first, but I am not persuaded that this cannot be accommodated on a case-by-case basis with prior notice to the Board that a change in the order may be required. It is not every case that would require counsel to question first and I am satisfied from the additional evidence filed in these proceedings that members can and do make appropriate decisions to change the order of questioning when presented with a request and supporting information.

[121] An additional factor raised in these proceedings is the perceived distortion of the role of the Board member. The function of making decisions on a daily basis that have profound implications for those appearing before them is very challenging. Guideline 7 adds to the burden of that task as members must often now take on a lead role in questioning where no RPO is present, which is increasingly common.

[122] The applicants submit that while a Board member can and should ask questions to clarify matters that arise in the course of a hearing, it is not appropriate for the member to take on the role of counsel or the RPO and conduct an examination and/or cross-examination of a refugee claimant. The member should remain out of the arena in order to impartially assess the evidence presented in the course of the hearing and intervene only when necessary to clarify or gather evidence necessary to the determination if that evidence has not been elicited by counsel or the RPO. Guideline 7, it is submitted, impedes the adjudicative role of the member and this further contributes to the denial of procedural fairness.

[123] In support of this argument, the applicants rely upon a statement by Justice Stone of the Federal Court of Appeal in *Rajaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 135 N.R. 300 (*Rajaratnam*) in which he observed that the Court was concerned “that the Board member, by her questioning, may have removed her judicial hat and put on the hat of an advocate.” This arose in the context of extensive

autorisés à aider leurs clients en étant les premiers à les interroger, mais je ne suis pas convaincu que cela ne peut être décidé au cas par cas, moyennant un préavis à la CISR selon lequel qu’il y aurait lieu de changer l’ordre des interrogatoires. Le procureur n’a pas à interroger d’abord le demandeur d’asile qu’il représente dans tous les cas et je suis convaincu, d’après la preuve additionnelle qui a été déposée en l’espèce, que les commissaires ont le pouvoir de changer, et qu’ils changent effectivement, l’ordre des interrogatoires quand une demande accompagnée des renseignements à l’appui leur est soumise.

[121] La déformation perçue du rôle du commissaire est un autre facteur qui a été soulevé en l’espèce. Prendre quotidiennement des décisions ayant des répercussions profondes sur la vie des personnes qui comparaissent devant eux est extrêmement difficile. Les Directives n° 7 ajoutent à ce fardeau étant donné que les commissaires doivent souvent prendre un rôle prépondérant dans les interrogatoires lorsqu’aucun APR n’est présent, ce qui est de plus en plus fréquent.

[122] Les demandeurs font valoir que même si un commissaire peut et devrait poser des questions pour préciser des points qui sont soulevés au cours de l’audience, il n’est pas approprié que le commissaire adopte le rôle du procureur ou celui de l’APR en interrogeant ou en contre-interrogeant un demandeur d’asile. Le commissaire devrait demeurer au-dessus de la mêlée afin de pouvoir évaluer impartialement la preuve présentée au cours de l’audience et n’intervenir que lorsque cela est nécessaire pour préciser un point ou recueillir d’autres éléments de preuve nécessaires à sa décision si cette preuve n’a pas déjà été obtenue par le procureur ou l’APR. Les Directives n° 7, allègue-t-on, font obstacle au rôle d’arbitre du commissaire, ce qui contribue davantage au déni d’équité procédurale.

[123] À l’appui de cet argument, les demandeurs citent une déclaration du juge Stone de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Rajaratnam c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 1271 (C.A.) (QL) (*Rajaratnam*) dans lequel il faisait observer que la Cour craignait que « la commissaire ait, par ses questions, quitté son rôle judiciaire pour prendre celui d’un avocat ». Cela s’est produit dans le contexte d’un

questioning by the member after the evidence of the claimant had already been elicited by counsel and the refugee hearing officer. Justice Stone referred to the principles respecting judicial intervention in hearings and concluded that the questioning had remained within the bounds of propriety.

[124] The question was raised in *Rajaratnam* by the Court on its own motion and does not appear to have been fully argued by the parties. Moreover it occurred in the context of proceedings under the former legislation and the order of questioning was not in issue. Justice Stone's discussion supports the principles that a Board member must act fairly, impartially and judiciously, and does not stand, in my view, for the proposition that a member should not question a claimant or, indeed, that a member may not question in advance of the claimant's counsel.

[125] Some of the applicants have submitted that an additional factor in determining the content of the duty of fairness in refugee hearings should be the short time allowed for the preparation of the claimant's Personal Information Form (PIF). The argument is that as it is more difficult to present a complete history within the 28-day deadline, this has made it all the more necessary for claimants to present their cases first with the assistance of counsel. Further, they submit, the filing of the PIF and the presentation of the claimant's narrative in written form does not mitigate the need for an examination-in-chief. This is particularly so because of the central role that credibility determinations play in refugee proceedings. Since natural justice requires that credibility be assessed primarily on the basis of *viva voce* evidence, it follows that presentation of the PIF is not an adequate substitution for an examination-in-chief, the applicants submit.

[126] However, as also found by Justice Blanchard, the PIF is not the only way claimants may tell their story to the panel. They may also submit documentary

interrogatoire serré effectué par la commissaire après que la preuve du demandeur d'asile eut été expliquée par son avocat et par l'agent chargé de la revendication. Le juge Stone a fait référence aux principes ayant trait à l'intervention judiciaire dans les audiences et il a conclu que l'interrogatoire était demeuré à l'intérieur des limites acceptables.

[124] Dans l'arrêt *Rajaratnam*, la question a été soulevée par la Cour de sa propre initiative et ne semble pas avoir été pleinement débattue par les parties. En outre, cela s'est produit dans le contexte d'une instance introduite sous l'ancienne loi et l'ordre des interrogatoires n'était pas en cause. L'analyse du juge Stone appuie les principes selon lesquels un commissaire doit agir équitablement, impartialement et judicieusement, mais elle n'établit pas, à mon avis, qu'un commissaire ne devrait pas interroger un demandeur d'asile ni, en fait, qu'un commissaire ne peut interroger le demandeur d'asile avant le procureur de ce dernier.

[125] Certains des demandeurs ont fait valoir qu'un autre facteur permettant de déterminer la teneur de l'obligation d'équité dans les audiences relatives aux demandes d'asile est le court laps de temps accordé pour la préparation du formulaire de renseignements personnels (le FRP) du demandeur d'asile. Selon cet argument, comme il est plus difficile de présenter un récit complet dans un délai de 28 jours, il est d'autant plus nécessaire que les demandeurs d'asile exposent d'abord leur cause avec l'aide de leur procureur. En outre, d'après les demandeurs, le dépôt du FRP et la présentation par écrit de l'exposé narratif du demandeur d'asile n'atténuent pas la nécessité d'un interrogatoire principal. Cela est particulièrement vrai en raison du rôle clé que jouent les conclusions sur la crédibilité dans les procédures relatives à la détermination du statut de réfugié. Étant donné que la justice naturelle exige que la crédibilité soit évaluée principalement sur la base de témoignages de vive voix, il s'ensuit, selon les demandeurs, que la présentation du FRP n'est pas un substitut approprié à un interrogatoire principal.

[126] Toutefois, comme l'a également statué le juge Blanchard, le FRP n'est pas le seul moyen dont disposent les demandeurs d'asile pour raconter leur récit

evidence, make further written submissions before the hearing, make oral representations at the hearing and may have the opportunity to subsequently file further submissions. Claimants are not limited by their PIFs nor are any problems with the PIF process sufficient to elevate the standard of procedural fairness at the hearing to require a form of examination-in-chief.

Conclusion on the *Baker* analysis

[127] I have no difficulty, after considering the *Baker* factors and the further factors submitted by the applicants, in deciding that it has not been established that natural justice requires that counsel for a refugee claimant be provided with the opportunity to question the claimant first in order for the claimant to have a meaningful opportunity to present his or her case fully and fairly, or that the Guideline results in denial of the effective assistance of counsel.

[128] I agree with the conclusion reached by Justice Blanchard that the opportunity for the applicant to make written submissions and provide evidence to the Board, to have an oral hearing with the participation of counsel, and to make oral submissions, satisfies the requirements of the participatory rights required by the duty of fairness and that Guideline 7 does not, in itself, breach that duty.

Was the Discretion of Board Members Fettered by the Imposition and Implementation of Guideline 7?

[129] A convenient starting point for an analysis of this issue is the decision of the Ontario Court of Appeal in *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104 (*Ainsley*). In that case, the issue was whether an Ontario Securities Commission policy statement was actually a set of binding rules and thus required legislative or regulatory authority.

[130] At the trial level, the Court in *Ainsley* found the statement to be mandatory and regulatory in nature

à la CISR. Ils peuvent également produire des documents, présenter des prétentions écrites avant l'audience, faire des observations de vive voix à l'audience et déposer de nouvelles prétentions écrites après l'audience. Les demandeurs d'asile ne sont pas limités par leur FRP et les problèmes suscités par le processus de présentation du FRP ne sont pas suffisamment graves pour élever la norme de l'équité procédurale à l'audience au point d'exiger un interrogatoire principal.

Conclusion de l'analyse fondée sur l'arrêt *Baker*

[127] Après avoir examiné les facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker* et les autres facteurs présentés par les demandeurs, je n'ai aucune difficulté à conclure qu'il n'a pas été établi que la justice naturelle exige que le procureur d'un demandeur d'asile interroge d'abord son client de sorte que celui-ci ait une possibilité valable de présenter complètement et équitablement sa cause, ou que les Directives privent réellement le demandeur d'asile de l'aide que peut lui apporter son procureur.

[128] Je souscris à la conclusion du juge Blanchard selon laquelle la possibilité, pour le demandeur, de déposer des prétentions écrites et de produire une preuve devant la CISR, d'obtenir une audience à laquelle participe son procureur et de présenter des observations de vive voix satisfait aux exigences relatives aux droits de participation requis par l'obligation d'équité et que les Directives n° 7 ne contreviennent pas en soi à cette obligation.

L'imposition et la mise en œuvre des Directives n° 7 ont-elles entravé le pouvoir discrétionnaire des commissaires?

[129] La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104 (*Ainsley*) est un bon point de départ pour faire l'analyse de cette question. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si un énoncé de politique de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario était en fait une série de règles obligatoires qui relevaient donc d'un pouvoir de législation ou de réglementation.

[130] En première instance, la Cour a statué dans *Ainsley* que l'énoncé était obligatoire et de nature

based on three factors: (1) the language of the policy; (2) the practical effect of failing to comply with the policy; and (3) the evidence with respect to the expectations of the Commission and staff regarding the implementation of the policy: see *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1993), 14 O.R. (3d) 280 (Gen. Div.).

[131] In upholding that decision, the Court of Appeal held that the two factors of particular importance in determining whether a guideline has “crossed the Rubicon” dividing the not always clear line between guideline and regulation are the language of the statement and the threat of coercive action. In that case, the guideline read like a statute or regulation. Further, it made a direct link between compliance being “in the public interest” and the Commission’s power to sanction for infringement of that interest. As stated by Justice Doherty [at paragraph 20] for the Court, “[t]he threat of sanction for non-compliance is the essence of a mandatory requirement.”

[132] *Ainsley* was followed by the Federal Court of Appeal in *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 195 (*Ha*). *Ha* dealt with a policy which provided that counsel were not permitted to attend interviews with visa officers. The Court of Appeal concluded, at paragraphs 74-77, that the policy fettered the discretion of visa officers because of the mandatory nature of the language used, there was no indication that the officers had a duty to consider the particular circumstances of each case, the policy gave no guidance to the officers as to how to exercise that discretion other than to deny the attendance of counsel in each case, the objective evidence indicated that the officer in question treated the policy as fettering his discretion and the respondent had offered no evidence to indicate that counsel had ever been allowed to attend.

[133] In *Thamotharem*, Justice Blanchard determined that the implementation of Guideline 7 had the effect of

réglementaire en s’appuyant sur trois facteurs : 1) le texte de la politique; 2) l’effet pratique du manquement à cette politique; et 3) la preuve ayant trait aux attentes de la Commission et de son personnel concernant la mise en œuvre de la politique : voir *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1993), 14 O.R. (3d) 280 (Div. gén.).

[131] En maintenant cette décision, la Cour d’appel a conclu que les deux facteurs les plus importants pour déterminer si la ligne directrice avait « franchi le Rubicon », soit la limite parfois floue entre une ligne directrice et un règlement, étaient le texte de l’énoncé et la menace de mesures coercitives. Dans cette affaire, la ligne directrice se lisait comme une loi ou un règlement. En outre, elle établissait un lien direct entre le fait que son respect était dans « l’intérêt public » et le pouvoir de la Commission d’imposer des sanctions pour les atteintes à cet intérêt. Comme le déclarait le juge Doherty [au paragraphe 20] au nom de la Cour d’appel, [TRADUCTION] « la menace d’une sanction pour manquement à cette ligne directrice est l’essence même d’une condition obligatoire ».

[132] L’arrêt *Ainsley* a été suivi par la Cour d’appel fédérale dans *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 195 (*Ha*). L’arrêt *Ha* traitait d’une politique qui prévoyait que les avocats n’étaient pas autorisés à assister aux entrevues menées par les agents des visas. La Cour d’appel a conclu, aux paragraphes 74 à 77, que cette politique entravait le pouvoir discrétionnaire des agents des visas en raison de la nature obligatoire de la terminologie utilisée, du fait que rien n’indiquait que les agents avaient l’obligation d’examiner les circonstances particulières de chaque cas, que la politique ne donnait aux agents aucune orientation sur la façon d’exercer ce pouvoir discrétionnaire, sauf refuser aux avocats la possibilité d’assister à l’entrevue dans chaque cas, que la preuve objective indiquait que l’agent en question considérait la politique comme une entrave à son pouvoir discrétionnaire et que l’intimé n’avait produit aucune preuve pour établir que des avocats avaient déjà été autorisés à assister à ces entrevues.

[133] Dans la décision *Thamotharem*, le juge Blanchard a statué que l’application des Directives n° 7

fettering a Board member's discretion to decide the most appropriate process to follow in the circumstances of each case. Fundamental to the right of a fair hearing is that a Board member exercise independent judgment in deciding a case on its merits free from undue influence. Such fettering, in Justice Blanchard's view, constitutes undue influence upon the member and violates the principles of procedural fairness.

[134] The factors relied upon by Justice Blanchard in arriving at this conclusion are set out in paragraph 135 of his reasons which I reproduce below in part:

In the instant case, I am satisfied that there is significant evidence that the IRB made known to its members that they are expected to comply with the guideline save in exceptional cases. The problem is not so much with the expression of this expectation by the IRB, but rather its combination with a number of factors: the monitoring and expectation of compliance, the evidence of compliance, and especially the mandatory language of Guideline 7. These factors, in my view, all serve to fetter Board members' discretion. As Mr. Aterman acknowledged in testimony given on cross-examination: "It's a balancing which respects adjudicative independence on the one hand and the public and institutional interests in consistency on the other hand". In the circumstances of this case, the balancing of these interests, essentially because of the mandatory language used in Guideline 7, results in the interests of consistency outweighing the adjudicative independence of the Board member. The mandatory language of Guideline 7, the limited and narrow description of exceptional circumstances provided for in the guideline and the not so subtly expressed expectation of compliance by the IRB, all combine to limit a Board member's discretion. The fact that there are cases where a Board member has chosen not to follow the guideline does not cure these deficiencies.

[135] Since its release, *Thamotharem* has been followed in two other cases: *Jin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 40 Admin. L.R. (4th) 266 (F.C.) (*Jin*) and *Vazquez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 106 (*Vazquez*). Both cases were heard and decided shortly after the reasons in *Thamotharem* were released.

avait pour effet d'entraver le pouvoir discrétionnaire d'un commissaire de décider de la meilleure procédure à suivre compte tenu des circonstances de chaque cas. Le fait qu'un commissaire statue sur le bien-fondé d'une affaire de manière indépendante, sans aucune influence indue, est un élément fondamental du droit à une audience impartiale. Une telle entrave constitue, de l'avis du juge Blanchard, l'exercice d'une influence indue sur le commissaire et viole les principes de l'équité procédurale.

[134] Les facteurs sur lesquels le juge Blanchard s'appuie pour parvenir à cette conclusion sont énoncés au paragraphe 135 de ses motifs, qui sont reproduits en partie ci-dessous :

En l'espèce, je suis convaincu que la Cour dispose d'une preuve abondante démontrant que la Commission a fait savoir à ses membres qu'elle s'attendait à ce qu'ils se conforment aux directives, sauf dans des cas exceptionnels. Le problème ne concerne pas réellement l'expression de cette attente par la Commission, mais plutôt le fait qu'elle s'ajoute à d'autres facteurs : l'attente concernant l'observation des directives et la surveillance de cette observation, la preuve du respect des Directives n° 7 et, en particulier, le libellé contraignant de celles-ci. À mon avis, tous ces facteurs entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Comme M. Aterman l'a reconnu lors de son contre-interrogatoire : [TRADUCTION] « [c]et équilibre respecte l'indépendance des commissaires en matière de décision, d'une part, et les intérêts du public et de l'organisation en matière d'uniformité d'autre part. » Dans les circonstances de l'espèce, l'uniformité l'emporte sur l'indépendance des commissaires en matière de décision, essentiellement en raison du libellé contraignant des Directives n° 7. Ce libellé, la description restrictive des circonstances exceptionnelles contenue dans les directives et l'attente exprimée de manière pas très subtile par la Commission en matière de conformité ont pour effet de limiter le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Le fait qu'il y a des cas où un commissaire a choisi de ne pas suivre les directives ne corrige pas le problème.

[135] Depuis sa publication, la décision *Thamotharem* a été suivie dans deux autres affaires : *Jin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 57 (*Jin*) et *Vazquez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 106 (*Vazquez*). Ces deux affaires ont été entendues et décidées peu après la publication des motifs de la décision *Thamotharem*.

[136] In *Jin*, the Court was urged by the respondent to follow *Zaki* and not *Thamotharem*. The Court declined to do so, noting that the two decisions were not in conflict on the central question of whether Guideline 7, in itself, breaches procedural fairness. The Court concluded that *Zaki* was distinguishable for the reasons cited by Justice Blanchard. The Court indicated it was fully in agreement with Justice Blanchard's analysis of the fettering issue.

[137] Contrary to what may have been suggested in *Jin*, fettering was argued and considered in *Zaki*, albeit without the extensive evidence and submissions that were before the Court in *Thamotharem*. The Court concluded that fettering could not be established in a hypothetical context and that on the record there was no evidence to support such a finding. At paragraph 16 the Court stated that the Guideline 7:

... incorporates a flexible approach to the use of the RPD-first order of questioning; there is no rigid rule that purports to bind the RPD. It is up to each panel to determine, upon application, what order of questioning will be used. Whether a claimant will be granted the right to proceed first will depend on the facts of each case.

[138] In *Vazquez*, the oral hearing took place while the decision in *Thamotharem* was pending. The Court gave counsel the opportunity to submit written submissions once the *Thamotharem* reasons were available. Due to an administrative error, the respondent's submissions were not placed before the Court before the order was initially signed on January 31, 2006 (see the amended reasons issued February 9, 2006). Thus they were not taken into account in the reasons for the decision which refer solely to the *Thamotharem* and *Jin* decisions.

[139] In these proceedings, the respondent urges the Court to depart from the conclusions with respect to fettering reached by my colleague in *Thamotharem*. The issue, the respondent submits, is whether the working

[136] Dans la décision *Jin*, le défendeur demandait instamment à la Cour de suivre la décision *Zaki* et non la décision *Thamotharem*. La Cour a refusé de le faire, en notant que les deux décisions n'étaient pas en contradiction sur la question fondamentale de savoir si les Directives n° 7, en elles-mêmes, allaient à l'encontre de l'équité procédurale. La Cour a conclu qu'il y avait lieu d'établir une distinction avec la décision *Zaki* pour les motifs énoncés par le juge Blanchard. Elle a indiqué qu'elle souscrivait entièrement au raisonnement du juge Blanchard sur la question de l'entrave au pouvoir discrétionnaire.

[137] Contrairement à ce qui a pu être allégué dans la décision *Jin*, la question de l'entrave a été débattue et analysée dans la décision *Zaki*, bien que la Cour n'eût pas disposé de la preuve et des observations abondantes dont elle était saisie dans l'affaire *Thamotharem*. La Cour a conclu que l'entrave ne pouvait être établie dans un contexte théorique et que le dossier ne permettait pas d'étayer une telle conclusion. Au paragraphe 16, la Cour déclare que les Directives n° 7 :

[...] renferment donc une certaine flexibilité dans l'application de la règle qui accorde une priorité d'interrogatoire à la SPR; il n'y a pas de règle rigide qui prétende s'imposer à la SPR. Il appartient à chaque tribunal de déterminer, sur demande, l'ordre qui sera retenu pour les interrogatoires. Selon les circonstances de chaque affaire, le demandeur d'asile se verra ou non accorder la priorité d'interrogatoire.

[138] Dans la décision *Vazquez*, l'audience a eu lieu avant le prononcé de la décision *Thamotharem*. La Cour a donné aux avocats la possibilité de déposer des observations écrites après la publication des motifs de la décision *Thamotharem*. En raison d'une erreur administrative, les observations du défendeur n'ont pas été déposées devant la Cour avant que l'ordonnance n'ait été signée une première fois le 31 janvier 2006 (voir les motifs modifiés prononcés le 9 février 2006). Ils n'ont donc pas été pris en compte dans les motifs de la décision qui font uniquement référence aux décisions *Thamotharem* et *Jin*.

[139] En l'espèce, le défendeur demande à la Cour de s'écarter des conclusions ayant trait à l'entrave auxquelles est parvenu mon collègue dans la décision *Thamotharem*. Selon le défendeur, la question est de

and implementation of Guideline 7 has crossed the line between a non-mandatory guideline and a mandatory pronouncement having the same effect as a statutory instrument, such as a rule made by the Chairperson under the authority of IRPA section 161.

[140] I think it fair to say that my colleague Justice Blanchard relied less upon the factual history of the matter before him in *Thamotharem* and more upon the evidence relating to the form and content of the Guideline and the manner in which it was implemented in reaching his conclusion that Board members' discretion was fettered by the imposition of the Guideline. Indeed the applicants have submitted, as discussed above, that had he had a record before him similar to certain of those in these proceedings, he may have found that a higher degree of procedural protection was called for.

[141] The respondent points out that there was no evidence on the record in *Thamotharem* of a refusal by the Board member to exercise his discretion to vary the order of questioning due to the claimant's particular circumstances, no evidence of any particular vulnerability that would make testimony difficult, no argument of improper questioning and no request to vary the order outside the assertion of an absolute right to an examination-in-chief.

[142] The finding in *Thamotharem* that members' discretion is fettered turns on the language of the Guideline itself and the extrinsic evidence about how it could be interpreted and applied by RPD members and not on the facts of the particular case.

[143] At paragraph 119 of his reasons, Justice Blanchard found that the language of Guideline 7 left little doubt that the thrust of the Guideline indicates to Board members a mandatory process rather than a

savoir si le fonctionnement et l'application des Directives n° 7 a franchi la limite qui existe entre une ligne directrice non obligatoire et une déclaration obligatoire ayant le même effet qu'un texte réglementaire, par exemple une règle prise par le président conformément au pouvoir qui lui est conféré par l'article 161 de la LIPR.

[140] Je crois qu'il est juste de dire que mon collègue le juge Blanchard s'est appuyé moins sur les faits de l'affaire dont il était saisi dans *Thamotharem* que sur la preuve ayant trait à la forme et au contenu des Directives ainsi que sur la manière dont celles-ci étaient appliquées pour parvenir à sa conclusion selon laquelle l'imposition des Directives a entravé l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires. En fait, les demandeurs ont fait valoir, comme il en a été question ci-dessus, que s'il avait été saisi d'un dossier semblable à certains de ceux qui sont traités en l'espèce, il aurait pu conclure qu'un degré plus élevé de protection procédurale s'imposait.

[141] Le défendeur souligne que, dans l'affaire *Thamotharem*, il n'y avait aucune preuve au dossier indiquant qu'un commissaire avait refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire de modifier l'ordre des interrogatoires en raison de la situation particulière du demandeur d'asile, aucune preuve d'une vulnérabilité particulière qui aurait rendu son témoignage difficile, aucun argument faisant valoir que des questions déplacées avaient été posées et aucune demande faite en vue de modifier l'ordre des interrogatoires, à l'exception de l'affirmation d'un droit absolu à un interrogatoire principal.

[142] La conclusion tirée dans la décision *Thamotharem* selon laquelle il y a eu entrave au pouvoir discrétionnaire des commissaires s'appuie sur le libellé même des Directives et sur la preuve extrinsèque de la façon dont elles peuvent être interprétées et appliquées par les commissaires de la SPR, et non sur les faits particuliers de la cause.

[143] Au paragraphe 119 de ses motifs, le juge Blanchard a conclu que le libellé des Directives n° 7 laissait peu de doute quant au fait qu'elles ne recommandent pas un processus facultatif, mais

recommended but optional process: paragraph 19 provides that the standard practice will be for the RPO to begin, and if no RPO is participating at the hearing, the Board member will begin. Further, while paragraph 23 allowed for the Board member to vary the order of questioning, the basis for the finding by the Court in *Zaki* that it was sufficiently flexible, Justice Blanchard found that it set a high threshold for what constitutes “exceptional circumstances”: the claimant must be “severely” disturbed and the child must be “very” young for an exception to apply. He concluded that while these may be just examples, they restrict the sort of circumstances that may warrant an exception. He went on to state these views on the language used in Guideline 7:

The use of qualifiers such as “severely” and “very” leave little doubt that the scope of “such circumstances” contemplated by the guideline is limited. There may well be circumstances which do not fit within the scope of those “exceptional circumstances” contemplated in Guideline 7 which, in the discretion of the Board member, would warrant proceeding otherwise than by the standard order of questioning. The language of paragraph 23 may leave a member with the impression that he or she has no option but to follow the guideline in such cases. At the very least, in my view, paragraph 23 by requiring “exceptional circumstances” for straying from the norm deters the member from considering other factors before deciding what order of questioning is appropriate. Guideline 7 would in effect, in such a case, serve to fetter the member’s discretion.

[144] In urging me to depart from these conclusions, the respondent submits that the language of the Guideline has to be read as permissive rather than mandatory in keeping with the principles established in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, that discretion given by statute cannot be confined by general policy statements and that a term such as “will normally” does not mean “in every case”. Here, the respondent submits, the contextual evidence including the Board’s policy on the use of guidelines, indicate that members retain discretion to vary the order of questioning where they deem it appropriate.

établissent un processus obligatoire : le paragraphe 19 prévoit que ce sera normalement l’APR qui commencera et, en l’absence d’un APR, le commissaire. En outre, bien que le paragraphe 23 autorise le commissaire à modifier l’ordre des interrogatoires, le fondement qui a permis à la Cour, dans l’affaire *Zaki*, de parvenir à la conclusion qu’elles étaient suffisamment souples, le juge Blanchard a estimé que le paragraphe 23 fixait une norme rigoureuse quant à la nature des « circonstances exceptionnelles » : le demandeur d’asile doit être « très » perturbé ou l’enfant doit être « très » jeune pour qu’une exception s’applique. Il a conclu que bien que ces exemples ne soient peut-être que des exemples, ils limitent le type de circonstances pouvant justifier une exception. Il explique ensuite cette opinion en utilisant le libellé des Directives n° 7 :

L’emploi de l’adverbe « très » laisse peu de doute quant au fait que ces circonstances sont limitées. Des circonstances qui ne sont pas incluses dans ces « circonstances exceptionnelles » pourraient, de l’avis d’un commissaire, justifier que les interrogatoires se déroulent dans un ordre différent de l’ordre normalisé. Le libellé du paragraphe 23 peut laisser à un commissaire l’impression qu’il n’a d’autre choix que de suivre les directives dans de tels cas. À tout le moins selon moi, en prévoyant qu’il est possible de s’écarter de la norme uniquement dans des « circonstances exceptionnelles », le paragraphe 23 dissuade les commissaires de tenir compte d’autres facteurs avant de décider de l’ordre dans lequel les interrogatoires devraient se dérouler. Les Directives n° 7 auraient effectivement pour effet, dans un tel cas, d’entraver le pouvoir discrétionnaire du commissaire.

[144] En me demandant instamment de m’écarter de ces conclusions, le défendeur soutient que le libellé des Directives doit être lu comme facultatif plutôt qu’obligatoire pour respecter les principes établis dans l’arrêt *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, selon lesquels le pouvoir discrétionnaire conféré par une loi ne peut être restreint par des énoncés de politique générale et qu’une expression telle que « sera normalement » ne signifie pas « dans tous les cas ». En l’espèce, selon le défendeur, la preuve contextuelle portant notamment sur la politique de la CISR relative à l’utilisation des directives indique que les commissaires conservent le pouvoir discrétionnaire de changer l’ordre des interrogatoires quand ils le jugent approprié.

[145] The respondent relies on the new evidence attached to the affidavit of Asad Kiyani, some 40 decisions and excerpts of transcripts from hearings before various RPD members, which, the respondent submits, demonstrate that the conclusion that members' discretion has been fettered is not shared by the members themselves. I note that Justice Blanchard had evidence before him of Board members deviating from the Guideline order of questioning although the evidence was not as extensive as that filed by the respondent in these proceedings.

[146] While the attachments to the Kiyani affidavit provide only a selective picture of the response of Board members to Guideline 7, they support the respondent's contention that the discretion of Board members is not fettered by Guideline 7 and that members are not restricting themselves to the exceptional examples set out in paragraph 23 of Guideline 7 as an exhaustive list of instances in which the order of questioning should be varied as Justice Blanchard feared.

[147] In each of the cases, the member considers the applicability of the Guideline in the circumstances and then decides whether the order of questioning should be varied. There are no indications in these exhibits that Board members believe that they will be punished for failing to implement the standard order of questioning. Nor do they support the conclusion that the Guideline has the effect of causing a member, in conducting a hearing, to question whether he or she can adopt a particular procedure or a particular order of questioning of a claimant when the Board member legitimately holds the view that the standard order prescribed by the Guideline is not the best or fairest way to proceed in the circumstances.

[148] In Exhibit A-1, counsel objected to the Guideline on the basis that it violates natural justice. The member stated that she had no difficulty with counsel going first but suggested that if his objection was a matter of routine, that in the future he put it in writing in advance of the hearing.

[145] Le défendeur s'appuie sur les nouveaux éléments de preuve joints à l'affidavit d'Asad Kiyani, soit quelque 40 décisions et des extraits des transcriptions des audiences qui ont eu lieu devant divers commissaires qui, selon lui, démontrent que la conclusion selon laquelle le pouvoir discrétionnaire des commissaires a été entravé n'est pas partagée par les commissaires eux-mêmes. Je note que le juge Blanchard était saisi d'une preuve indiquant que les commissaires s'étaient écartés de l'ordre des interrogatoires prévu dans les Directives, bien que cette preuve n'ait pas été aussi détaillée que celle qui a été déposée par le défendeur en l'espèce.

[146] Bien que les pièces jointes à l'affidavit Kiyani n'offrent qu'un aperçu sélectif de la réponse des commissaires aux Directives n° 7, elles appuient la prétention du défendeur selon laquelle les Directives n° 7 n'entravent pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires et que ceux-ci ne croient pas que les exemples de circonstances exceptionnelles donnés au paragraphe 23 des Directives n° 7 constituent une liste complète des cas où l'ordre des interrogatoires peut être modifié, comme le craignait le juge Blanchard.

[147] Dans chaque cas, le commissaire examine l'applicabilité des Directives dans les circonstances et décide ensuite si l'ordre des interrogatoires doit être modifié. Rien dans les pièces déposées n'indique que les commissaires croient qu'ils seront pénalisés pour n'avoir pas appliqué l'ordre normalisé des interrogatoires. Les pièces jointes n'appuient pas non plus la conclusion selon laquelle les Directives ont pour effet d'amener un commissaire, au cours de l'audience, à se demander s'il ou elle doit adopter une procédure particulière ou un ordre particulier d'interrogatoires quand il ou elle croit légitimement que l'ordre normalisé prescrit par les Directives n'est pas la meilleure ou la plus équitable des façons de procéder dans les circonstances.

[148] Dans la pièce A-1, l'avocat s'est opposé aux Directives au motif qu'elles vont à l'encontre de la justice naturelle. La commissaire a déclaré qu'elle ne trouvait rien à redire à ce que le procureur interroge d'abord son client, mais elle a ajouté que, si son objection était une question de routine, il devrait à l'avenir la déposer par écrit avant l'audience.

[149] In Exhibit A-4 the member stated the following:

[TRANSLATION]

I will follow another procedure today. Generally when there is no officer, it is the member who begins the examination. I will allow counsel to begin the examination, and if afterwards I must clarify what is lacking, to fill in the shortcomings, then I will do so. But I will instruct counsel in order to guide him, which concerns me at the moment.

[150] In Exhibit A-6, the member said she was not fully persuaded that changing the order of questioning was necessary because she was “very experienced in dealing with claims of gender and gender violence” but proceeded to grant the exception. A similar result occurred in A-7.

[151] In Exhibits A-8 and A-9, the member does not consider the particular circumstances of the claimant before him but addresses the validity of the Guideline in general. Although it is not clear from his reasons whether the member considered whether the applicant before him fell within the paragraph 23 examples, a review of the Tribunal record for each of these cases (which are part of the consolidated action) shows that the applicant’s counsel in each case did not raise a specific objection to the implementation of Guideline 7 based on the circumstances of the particular claimant. Counsel raised only a general objection to the Guideline without stating why the claimant should be questioned by counsel first.

[152] In the cases adjudicated by a Board member opposed to the implementation of the Guideline (exhibits A-2, A-3, A-11, B-1), a Mr. Steve Ellis, each set of reasons includes an “Appendix A” that is a 38-page analysis of why the Guideline in his view violates natural justice and why he therefore refuses to apply it. It is clear from his reasons that member Ellis believes that he has the discretion to reject the Guideline in its entirety.

[153] There are several decisions in which counsel submitted evidence of psychological or emotional

[149] Dans la pièce A-4, le commissaire a déclaré ce qui suit :

Je vais suivre une autre procédure [sic] aujourd’hui. Généralement c’est [sic] quand il n’y a pas d’agent, c’est le commissaire qui commence l’examen. Je vais permettre à Maître de commencer l’examen, et si j’ai des questions après [sic] pour clarifier ce qui manque, pour remplir les lacunes, alors je vais le faire. Mais je vais donner des indications à Maître pour le guider, ce qui me concerne en ce moment.

[150] Dans la pièce A-6, la commissaire a déclaré qu’elle n’était pas totalement persuadée qu’une modification de l’ordre des interrogatoires était nécessaire parce qu’elle avait [TRANSLATION] « beaucoup d’expérience dans le traitement des revendications fondées sur le sexe et la violence », mais elle a quand même accordé l’exception. Un résultat semblable a été obtenu dans la pièce A-7.

[151] Dans les pièces A-8 et A-9, le commissaire n’examine pas la situation particulière du demandeur d’asile, mais s’interroge sur la validité des Directives en général. Bien que ses motifs n’indiquent pas clairement s’il estime que le demandeur d’asile qui se tenait devant lui était visé par les exemples donnés au paragraphe 23, un examen du dossier du tribunal pour chacune de ces causes (qui font partie de la réunion d’instances) fait ressortir que, dans chaque cas, le procureur du demandeur n’a pas soulevé d’objection précise à l’application des Directives n° 7 compte tenu de la situation particulière de son client. Les procureurs n’ont soulevé qu’une objection générale à l’application des Directives sans indiquer pourquoi ils devaient être les premiers à interroger les demandeurs d’asile.

[152] Dans les cas tranchés par un commissaire opposé à l’application des Directives (pièces A-2, A-3, A-11, B-1), un certain Steve Ellis, chaque série de motifs comprend une « Annexe A », soit une analyse de 38 pages expliquant pourquoi, à son avis, les Directives contreviennent à la justice naturelle et pourquoi il refuse de les appliquer. Il ressort clairement des motifs du commissaire Ellis que celui-ci croit qu’il a le pouvoir discrétionnaire de rejeter entièrement les Directives.

[153] Il y a maintes décisions dans lesquelles les procureurs ont déposé des preuves de fragilité

frailty, or the Board was otherwise aware of the condition, and the member allowed the order of questioning to be reversed: B-2, B-3, B-5, B-8, B-11, B-12, C-2, C-3, C-4, C-6. In others, an RPO was not present at the hearing and the member opted to have counsel question first: B-9, C-9, C-15.

[154] In the cases attached as exhibits C-7 and C-8 to the Kiyani affidavit, the Board member states that the order of questioning is being varied on the member's own motion, rather than upon application by the claimant, after having taken into account the particular circumstances of the claimant.

[155] In Exhibit B-7, while the member refers to "exceptional circumstances" she accedes to a request to change the order of questioning because counsel indicated that the claimant, an 18-year old Iranian national, was accustomed to different institutions "and because counsel was Iranian and knowledgeable of Iranian culture."

[156] These examples indicate to me that members understand that the illustrations of exceptional circumstances provided by the Guideline are simply that and that members feel free to apply them broadly.

[157] In contrast, the strongest evidence put forward by the applicants is an excerpt from the Board's decision in *Baskaran* (Board file: TA1-07530) [indexed as: *R.A.Y. (Re)*, [2002] C.R.D.D. No. 236 (QL)], attached to Mr. Boulakia's affidavit, in which the member stated:

We have been told that we have to do the questioning first and your counsel will be asking you questions after that, and that's the procedure we have to follow. . . .

[158] The applicants point to this excerpt as indicating that members would feel under pressure to conform to the practice outlined in the Guideline, out of loyalty to the institution and, in some cases, from a lack of confidence in their own discretion and ability to make

psychologique ou émotionnelle, ou dans lesquelles la CISR avait été informée de la situation du demandeur d'asile d'une autre façon et où le commissaire a autorisé la modification de l'ordre des interrogatoires : B-2, B-3, B-5, B-8, B-11, B-12, C-2, C-3, C-4 et C-6. Dans d'autres cas, aucun APR n'était présent à l'audience et le commissaire a laissé le procureur poser ses questions en premier : B-9, C-9, C-15.

[154] Dans les dossiers joints en tant que pièces C-7 et C-8 à l'affidavit Kiyani, le commissaire déclare qu'il a modifié de sa propre initiative l'ordre des interrogatoires, sans que le demandeur d'asile le réclame, après avoir tenu compte de la situation particulière de ce dernier.

[155] Dans la pièce B-7, bien que la commissaire fasse référence à des « circonstances exceptionnelles », elle a accepté la demande visant à modifier l'ordre des interrogatoires parce que le procureur lui a indiqué que le demandeur d'asile, un Iranien de 18 ans, était habitué à des institutions différentes [TRADUCTION] « et parce que le procureur était Iranien et connaissait la culture iranienne ».

[156] Tous ces exemples tendent à prouver que les commissaires comprennent que les exemples de circonstances exceptionnelles fournis dans les Directives ne sont que des exemples et qu'ils se sentent libres de donner à ces Directives une application large.

[157] Par ailleurs, la preuve la plus forte qui a été déposée par les demandeurs est un extrait d'une décision de la CISR dans l'affaire *Baskaran* (dossier de la CISR TA1-07530) [répertorié : *R.A.Y. (Re)*, [2002] D.S.S.R. n° 236 (QL)], jointe à l'affidavit de M. Boulakia, et dans lequel le commissaire déclare ceci :

[TRADUCTION] On nous a donné instruction de vous interroger en premier, à la suite de quoi votre procureur vous posera des questions, et c'est là la procédure que nous devons suivre [. . .]

[158] Les demandeurs soutiennent que cet extrait indique que les commissaires se sentent obligés de se conformer à la pratique énoncée dans les Directives, par loyauté à l'institution et, dans certains cas, parce qu'ils n'ont pas confiance en leur propre pouvoir discrétion-

independent decisions as to the correct procedure to follow. The *Baskaran* excerpt may be an example of the latter. While troubling, it does not in itself justify the conclusion that this was a broadly held view among Board members.

[159] Professor Galloway's evidence as a former Board member also lends support to the applicants' contentions as to how the Guideline would be interpreted and applied by RPD members. However, he had no direct experience with the implementation of the Guideline and his evidence as to how the Guideline would be interpreted and applied by members was, while helpful, largely speculative.

[160] The respondent asks the Court to give greater weight to the testimony of Mr. Paul Aterman which indicated that Board members retain the discretion to determine the appropriate questioning procedure at a particular hearing. At page 38 of the transcript of the first cross-examination on September 14, 2005, he stated:

How the individual is treated within that hearing is a matter of discretion for the member. The member can look and say "In this given circumstance, the questioning should be done by counsel", or the member may say "in the circumstances it's more appropriate for the questioning to be done by the RPO or member." Those are discretionary choices which the guideline makes clear are open to members.

[161] Mr. Aterman also expressed the view on cross-examination that members exercise their judgment with respect to how and when to apply the guideline bearing in mind the particular circumstances of any given case (September 15, 2006 transcript, at pages 79-80). Those comments are supported by the examples of decisions deviating from the Guideline that are attached to the Kiyani affidavit.

[162] Reference was made during argument to a decision by Board member K. Brennenstuhl, *R.K.N. (Re)*, [2004] R.P.D.D. No. 14 (QL), which was

naire et leur propre capacité de décider par eux-mêmes de la procédure qu'il convient de suivre. L'extrait de la décision *Baskaran* peut être un exemple de cette dernière prétention. Bien qu'elle soit troublante, cette prétention ne justifie pas en elle-même la conclusion que cet avis est largement partagé par les commissaires.

[159] Le témoignage que le professeur Galloway a donné en tant qu'ancien commissaire appuie également les prétentions des demandeurs sur la façon dont les Directives seraient interprétées et appliquées par les commissaires de la SPR. Toutefois, il n'a aucune expérience directe de l'application des Directives et son témoignage quant à la façon dont les Directives seraient interprétées et appliquées par les commissaires était, malgré son utilité, largement conjectural.

[160] Le défendeur demande à la Cour d'accorder plus de poids au témoignage de Me Paul Aterman qui a déclaré que les commissaires conservent le pouvoir discrétionnaire de déterminer la procédure appropriée concernant les interrogatoires au cours d'une audience donnée. À la page 38 de la transcription du premier contre-interrogatoire qui s'est déroulé le 14 septembre 2005, il déclare ceci :

[TRADUCTION] La manière dont cette personne est traitée au cours de cette audience relève du pouvoir discrétionnaire du commissaire. Celui-ci peut examiner la situation et dire : « Dans cette situation particulière, le procureur posera d'abord les questions », ou il peut dire « Dans les circonstances, il est plus approprié que l'APR ou le commissaire commence l'interrogatoire ». Ce sont des choix discrétionnaires que les Directives laissent clairement à l'appréciation des commissaires.

[161] Au cours de son contre-interrogatoire, Me Aterman a également exprimé l'opinion que les commissaires exercent leur jugement quant à la façon dont les Directives doivent être appliquées et à quel moment, en gardant à l'esprit les circonstances particulières de chaque cas (transcription du 15 septembre 2006, pages 79 et 80). Ces observations sont appuyées par les exemples de décisions qui s'écartent des Directives et qui sont jointes à l'affidavit de Kiyani.

[162] Au cours de l'argumentation, on a fait référence à une décision du commissaire K. Brennenstuhl, *R.K.N. (Re)*, [2004] D.S.P.R. n° 14 (QL), qui a apparemment

apparently distributed to other RPD members for their assistance on the interpretation and application of Guideline 7. This action was cited by the applicants as illustrating the Board's efforts to impose Guideline 7 on the RPD members and thereby fetter their discretion. However, the distribution of the decision is not in my view evidence of fettering so long as members did not consider themselves bound to follow member Brennenstuhl's conclusions. There is no evidence before me that this was the case. The *R.K.N.* decision has not been identified by the Chairperson as a jurisprudential guide nor does it fall within the category of "persuasive decision", which the Deputy Chair, Refugee Protection Division may designate under a policy adopted by the Board as "models of sound reasoning" which members are encouraged to adopt. See the Board's "Policy Note on Persuasive Decisions", December 13, 2005.

[163] I accept that the language of Guideline 7 could be construed as mandatory in nature by an inexperienced and less confident Board member and that Board members in general may, as found by Justice Blanchard, feel some top-down pressure to follow it. But that does not necessarily lead to the conclusion that members consider themselves bound to apply it as if it were legislation, a regulation or a formal rule made under the Chairperson's authority.

[164] As Doherty J.A. observed in *Ainsley*, guidelines are not rendered invalid merely because they regulate the conduct of those to whom they are directed. A guideline remains a guideline even if those affected by it change their practice to conform to the guideline.

[165] On the face of the record in this case, the evidence does not in my view support a finding of fettering similar to that considered by the courts in *Ainsley* and *Ha*. Unlike the case of the policy statement

été transmise à d'autres commissaires de la SPR pour obtenir leur aide quant à l'interprétation et à l'application des Directives n° 7. D'après les demandeurs, cette façon de faire illustre les efforts déployés par la CISR pour imposer les Directives n° 7 aux commissaires de la SPR et entraver ainsi l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Toutefois, la diffusion de la décision ne constitue pas à mon avis une preuve d'entrave dans la mesure où les commissaires n'ont pas jugé qu'ils étaient tenus de suivre les conclusions du commissaire Brennenstuhl. Je ne dispose d'aucune preuve qui établisse que tel a été le cas. La décision *R.K.N.* n'a pas été désignée par le président pour servir de guide jurisprudentiel, et elle ne tombe pas non plus dans la catégorie des « décisions à caractère persuasif », que le vice-président de la Section de la protection des réfugiés peut désigner en vertu d'une politique adoptée par la CISR comme étant des « modèles d'un raisonnement valable » que les commissaires sont encouragés à suivre. Voir la « Note de politique de la Commission sur les Décisions à caractère persuasif », du 13 décembre 2005.

[163] J'accepte le fait que le libellé des Directives n° 7 puisse être interprété comme étant de nature obligatoire par un commissaire inexpérimenté et manquant de confiance en lui-même et que, en général, les commissaires peuvent, comme l'a conclu le juge Blanchard, ressentir la pression exercée par la haute direction pour s'y conformer. Mais cela ne mène pas nécessairement à la conclusion que les commissaires s'estiment obligés de les appliquer comme s'il s'agissait d'une loi, d'un règlement ou d'une règle formelle prise en vertu du pouvoir du président.

[164] Comme le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario l'a fait observer dans l'arrêt *Ainsley*, les directives ne sont pas invalidées du simple fait qu'elles réglementent la conduite des personnes à qui elles s'adressent. Une directive demeure une directive même si les personnes qui sont visées par elle modifient leur pratique pour s'y conformer.

[165] D'après le dossier en l'espèce, la preuve n'appuie pas, à mon avis, une conclusion d'entrave semblable à celle qui a été examinée par les tribunaux dans les arrêts *Ainsley* et *Ha*. Contrairement à l'énoncé

in *Ha*, for example, the text of Guideline 7 itself allows for consideration of the particular circumstances of each case and for exceptions to the standard practice to be made. If members were in any doubt about this, the general policy statement which the Chairperson has issued respecting all of the guidelines states expressly that they are not binding and cites a decision of this Court to that effect: *Fouchong v. Canada (Secretary of State)* (1994), 88 F.T.R. 37 (F.C.T.D.).

[166] Moreover, again unlike the case in *Ha*, the policy offers guidance to the RPD members as to how to exercise their discretion, albeit in a structured way. And further, unlike *Ha*, the evidence before me indicates that members have chosen to disregard the “standard practice” when they deemed it necessary and for reasons that go beyond the type of exceptional circumstance described in paragraph 23.

[167] With regard to the second *Ainsley* factor, the practical effect of non-compliance with the guideline, the threat of coercive action is not made out on the facts. There is no evidence on the record to suggest that the Chairperson has threatened to, or has in fact, sanctioned any Board member for non-compliance with Guideline 7. Indeed, the Chairperson does not have that authority. The evidence is that at least one member, Mr. Ellis, has refused to implement the Guideline from the outset and there is no evidence that he has been sanctioned in any way.

[168] The evidence indicates that the Board was monitoring compliance with the implementation of the Chairperson’s guidelines through a voluntary reporting system employing “Hearing Information Sheets”. Members were invited to self-report on their use of the guidelines. Paul Aterman’s evidence was that the response rate on these forms was very low. Thus it is difficult to understand how that might be perceived as coercive. At most, this would seem to be a normal and unthreatening procedure to gauge the effects of a policy.

de politique dans l’arrêt *Ha*, par exemple, le texte des Directives n° 7 autorise l’examen des circonstances particulières de chaque cas et l’application de certaines exceptions à la pratique normalisée. Si les commissaires avaient des doutes à ce sujet, l’énoncé de politique générale que le président a émis concernant toutes les Directives prévoit expressément qu’elles ne sont pas obligatoires et cite une décision de la Cour à cet effet : *Fouchong c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1994] A.C.F. n° 1727 (1^{re} inst.) (QL).

[166] En outre, contrairement encore une fois à ce qui était le cas dans *Ha*, la politique fournit une certaine orientation aux commissaires de la SPR sur la façon dont ils doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire, quoique d’une façon structurée. Et en outre, contrairement à l’arrêt *Ha*, la preuve dont je suis saisi m’indique que les commissaires ont choisi de ne pas tenir compte de la « pratique normalisée » quand ils le jugent nécessaire et pour des raisons qui vont au-delà du type de circonstances exceptionnelles décrites au paragraphe 23.

[167] Pour ce qui est du deuxième facteur décrit dans l’arrêt *Ainsley*, l’effet concret du non-respect de la directive, savoir la menace de mesures coercitives, n’est pas prouvé par les faits. Il n’y a pas de preuve au dossier qui laisse entendre que le président a menacé de sanctionner des commissaires pour cause de non-respect des Directives n° 7 ou qu’il l’a fait en réalité. En fait, le président n’a pas ce pouvoir. La preuve indique cependant qu’au moins un commissaire, M. Ellis, a refusé d’appliquer les Directives dès le début, mais il n’y a aucune preuve établissant qu’il a été sanctionné d’une quelconque façon.

[168] La preuve indique que la CISR contrôlait l’observation des directives du président au moyen d’un système volontaire de rapport faisant usage de [TRADUCTION] « Feuilles d’information sur les audiences ». Les commissaires étaient invités à signaler eux-mêmes la manière dont ils avaient utilisé les Directives. Le témoignage de Paul Aterman fait ressortir que le taux de réponse sur ces formulaires était très faible. Il est donc difficile de comprendre comment cette mesure a pu être considérée comme coercitive. Au mieux, cela semblerait être une procédure normale et inoffensive de vérifier les effets d’une politique.

[169] There is also evidence of e-mails from the Deputy-Chair inquiring whether members were applying the guidelines and that members were asked to explain whether there were exceptional circumstances or other reasons for not following them. Mr. Aterman conceded that managers were required to monitor individual members' compliance with the guidelines but, again, there is no evidence of any consequences flowing to those who chose to ignore or to not strictly apply them.

[170] Finally, the Board's performance appraisal forms for members indicate that application of the guidelines "in appropriate circumstances" will be one factor taken into consideration. As I read the evidence, this provision applied to all of the guidelines and there is no evidence of any member ever receiving a poor performance appraisal for failing to apply Guideline 7.

[171] There is considerably more evidence before me as to the manner in which Guideline 7 is actually being applied by RPD members than there was before my colleague in *Thamotharem*. On that evidence in these proceedings, I am not satisfied that the applicants have demonstrated that the discretion of RPD members to determine the procedure to be followed in the refugee proceedings before them has been fettered by the implementation of Guideline 7.

[172] That is not to say that fettering could not be made out in a particular case. As held in *Leung v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (1995), 24 O.R. (3d) 530 (Div. Ct.), the application of a policy guideline may amount to an unlawful fettering of a Board's discretion, if applied without due consideration to the evidence and submissions in a particular case. Such a situation may arise where a member decides to apply the guideline without exception and ignores the evidence or submissions of counsel that there is reason to vary the procedure.

[169] Il y a également des preuves de courriels du vice-président demandant aux commissaires d'indiquer s'ils appliquaient les Directives et d'expliquer s'il y avait des circonstances exceptionnelles ou d'autres raisons de ne pas les suivre. Me Aterman a reconnu que les gestionnaires étaient tenus de vérifier si les commissaires se conformaient aux Directives mais, encore une fois, il n'y a pas de preuve que ceux qui ont choisi d'ignorer ou de ne pas appliquer strictement ces directives en ont subi quelque conséquence que ce soit.

[170] Finalement, les rapports d'évaluation du rendement des commissaires indiquent que l'application des directives dans des [TRADUCTION] « circonstances appropriées » sera l'un des facteurs pris en considération. De la façon dont j'interprète la preuve, cette disposition s'appliquait à l'ensemble des directives et il n'y a donc pas de preuve que l'un des commissaires a eu une mauvaise évaluation du rendement pour ne pas avoir appliqué les Directives n° 7.

[171] Je suis saisi d'une preuve beaucoup plus abondante sur la manière dont les Directives n° 7 sont réellement appliquées par les commissaires de la SPR que celle dont était saisi mon collègue dans l'affaire *Thamotharem*. D'après la preuve en l'espèce, je ne suis pas convaincu que les demandeurs ont démontré que le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR d'établir la procédure à suivre dans les instances relatives aux demandes d'asile dont ils sont saisis a été entravé par l'application des Directives n° 7.

[172] Cela ne signifie pas qu'il ne peut pas y avoir d'entrave dans un cas particulier. Comme il a été statué dans la décision *Leung v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (1995), 24 O.R. (3d) 530 (C. div.), l'application d'une directive peut équivaloir à une entrave illégale à l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'une commission, si cette directive est appliquée sans qu'il soit tenu dûment compte de la preuve et des observations déposées dans un cas particulier. Une situation de ce genre peut se présenter lorsqu'un commissaire décide d'appliquer les directives sans faire d'exception et qu'il ignore la preuve ou les observations déposées par les procureurs indiquant qu'il y a une raison de modifier la procédure.

Is Guideline 7 beyond the scope of the Chairperson's authority?

[173] The applicants submit that Guideline 7 is *ultra vires* or beyond the scope of the Chairperson's statutory authority to issue guidelines. This argument was extended in the applicants' written argument to the other guidelines issued as part of the Board's action plan but the analysis in these reasons will be confined to the question in relation to Guideline 7. The Chairperson's authority to issue guidelines is set out in IRPA paragraph 159(1)(h), reproduced here again for convenience:

159. (1) The Chairperson is, by virtue of holding that office, a member of each Division of the Board and is the chief executive officer of the Board. In that capacity, the Chairperson

...

(h) may issue guidelines in writing to members of the Board and identify decisions of the Board as jurisprudential guides, after consulting with the Deputy Chairpersons and the Director General of the Immigration Division, to assist members in carrying out their duties;

[174] The applicants submit that the guideline-making power under paragraph 159(1)(h) is only to be used to identify decisions of the Board which may be used as jurisprudential guides. This interpretation of the enactment, I was advised during oral argument, is based on the fact that there is no comma before the word "and" in the English version. I am not persuaded that is the correct interpretation. As noted in *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed., 2002, at pages 312-314, punctuation may be of assistance in cases of ambiguity but Canadian courts have been reluctant to place much reliance on it as an aid to interpretation due to its inherent unreliability.

[175] In this context, I do not believe that there is any ambiguity in the interpretation of the paragraph that might be resolved by reference to a missing comma. The legislative intent from the plain language employed is

Les Directives n° 7 outrepassent-elles le pouvoir du président?

[173] Les demandeurs prétendent que les Directives n° 7 sont *ultra vires* ou qu'elles outrepassent le pouvoir du président, prévu par la loi, de donner des directives. Dans le mémoire des demandeurs, cet argument s'étendait aux autres directives prises dans le cadre du plan d'action de la CISR, mais l'analyse faite dans les présents motifs se limitera à la question se rapportant aux Directives n° 7. Le pouvoir du président de donner des directives est prévu à l'alinéa 159(1)h) de la LIPR, qui est reproduit de nouveau ci-dessous pour en faciliter la consultation :

159. (1) Le président est le premier dirigeant de la Commission ainsi que membre d'office des quatre sections; à ce titre :

[...]

h) après consultation des vice-présidents et du directeur général de la Section de l'immigration et en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions, il donne des directives écrites aux commissaires et précise les décisions de la Commission qui serviront de guide jurisprudentiel;

[174] Les demandeurs soutiennent que le pouvoir de donner des directives prévu à l'alinéa 159(1)h) ne peut être utilisé que pour désigner les décisions de la CISR qui peuvent servir de guide jurisprudentiel. Cette interprétation de la Loi, dont on a voulu me convaincre pendant la plaidoirie, se fonde sur le fait qu'il n'y a pas de virgule devant le mot « and » dans la version anglaise. Je ne suis pas persuadé qu'il s'agit là d'une interprétation correcte. Comme il est noté dans l'ouvrage *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., 2002, aux pages 312 à 314, la ponctuation peut être utile pour résoudre une ambiguïté, mais les cours de justice canadiennes hésitent à s'appuyer sur elle comme outil d'interprétation en raison de son manque inhérent de fiabilité.

[175] Dans ce contexte, je ne crois pas qu'il y ait, dans l'interprétation de l'alinéa, une ambiguïté qui puisse être résolue en faisant référence à une virgule manquante. L'intention du législateur dégagée du sens ordinaire des

that the Chairperson is authorized to both issue guidelines and to identify certain decisions of the Board as models for the members to emulate. This is, perhaps, clearer in the French version “*il donne des directives écrites aux commissaires et précise les décisions de la Commission qui serviront de guide jurisprudentiel*” (emphasis added). See further, *Policy on the Use of Jurisprudential Guides*, Policy No. 2003-01 (Ottawa: Immigration and Refugee Board of Canada, March 21, 2003).

[176] The issue before me is whether the Chairperson overstepped the bounds of the authority provided by the statute to issue guidelines and imposed a mandatory rule which required legislative action, or the approval of the Governor in Council and at least passive acquiescence of both Houses of Parliament under the terms of section 161 of the IRPA.

[177] Section 161 rules are “regulations” as defined in subsection 2(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, as they are “made or established . . . in the execution of a power conferred by or under the authority of an Act”. They are also, presumably, subject to the application of the *Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22 and the requirements for examination, review, pre-publication and consultation set out in the *Government of Canada Regulatory Policy*, 1999.

[178] The term “guideline” does not appear to be defined in the statutes. The definition provided by the *Canadian Oxford Dictionary*, 2004 edition, is “a principle or criterion, guiding or directing action”. “Directive” as employed in the French version, may also be construed as directing action. The definition provided by *Le Nouveau Petit Robert*, 2002 edition, is “[i]ndication, ligne de conduite donnée par une autorité.” In *Thamotharem*, Justice Blanchard [at paragraph 102] employed the definition from the *Oxford English Dictionary*, 2nd ed.: “a line for guiding; a directing or standardizing principle laid down as a guide to procedure, policy, etc.”

mots utilisés fait ressortir que le président est autorisé à la fois à donner des directives et à désigner certaines décisions de la CISR que les commissaires sont invités à prendre comme modèles. Cela ressort peut-être plus clairement de la version française : « il donne des directives écrites aux commissaires et précise les décisions de la Commission qui serviront de guide jurisprudentiel » (non souligné dans l’original). Voir également *Politique sur l’utilisation de guides jurisprudentiels*, politique n° 2003-01 (Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada, 21 mars 2003).

[176] La question dont je suis saisi est de savoir si le président a outrepassé les limites du pouvoir qui lui est conféré par la loi de donner des directives et s’il a imposé une règle obligatoire qui exige des mesures législatives, ou l’approbation du gouverneur en conseil, et, à tout le moins, l’acquiescement passif des deux chambres du Parlement aux termes de l’article 161 de la LIPR.

[177] Les règles édictées en vertu de l’article 161 sont des « règlements » au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, étant donné qu’elles sont « [prises] [. . .] dans l’exercice d’un pouvoir conféré sous le régime d’une loi fédérale ». Elles sont aussi, on peut le supposer, assujetties à l’application de la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22, et aux exigences d’examen, de révision, de prépublication et de consultation établies dans le *Gouvernement du Canada politique de réglementation*, (1999).

[178] Le terme « directive » ne semble pas être défini dans les lois. La définition qu’en donne le *Canadian Oxford Dictionary*, édition de 2004, est la suivante : [TRADUCTION] « un principe ou critère, une ligne de conduite ou une orientation ». Le terme « directives » employé dans la version française peut également être interprété comme une ligne de conduite. La définition qu’en donne *Le Nouveau Petit Robert*, édition de 2002, est la suivante : « [i]ndication, ligne de conduite donnée par une autorité ». Dans la décision *Thamotharem*, le juge Blanchard [au paragraphe 102] a employé la définition qu’en donne le *Oxford English Dictionary*, 2^e éd. : « ligne de conduite, principe énonçant une

[179] The applicants submit that a plain reading of paragraph 159(1)(h) indicates that the kind of guidelines envisioned are those which facilitate a consistent, economical and sound decision-making process. Guideline 7, they submit, is not about the decision-making process but is concerned with the setting of fundamental procedural norms, and with an attempt to transform the Board from its established role as a quasi-judicial body, as recognized in *Singh*, to a “Board of Inquiry.”

[180] As the applicants’ argument goes, an examination of the *Refugee Protection Division Rules* (the Rules) supports this interpretation. The Rules clearly and exhaustively set out the procedure to be followed by the RPD. While the Rules covered complicated procedural issues such as how claims may be allowed without a hearing (Rule 19), and how to proceed with claims involving issues of inadmissibility and exclusion (Rules 23-25), the Rules also spell out lesser aspects such as the procedure for scheduling hearings (Rule 21) and the appropriate size of paper to be used (Rule 27). The specificity of the Rules on matters of procedure as minute as paper size leads to the conclusion that something as fundamental as the order of questioning is not the proper subject of a guideline.

[181] Moreover, the applicants submit, changes to procedural norms which seek to alter the very nature of the Board are the proper purview of the legislature and legislation and not of the Board’s administration. The applicants submit that a change as fundamental as the order of questioning should have been enacted when the IRPA was introduced. It is now improper for the Board to make major procedural changes through guidelines when Parliament had failed to do so through the legislation.

[182] The respondent’s answer is that the Chairperson clearly has the statutory authority to issue guidelines to

orientation ou une norme et constituant un guide de procédure, de politique, etc. ».

[179] Les demandeurs soutiennent qu’une lecture de l’alinéa 159(1)h dans son sens ordinaire fait ressortir que le genre de directive envisagé est celui qui facilite un processus décisionnel cohérent, économique et équitable. À leur avis, les Directives n° 7 ne traitent pas d’un processus décisionnel, mais portent davantage sur l’établissement de normes procédurales fondamentales, dans le but de transformer la CISR en substituant à son rôle d’organisme quasi judiciaire, reconnu dans l’arrêt *Singh*, celui d’une « commission d’enquête ».

[180] Selon l’argument des demandeurs, un examen des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* (les Règles) appuie cette interprétation. Les Règles établissent de façon claire et exhaustive la procédure que doit suivre la SPR. Bien que les Règles traitent de questions procédurales complexes, par exemple la façon d’accueillir les demandes d’asile sans tenir d’audience (règle 19), la façon de traiter les demandes d’asile mettant en cause des questions d’exclusion et d’interdiction de territoire et d’irrecevabilité (règles 23 à 25), les Règles traitent également d’aspects moins importants comme la fixation de la date d’une procédure (règle 21) et la taille appropriée du papier à utiliser pour la présentation des documents (règle 25). La précision des Règles sur des questions de procédure aussi infimes que la taille du papier mène à la conclusion qu’une question aussi fondamentale que l’ordre des interrogatoires ne doit pas faire l’objet d’une directive.

[181] Qui plus est, selon les demandeurs, les changements apportés aux normes procédurales qui ont pour but de modifier la nature même de la CISR relèvent du pouvoir du législateur et non pas des dirigeants de la CISR. Les demandeurs soutiennent qu’un changement aussi fondamental que l’ordre des interrogatoires aurait dû faire l’objet d’une disposition législative, au moment de l’adoption de la LIPR. Il n’est pas approprié pour la CISR d’apporter maintenant d’importants changements procéduraux par voie de directives quand le législateur ne l’a pas fait dans sa loi.

[182] En réponse à cet argument, le défendeur soutient que le président a manifestement le pouvoir de donner

Board members. Parliament has legislated that the RPD must hold a hearing and give claimants a reasonable opportunity to present evidence, question witnesses and make representations; however a tribunal is free, within reason, to determine its own procedures. The respondent further argues that the role of the panel is properly characterized as inquisitorial in nature, not adversarial, and therefore a member can lead the inquiry into the claim: *Sivasambo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 741 (T.D.), at page 757.

[183] I think that it is settled that administrative tribunals are free, within reason, to determine their own procedures as they are “masters in their own house” with respect to internal administrative procedures. In the absence of specific rules laid down by statute or regulation, tribunals control their own procedures subject to the proviso that they comply with the duty of fairness and, where they exercise judicial or quasi-judicial functions, the rules of natural justice: *Prasad*, at pages 568-569.

[184] In this instance, Parliament has seen fit to equip the Board with two mechanisms by which to determine its process; the rule-making authority under section 161 and the authority to issue guidelines and to identify Board decisions as jurisprudential guides under paragraph 159(1)(h). The choice of instrument has been left to the Chairperson, subject to the requirements that changes to the Rules require the approval of the Governor in Council and must be laid before Parliament. There is no limitation in the statute on the scope of the guidelines that the Chairperson may issue so long as they are intended to “assist members in carrying out their duties”. Nor is there any restriction from issuing guidelines that pertain to procedural matters. There is no express conflict between Guideline 7 and any of the Rules made pursuant to section 161.

[185] No doubt the guideline route is easier to follow as it avoids the hurdles and delays that accompany the

des directives aux commissaires. Le législateur a prévu dans la Loi que la SPR doit tenir une audience et donner aux demandeurs d’asile une possibilité raisonnable de présenter une preuve, d’interroger des témoins et de présenter des observations; toutefois, un tribunal est tout à fait libre, dans une mesure raisonnable, d’établir sa propre procédure. Le défendeur fait également valoir que le rôle de la formation est qualifié à bon droit d’inquisitoire, et non d’accusatoire; par conséquent, un commissaire peut mener l’enquête sur la demande d’asile : *Sivasambo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] 1 C.F. 741 (1^{re} inst.), à la page 757.

[183] Je pense qu’il est bien établi que les tribunaux administratifs sont libres, dans une mesure raisonnable, d’établir leur propre procédure étant donné qu’ils sont « maîtres chez eux » pour ce qui a trait aux procédures administratives internes. En l’absence de règles précises énoncées dans une loi ou dans un règlement, les tribunaux sont maîtres de leur propre procédure à condition de se conformer à leur obligation d’équité et, dans l’exercice de leurs fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, aux règles de justice naturelle : *Prasad*, aux pages 568 et 569.

[184] En l’espèce, le législateur a jugé opportun de conférer à la CISR deux mécanismes lui permettant d’établir sa procédure : le pouvoir de prendre des règles prévu à l’article 161 et le pouvoir de donner des directives et de désigner les décisions de la CISR pouvant servir de guide jurisprudential en vertu de l’alinéa 159(1)h). Le choix du mécanisme a été laissé à la discrétion du président, à l’exception du fait que les changements apportés aux Règles nécessitent l’approbation du gouverneur en conseil et doivent être présentés au Parlement. Il n’y a aucune restriction dans la Loi quant à la portée des directives que le président peut donner tant et aussi longtemps qu’elles ont pour but « d’aider les commissaires dans l’exécution de leurs fonctions ». Il n’y a pas non plus de restriction concernant les directives qui traitent des questions de procédure. Il n’y a donc pas de conflit apparent entre les Directives n° 7 et l’une ou l’autre des règles établies sous le régime de l’article 161.

[185] Il ne fait aucun doute qu’il est plus facile de procéder par voie de directives étant donné que cela

making of delegated legislation such as regulations and rules. That process also exposes proposals to greater scrutiny and may well result in revisions or changes before formal approval is granted. It may well be preferable that a significant change of procedure before the Board should be implemented through a change to the Rules as opposed to a guideline. However, I am not persuaded that the Chairperson's authority to make guidelines is not broad enough to encompass the adoption of a procedure such as the standard order of questioning contemplated by Guideline 7.

[186] In *Thamotharem*, Justice Blanchard did not make a specific finding as to whether the Chairperson's authority was exceeded by Guideline 7. He noted, however, at paragraph 103 of his reasons that while the enactment explicitly authorized the Chairperson to make and issue guidelines to assist members in carrying out their duties, the guidelines cannot be mandatory in the sense that they leave little room for the exercise of discretion by each Board member to conduct a full and proper hearing. Were that the intent, the proper course of action would be to make a section 161 rule. He concluded that "the Chairperson is not authorized to make rules that have the force of a statutory instrument in the guise of a guideline."

[187] Justice Blanchard went on to address the question of whether Guideline 7 presented a recommended non-binding approach to Board members or served as a mandatory pronouncement which fetters the members' discretion. If it were found to be the latter, as he did find, Guideline 7 could then also be said to be elevated to the status of a general rule, unlawful in the circumstances.

[188] For the reasons given above, I do not share my colleague's view that Guideline 7 constitutes a mandatory pronouncement which fetters the members' discretion. Accordingly, I do not find that the Guideline operated as a mandatory rule and as such was outside

évite les obstacles et les délais qui accompagnent l'adoption de mesures législatives subordonnées, comme des règlements et des règles. Ce processus permet également de soumettre les propositions à un examen plus minutieux et peut donner lieu à des révisions ou à des changements avant que l'approbation officielle ne soit accordée. Il se peut fort bien qu'il soit préférable qu'un changement important de la procédure à suivre devant la CISR se fasse au moyen d'un changement aux règles, plutôt que par l'adoption d'une directive. Toutefois, je ne suis pas convaincu que le pouvoir du président de donner des directives n'est pas suffisamment large pour englober l'adoption d'une procédure comme l'ordre normalisé des interrogatoires prévu par les Directives n° 7.

[186] Dans la décision *Thamotharem*, le juge Blanchard n'a pas tiré de conclusion précise quant à savoir si les Directives n° 7 outrepassaient le pouvoir du président. Toutefois, il a noté au paragraphe 103 de ses motifs que, même si la Loi autorise expressément le président à donner des directives afin d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions, ces directives ne peuvent être contraignantes, c'est-à-dire laisser à chaque commissaire peu de latitude en ce qui concerne la conduite d'une audience complète et adéquate dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré. Si telle avait été son intention, le président aurait pu prendre une règle en application de l'article 161. Il a conclu sur ces mots : « le président n'est pas autorisé à prendre des règles ayant la force d'un texte réglementaire sous la forme de directives ».

[187] Le juge Blanchard s'est ensuite demandé si les Directives n° 7 constituent une approche non contraignante recommandée aux commissaires ou si elles ont un effet obligatoire qui entrave leur pouvoir discrétionnaire. S'il en arrivait à cette dernière conclusion, comme ce fut le cas, on pourrait alors dire que les Directives n° 7 ont acquis le statut de règles générales, illégales dans les circonstances.

[188] Pour les motifs donnés ci-dessus, je ne partage pas l'opinion de mon collègue voulant que les Directives n° 7 aient un effet obligatoire qui entrave le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Par conséquent, je n'estime pas que les directives constituent des règles

the Chairperson's authority.

Does questioning by the Board member result in a reasonable apprehension of bias?

[189] Counsel for the applicant Shurlyn Jones (IMM-1877-05) argued that as a result of the diminishing presence of RPOs in refugee hearings, the role of the Board member is being distorted giving rise to a reasonable apprehension of institutional bias. This, the applicant submits, threatens the independence and impartiality of the Board and reaches the level of institutional bias discussed by the Supreme Court in *2747-3174 Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919 (*Régie*).

[190] This applicant argues that this is a constitutional issue going directly to the independence of the tribunal. It matters not whether Guideline 7 was implemented as a guideline or a rule, because the result remains the same. The Board member becomes both the examiner and the person making the ultimate decision regarding the claim for refugee protection. This situation would be obviated if RPOs were present at every hearing and conducted the initial questioning as the Rules appear to contemplate. It is never permissible, the applicant submits, for the member to engage in an "examination-in-chief" of the claimant.

[191] In *Régie*, the Supreme Court dealt with the question of the independence of quasi-judicial tribunals in the context of section 23 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 which guarantees the right to a full and equal, public and fair hearing by an independent and impartial tribunal. As explained in *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, the standard of independence articulated in *Régie* stemmed from the Quebec Charter, a quasi-constitutional statute, and does not apply to tribunals created by other jurisdictions. In other contexts, the standard is to be determined by the express will of the legislature. If the legislation is silent or insufficiently precise, the courts will generally infer

contraignantes et qu'elles outrepassent, en tant que telles, le pouvoir du président.

L'interrogatoire mené par le commissaire a-t-il entraîné une crainte raisonnable de partialité?

[189] L'avocat de la demanderesse Shurlyn Jones (IMM-1877-05) a fait valoir que par suite de la présence de moins en moins fréquente des APR dans les audiences relatives aux demandes d'asile, le rôle du commissaire est déformé, ce qui donne lieu à une crainte raisonnable de partialité institutionnelle. Selon la demanderesse, cette situation compromet l'indépendance et l'impartialité de la CISR et atteint le niveau de partialité institutionnelle examiné par la Cour suprême dans l'arrêt *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919 (*Régie*).

[190] La demanderesse prétend qu'il s'agit d'une question d'ordre constitutionnel qui se rapporte directement à l'indépendance du tribunal. Il importe peu que les Directives n° 7 aient été appliquées en tant que lignes directrices ou en tant que règles, parce que le résultat demeure le même. Le commissaire est à la fois l'interrogateur et celui qui prend la décision finale concernant la demande d'asile. Cette situation ne se produirait pas si les APR étaient présents à chaque audience et qu'ils étaient les premiers à poser des questions comme les règles semblent le prévoir. Selon la demanderesse, le commissaire ne doit jamais procéder à un « interrogatoire principal » du demandeur d'asile.

[191] Dans l'arrêt *Régie*, la Cour suprême traitait de la question de l'indépendance des tribunaux quasi judiciaires dans le contexte de l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, qui garantit le droit à une audition publique et équitable de sa cause par un tribunal indépendant et impartial. Comme il est dit dans l'arrêt *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, la norme d'indépendance formulée dans l'arrêt *Régie* découle de la Charte québécoise, qui est une loi quasi constitutionnelle, et ne s'applique pas aux tribunaux créés par d'autres ressorts. Dans d'autres contextes, la norme doit être déterminée par la volonté expresse du législateur. Si la loi est muette ou qu'elle

that Parliament or the legislature intended that the tribunal's process will comport with the principles of natural justice. In some instances, but generally not, the tribunal may attract Charter requirements of independence.

[192] In my view, the question of the independence of the IRB is not squarely raised in these proceedings on the records before me and I do not intend to attempt to decide that question. I accept, of course, as stated at paragraph 42 of Justice Gonthier's reasons for the majority in *Régie* citing *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114 that impartiality can have an institutional or structural aspect.

[193] Institutional bias was made out in *Régie* on a detailed review of the legislation and the structure of the institution in question. Crucial to the outcome was the Court's view of the role of staff counsel who were involved in every stage of the proceedings, including the investigation, prosecution and adjudication of complaints.

[194] At paragraph 44 of his reasons, Justice Gonthier referred to the well-established test for institutional impartiality put forward by Justice de Grandpré in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 394. Justice Gonthier summarized the test in these words:

The determination of institutional bias presupposes that a well-informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—would have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases. In this regard, all factors must be considered, but the guarantees provided for in the legislation to counter the prejudicial effects of certain institutional characteristics must be given special attention.

[195] Justice Gonthier noted that in applying this test, greater flexibility must be shown to administrative tribunals than would be required of the courts and the institutional constraints under which the tribunals operate must be taken into account. Moreover, a plurality of functions in a single administrative agency

manque de précision, les tribunaux en déduiront généralement que le législateur avait l'intention que la procédure du tribunal respecte les principes de justice naturelle. Dans certains cas, mais pas de façon générale, le tribunal peut être tenu de se conformer aux exigences d'indépendance prévues par la Charte.

[192] À mon avis, la question de l'indépendance de la CISR n'est pas directement soulevée en l'espèce d'après les dossiers dont je suis saisi et je n'ai pas l'intention d'essayer de trancher cette question. J'accepte, bien entendu, comme l'a déclaré au paragraphe 42 de ses motifs le juge Gonthier, s'exprimant pour la majorité dans l'arrêt *Régie*, en citant l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, que l'impartialité comporte un aspect institutionnel ou structurel.

[193] Dans l'arrêt *Régie*, on a conclu à une partialité institutionnelle après avoir effectué un examen détaillé de la loi et de la structure de l'institution en question. L'opinion émise par la Cour au sujet du rôle des avocats de la Régie qui participaient à chaque étape de la procédure, notamment l'enquête, la poursuite et le règlement des plaintes, a été déterminante.

[194] Au paragraphe 44 de ses motifs, le juge Gonthier a fait référence au critère bien établi servant à établir l'impartialité institutionnelle élaboré par le juge de Grandpré dans *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394. Le juge Gonthier a résumé ce critère de la manière suivante :

La détermination de la partialité institutionnelle suppose qu'une personne bien renseignée, ayant étudié la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, éprouve une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas. À ce sujet, tous les facteurs doivent être considérés, mais les garanties prévues dans la loi pour contrer les effets préjudiciables de certaines caractéristiques institutionnelles doivent recevoir une attention particulière.

[195] Le juge Gonthier a noté qu'en appliquant ce critère, il y a lieu de faire preuve d'une plus grande souplesse à l'égard des tribunaux administratifs qu'à l'égard des cours de justice et qu'il faut tenir compte des contraintes institutionnelles auxquelles sont soumis les tribunaux. Qui plus est, le cumul des fonctions au sein

is not necessarily problematic.

[196] Institutional bias will not be found unless a well-informed person would have a reasonable apprehension in a substantial number of cases. Failing that, allegations of an apprehension of bias cannot be brought on an institutional level but must be dealt with on a case-by-case basis: *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3.

[197] In the absence of evidence to the contrary, there is a strong presumption that a decision maker will act impartially: *Zündel v. Citron*, [2000] 4 F.C. 225 (C.A.) leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. xv.

[198] In *Kozak*, at paragraphs 51-57, the Federal Court of Appeal noted three considerations of particular relevance to the question of bias in the context of RPD decision making. First, that the content of the duty of fairness owed by the Board falls at the high end of the continuum of procedural fairness. Second, that the Board has a particularly difficult mandate of administrative adjudication. And third, that the notion of bias connotes circumstances giving rise to a reasonable and informed belief that the decision maker has been influenced by some extraneous or improper considerations.

[199] In the particular circumstances of that case, the Court found there was sufficient evidence of external pressures and influences bearing on the decision makers that a reasonable apprehension of bias was established. Specifically, that the lead case strategy employed in that case was designed not only to bring consistency to future decisions and to improve their accuracy, but to reduce the number of positive decisions that might otherwise be rendered and to reduce the number of potential claimants.

[200] The circumstances surrounding the Board's adoption of the standard order of questioning do not, in my view, compare with those in *Kozak*. There is no suggestion that any improper influence was brought to

d'un seul organisme administratif ne pose pas nécessairement problème.

[196] On ne pourra conclure à une partialité institutionnelle à moins qu'une personne bien renseignée n'éprouve une crainte raisonnable dans un grand nombre de cas. Autrement, les allégations de crainte de partialité ne peuvent porter sur l'institution dans son ensemble, mais doivent être traitées au cas par cas : *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

[197] En l'absence d'une preuve contraire, il y a une forte présomption qu'un décideur agira de façon impartiale : *Zündel c. Citron*, [2000] 4 C.F. 225 (C.A.), autorisation de pourvoir refusée, [2000] 2 R.C.S. xv.

[198] Dans l'arrêt *Kozak*, aux paragraphes 51 à 57, la Cour d'appel fédérale a relevé trois considérations qui se rapportent de façon très pertinente à la question de la partialité dans le contexte des décisions prises par la SPR. Premièrement, l'obligation d'agir équitablement qui incombe à la CISR se trouve au sommet de l'équité procédurale. Deuxièmement, le mandat confié à la CISR de rendre des décisions administratives est particulièrement difficile. Troisièmement, la notion de partialité évoque des circonstances qui amènent un observateur raisonnable et informé à croire que le décideur a été influencé par une considération extrinsèque ou injustifiée.

[199] Dans les circonstances particulières de cette affaire, la Cour a jugé qu'il y avait suffisamment de preuve des pressions et des influences externes qui avaient été exercées sur les décideurs pour établir une crainte raisonnable de partialité. Plus précisément, la stratégie du cas type utilisée dans cette affaire a été conçue non seulement pour assurer la cohérence des décisions futures et améliorer leur exactitude, mais également pour réduire le nombre de décisions positives qui pourraient autrement être rendues et réduire le nombre de demandeurs d'asile potentiels.

[200] Les circonstances entourant l'adoption par la CISR de l'ordre normalisé des interrogatoires ne se comparent pas, à mon avis, avec celles qui existaient dans la décision *Kozak*. Rien ne laisse entendre qu'une

bear on the outcome of the decisions rendered by the RPD members who applied the Guideline or that the application of the Guideline was intended to have any effect on the results of the claims. Indeed, the uncontradicted evidence is that the claim acceptance rate has not varied for the periods before and after the adoption of the Guideline.

[201] I am not persuaded that a reasonable apprehension of bias arises merely because the member conducts the questioning. As stated by Dr. Payne on cross-examination, it matters less who does the questioning than how it is carried out. In the particular circumstances of an individual case, aggressive questioning may amount to a breach of fairness, as is illustrated by two decisions cited by the applicant: *Farkas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 190 and *Sandor*, discussed above.

[202] In *Farkas*, a Board ruling was set aside because of persistent and aggressive questioning by one of the Board members. Similarly in *Sandor*, the Court found that extensive questioning by a Board member constituted a breach of natural justice and the denial of the right to a fair hearing. But these decisions do not support the proposition that a change in the order of questioning in itself gives rise to a reasonable apprehension of bias.

[203] In my view, the question of bias in this context has to be raised on a case-by-case basis. I note, without deciding the matter, that in the Jones application record there is evidence of what counsel described as “long, nasty, brutish and hostile” examination of the claimant by the member. That evidence may support a finding that in the particular circumstances of that case, a reasonable apprehension of bias is made out. That is to be decided by the judge hearing the merits of the case. It does not, in my view, support a finding that institutional bias results from the questioning order called for by Guideline 7.

influence inappropriée a été exercée pour modifier l’issue des décisions rendues par les commissaires de la SPR qui ont appliqué les Directives ou que l’application de celles-ci a été conçue pour influencer sur l’issue des demandes d’asile. En fait, la preuve non contredite révèle que le taux d’acceptation des demandes d’asile n’a pas varié dans les périodes précédant et suivant l’adoption des Directives.

[201] Je ne suis pas convaincu qu’une crainte raisonnable de partialité existe simplement parce que le commissaire mène l’interrogatoire. Comme l’a déclaré le D’Payne en contre-interrogatoire, il importe moins de savoir qui dirige l’interrogatoire que la façon dont celui-ci est mené. Dans les circonstances particulières d’un cas, un interrogatoire musclé peut constituer un manquement à l’équité, comme l’illustrent les deux décisions citées par la demanderesse : *Farkas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 190 et *Sandor* analysée ci-dessus.

[202] Dans *Farkas*, une décision de la CISR a été annulée en raison des questions persistantes et tranchantes posées par l’une des commissaires. De même, dans la décision *Sandor*, la Cour a conclu qu’un interrogatoire poussé mené par un commissaire constituait un manquement à la justice naturelle et un déni du droit à une audience équitable. Cependant, ces décisions n’appuient pas la thèse selon laquelle un changement dans l’ordre des interrogatoires donne lieu en soi à une crainte raisonnable de partialité.

[203] À mon avis, la question de la partialité dans ce contexte doit être traitée au cas par cas. Sans me prononcer sur ce point, je fais remarquer que, dans le dossier du demandeur Jones, il y a des éléments de preuve de ce que l’avocat décrit comme étant un [TRADUCTION] « interrogatoire long, désagréable, brutal et hostile » du demandeur d’asile par le commissaire. Cette preuve appuie peut-être la conclusion selon laquelle, dans les circonstances particulières de cette espèce, une crainte raisonnable de partialité a été établie. Cette question doit être tranchée par le juge qui entendra l’affaire au fond. À mon avis, cela n’appuie pas la conclusion selon laquelle l’ordre des interrogatoires prévu dans les Directives n° 7 entraîne une partialité institutionnelle.

When must an objection to the use of Guideline 7 be raised?

[204] The question of waiver arises in these proceedings because a number of the applicants neither raised an objection to the Guideline 7 procedure at the Board hearing, nor sought a decision to vary the order of questioning from the member. In some cases, it was not raised as a ground for judicial review prior to leave being granted and was raised then only after the reasons for decision in *Thamotharem* were released.

[205] While I have found that the applicants were not denied procedural fairness by the imposition of Guideline 7 in itself, certain of the applicants may be able to establish a denial of procedural fairness by its application in their particular cases.

[206] Since its implementation in June 2004, this Court has examined Guideline 7 in a number of decisions. The jurisprudence to date has not dealt specifically with the issue of waiver as it relates to an applicant's ability to argue Guideline 7 upon judicial review. Among the cases, there are two common scenarios in which the Court has addressed Guideline 7. The first scenario is one in which the applicant raised an objection to the implementation of Guideline 7 at the hearing before the Board and the issue of waiver was not dealt with on judicial review. These cases include *Thamotharem*, *Jin*, *Vazquez*, *Fabiano* and *Martinez*, all cited above.

[207] The second common scenario is cases in which it is unclear whether the applicant objected to Guideline 7 at the hearing, but the issue was raised in the judicial review of the Board's decision and the Court dealt with the question of procedural fairness without reference to waiver. These cases include *Sy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 271 F.T.R. 242, *Liang* and *Cortes Silva* above.

Quand doit-on s'opposer à l'utilisation des Directives n° 7?

[204] La question de la renonciation se pose en l'espèce parce qu'un certain nombre de demandeurs n'ont ni soulevé d'objection à l'application de la procédure prévue dans les Directives n° 7 au cours de l'audience, ni demandé au commissaire de changer l'ordre des interrogatoires. Dans certains cas, cette question n'a pas non plus été soulevée comme fondement de la demande de contrôle judiciaire avant que l'autorisation n'ait été accordée à cet égard et n'a été soulevée qu'après le prononcé des motifs dans l'affaire *Thamotharem*.

[205] Bien que j'aie conclu que l'imposition des Directives n° 7 n'ait pas entraîné en soi un déni d'équité procédurale envers les demandeurs, certains d'entre eux seront peut-être en mesure d'établir que tel a été le résultat dans leurs cas particuliers.

[206] Depuis l'adoption des Directives n° 7 en juin 2004, la Cour les a examinées dans plusieurs décisions. À ce jour, la jurisprudence n'a pas traité précisément de la question de la renonciation au regard de la possibilité pour un demandeur de contester les Directives n° 7 dans le contexte d'une procédure de contrôle judiciaire. Parmi les causes entendues, il existe deux scénarios courants dans le cadre desquels la Cour a examiné les Directives n° 7. Le premier scénario est celui dans lequel le demandeur soulève une objection à l'application des Directives n° 7 à l'audience devant la CISR et où la question de la renonciation n'est pas traitée dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Ces causes incluent les affaires *Thamotharem*, *Jin*, *Vazquez*, *Fabiano* et *Martinez*, toutes citées ci-dessus.

[207] Dans le deuxième scénario, il s'agit de causes où il ne ressort pas clairement que le demandeur s'est opposé à l'application des Directives n° 7 à l'audience, mais où la question a été soulevée dans le cadre du contrôle judiciaire de la décision de la CISR et où la Cour a traité de la question de l'équité procédurale sans parler de la renonciation. Ces causes incluent les décisions *Sy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 379, *Liang* et *Cortes Silva*, précitées.

[208] An implied waiver was addressed in *B.D.L.*, above, where Justice Yvon Pinard stated at paragraphs 5-6 that because

... the applicant did not think it necessary to object and did not establish the existence of any harm.

In view of the particular facts of the case at bar, the argument now relied on by the applicant as to unfairness of the procedure is entirely without basis.

[209] The particular facts in *B.D.L.* were that the applicant not only did not object but in response to questions from the member at the close of the hearing, expressly confirmed that he had said everything he had wanted to.

[210] In two cases which were decided before the implementation of Guideline 7 but which relate to the order of questioning at a refugee hearing, the Court found a breach of the duty of fairness despite a failure to object at the hearing. In *Ganji*, the Court quashed a decision of the Board in which the Board had seized control of the applicant's case and conducted the examination. In *Herrera*, as discussed above, counsel had consented to the procedure without full disclosure of the issues to be raised. The Court refused to give any weight to the consent.

[211] It appears, therefore, that the jurisprudence of this Court regarding when an applicant must raise an objection to the order of questioning in order to have it dealt with upon judicial review is unsettled. In order to arrive at the correct approach to be applied in these consolidated cases I will rely upon the general principles of waiver developed in the jurisprudence.

[212] As observed by the Federal Court of Appeal in *Kozak*, above at paragraph 66, parties are not normally able to complain of a breach of a duty of procedural fairness by an administrative tribunal if they did not raise it at the earliest reasonable moment.

[208] La question d'une renonciation implicite a été traitée dans la décision *B.D.L.*, où le juge Yvon Pinard a déclaré ce qui suit aux paragraphes 5 et 6 :

[...] le demandeur n'a pas cru nécessaire de s'y objecter et n'a démontré l'existence d'aucun préjudice.

Vu les circonstances particulières du présent cas, l'argument maintenant invoqué par le demandeur relativement à l'inéquité [*sic*] de la procédure est tout à fait dénué de fondement.

[209] Les circonstances particulières de l'affaire *B.D.L.* sont les suivantes : non seulement le demandeur n'a-t-il pas formulé d'objection, mais en réponse aux questions posées par le commissaire à la fin de l'audience, il a expressément confirmé qu'il avait dit tout ce qu'il voulait dire.

[210] Dans les deux affaires tranchées avant l'application des Directives n° 7 qui ont trait à l'ordre des interrogatoires au cours d'une audience sur une demande d'asile, la Cour a conclu qu'il y avait eu manquement à l'obligation d'équité malgré le fait que le demandeur n'ait formulé aucune objection au cours de l'audience. Dans *Ganji*, la Cour a infirmé une décision de la CISR dans laquelle celle-ci avait exercé la direction du dossier de la demanderesse et avait mené l'interrogatoire. Dans la décision *Herrera*, examinée ci-dessus, l'avocat avait consenti à la procédure sans avoir été pleinement informé des questions qui seraient posées. La Cour a refusé d'accorder la moindre importance au consentement donné.

[211] Il semble donc que la jurisprudence de la Cour ne soit pas fixée sur la question de savoir à quel moment un demandeur doit s'opposer à l'ordre des interrogatoires pour que ce point puisse être débattu au cours du contrôle judiciaire. Pour décider de la démarche qu'il convient d'adopter dans les actions qui sont réunies en l'espèce, je m'appuierai sur les principes généraux de la renonciation qui ont été formulés dans la jurisprudence.

[212] Comme le faisait observer la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Kozak*, précité, au paragraphe 66, les parties ne peuvent généralement pas se plaindre d'un manquement à l'obligation d'équité procédurale par un tribunal administratif si elles n'en ont rien dit à la première occasion raisonnable.

[213] The principle of common-law waiver is described by Justice MacGuigan in *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited*, [1986] 1 F.C. 103 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1986] 2 S.C.R. v (*Atomic Energy*). Justice MacGuigan stated that at common law, even an implied waiver of objection to an adjudicator at the initial stages is sufficient to invalidate a later objection. Justice MacGuigan noted [at page 113]:

The only reasonable course of conduct for a party reasonably apprehensive of bias would be to allege a violation of natural justice at the earliest practicable opportunity. Here, AECL called witnesses, cross-examined the witnesses called by the Commission, made many submissions to the Tribunal, and took proceedings before both the Trial Division and this Court, all without challenge to the independence of the Commission. In short, it . . . impliedly . . . waived its right to object. [Emphasis added.]

[214] The reasoning of Justice MacGuigan was applied by the Court of Appeal in *Yassine v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135 where an applicant did not object until after the Refugee Division's decision was released. Justice Stone for the Court stated, at paragraph 7:

It must also be noted that no objection was taken to the procedure that the Presiding Member adopted for receiving the additional information. . . . That surely was the time to raise an objection and to ask the panel to reconvene the hearing, assuming that the information could not otherwise be received. The appellant was then in possession of all of the new information and was aware that the panel intended to take notice of it. Not only was no objection made at that time, which I would regard as the "earliest practicable opportunity" to do so . . . the appellant remained silent until after the Refugee Division's decision was released on April 18, 1991. Thus, even if a breach of natural justice did occur, I view the appellant's conduct as an implied waiver of that breach. [Emphasis added and citation omitted.]

[215] The reasoning of the Court of Appeal in *Atomic Energy* was accepted by the Supreme Court, in *Canada*

[213] Le principe de common law relatif à la renonciation est décrit par le juge MacGuigan dans *l'Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie atomique du Canada Limitée*, [1986] 1 C.F. 103 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1986] 2 R.C.S. v. (*Énergie atomique*). Le juge MacGuigan a déclaré qu'en common law, même une renonciation implicite à une objection devant un arbitre dans les premières étapes suffit à invalider une objection ultérieure. Le juge MacGuigan a noté ce qui suit [à la page 113] :

La seule manière d'agir raisonnable pour une partie qui éprouve une crainte raisonnable de partialité serait d'alléguer la violation d'un principe de justice naturelle à la première occasion. En l'espèce, EACL a cité des témoins, a contre-interrogé les témoins cités par la Commission, a présenté un grand nombre d'arguments au Tribunal et a engagé des procédures devant la Division de première instance et cette Cour sans contester l'indépendance de la Commission. Bref, elle a [. . .] implicitement renoncé à son droit de s'opposer. [Non souligné dans l'original.]

[214] Le raisonnement du juge MacGuigan a été appliqué par la Cour d'appel dans l'arrêt *Yassine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 949 (C.A.) (QL), où le demandeur ne s'est opposé qu'après le prononcé de la décision de la Section du statut de réfugié. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Stone a déclaré ceci au paragraphe 7 :

Il convient également de préciser qu'aucune objection n'a été soulevée quant à la procédure que le président de l'audience a suivie pour recevoir les renseignements supplémentaires. [. . .] Il aurait certainement pu le faire [s'opposer à la procédure] à ce moment-là et demander au tribunal de reprendre l'audience, s'il n'était pas possible de recevoir les renseignements d'une autre façon. L'appelant avait alors en main tous les nouveaux renseignements et savait que le tribunal avait l'intention de les admettre. Non seulement aucune objection n'a-t-elle été soulevée à cette époque, ce qui m'apparaît être « la première occasion » de le faire [. . .] mais l'appelant n'en a pas parlé avant que la Section du statut de réfugié n'ait fait connaître sa décision le 18 avril 1991. En conséquence, même s'il y a eu violation des principes de justice naturelle, l'appelant a renoncé implicitement à cette violation par sa conduite. [Non souligné dans l'original et citation omise.]

[215] Le raisonnement élaboré par la Cour d'appel dans l'arrêt *Énergie atomique* a été accepté par la Cour

(*Human Rights Commission*) v. *Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892.

[216] In *Zündel v. Canada* (*Canadian Human Rights Commission*) (2000), 195 D.L.R. (4th) 399 (F.C.A.) (*Zündel*) the Court of Appeal considered the question of whether the doctrine of waiver may be relied upon in the face of a finding of reasonable apprehension of bias. The appellant had cited *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623 (*Newfoundland Telephone*) for the proposition that a finding of bias rendered the hearing void, leaving no room for waiver to operate. *Newfoundland Telephone*, however, did not address the question of waiver and the objection to the proceedings was raised at the very outset.

[217] In *Zündel*, the appellant argued that he had not waived his objection and did so promptly once a court ruling favouring his position was handed down in another case. The Court of Appeal noted that it was the framework of the legislation that gave rise to the complaint of unfairness and nothing had prevented the appellant from objecting at the beginning of the proceedings. In those circumstances, waiver was implied.

[218] In concluding his analysis for the Court in *Zündel*, Justice Stone accepted that any waiver to be effective must be made freely and with full knowledge of all the facts relevant to the decision whether to waive or not. In *Kozak*, while counsel for the appellants had consented to the procedure, he could not have known of the background facts suggesting bias.

[219] The rationale for why an applicant must raise a violation of natural justice or apprehension of bias at the earliest practical opportunity was articulated by Justice Pelletier (as he was then) in *Mohammadian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 371 (T.D.), affd [2001] 4 F.C. 85 (C.A.), where he stated at paragraph 25:

suprême du Canada dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

[216] Dans l'arrêt *Zündel c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [2000] A.C.F. n° 1838 (C.A.) (QL) (*Zündel*), la Cour d'appel s'est demandée si la doctrine de la renonciation pouvait être invoquée en présence d'une conclusion qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité. L'appelant avait cité l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623 (*Newfoundland Telephone*) à l'appui de la thèse selon laquelle une conclusion de partialité annulait l'audience, ce qui excluait qu'on puisse invoquer la renonciation. Toutefois, l'arrêt *Newfoundland Telephone* ne traitait pas de la question de la renonciation et l'objection à la procédure avait été soulevée dès le début.

[217] Dans l'arrêt *Zündel*, l'appelant avait fait valoir qu'il n'avait pas renoncé à son objection et il l'a fait très rapidement une fois qu'une décision de la Cour, favorable à sa position, a été rendue dans une autre affaire. La Cour d'appel a noté que c'était le régime de la loi qui était à l'origine de la plainte d'iniquité et que rien n'avait empêché l'appelant de formuler une objection dès le début de l'instance. Dans les circonstances, la renonciation était implicite.

[218] Dans la conclusion de l'analyse faite au nom de la Cour dans l'arrêt *Zündel*, le juge Stone a reconnu que, pour être valable, toute renonciation doit être faite librement et en pleine connaissance de tous les faits pertinents à la décision de renoncer ou non. Dans l'arrêt *Kozak*, bien que l'avocat des appelants eût consenti à la procédure, il ne pouvait pas être au courant du contexte factuel laissant croire à une partialité.

[219] La raison pour laquelle un demandeur doit invoquer à la première occasion un manquement à la justice naturelle ou une crainte de partialité a été énoncée par le juge Pelletier (maintenant juge à la Cour d'appel) dans la décision *Mohammadian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 371 (1^{re} inst.), conf. par [2001] 4 C.F. 85 (C.A.), où il déclare ceci au paragraphe 25 :

There is a powerful argument in favour of such a requirement arising from judicial economy. If applicants are permitted to obtain judicial review of adverse decisions by remaining silent in the face of known problems of interpretation, they will remain silent. This will result in a duplication of hearings. It seems a better policy to provide an incentive to make the original hearing as fair as possible and to avoid repetitious proceedings. Applicants should be required to complain at the first opportunity when it is reasonable to expect them to do so.

Justice Pelletier went on to say at paragraph 26 “[t]he crucial element is the reasonableness of the expectation that the claimant complain at the first opportunity.”

[220] From the above discussion, I would take the principle that an applicant must raise an allegation of bias or other violation of natural justice before the tribunal at the earliest practical opportunity. The earliest practical opportunity arises when the applicant is aware of the relevant information and it is reasonable to expect him or her to raise an objection.

[221] In the present cases, counsel for the applicants would have been aware of the implementation of Guideline 7 from December 7, 2003. If they were of the view that its application in a particular case would result in a denial of their client’s right to a fair hearing, the earliest practical opportunity to raise an objection and to seek an exception from the standard order of questioning would have been in advance of each scheduled hearing, in accordance with rules 43 and 44, or orally, at the hearing itself. A failure to object at the hearing must be taken as an implied waiver of any perceived unfairness resulting from the application of the Guideline itself.

[222] I wish to stress, however, that the operation of the doctrine of waiver does not preclude an applicant from arguing that the manner in which the hearing was conducted breached the duty of fairness by reason of, for example, badgering cross-examination as was found in *Herrera*, if that ground is otherwise properly before the Court.

L’économie des ressources judiciaires est un argument important à l’appui d’une telle exigence. Si les demandeurs peuvent obtenir le contrôle judiciaire des décisions qui leur donnent tort simplement en ne soulevant pas les problèmes patents d’interprétation, c’est ce qu’ils feront. Ceci mènera à une duplication des audiences. Il serait de meilleure politique d’encourager la tenue de l’audience la plus équitable possible et ainsi éviter des procédures à répétition. Les demandeurs devraient être tenus de se plaindre à la première occasion, lorsqu’il est raisonnable de s’y attendre.

Le juge Pelletier poursuit en ces termes au paragraphe 26 : « [L’]élément clé est donc l’expectative raisonnable que le demandeur se plaint à la première occasion ».

[220] Je retiens de l’analyse qui précède le principe selon lequel un demandeur doit soulever une allégation de partialité ou tout autre manquement à la justice naturelle devant le tribunal à la première occasion qui lui est donnée. Celle-ci se présente lorsque le demandeur est informé des renseignements pertinents et qu’il est raisonnable de s’attendre à ce qu’il soulève une objection.

[221] En l’espèce, les avocats des demandeurs devaient être au courant de l’application des Directives n° 7 depuis le 7 décembre 2003. S’ils étaient d’avis que leur application dans un cas particulier entraînerait un déni du droit de leurs clients à une audience équitable, la première occasion qu’ils auraient eu de soulever une objection et de demander une exception à l’ordre normalisé des interrogatoires se serait présentée avant la tenue de chaque audience mise au rôle, conformément aux règles 43 et 44, ou oralement à l’audience même. Le fait de ne pas s’opposer au cours de l’audience doit être considéré comme une renonciation implicite à invoquer toute crainte d’iniquité résultant de l’application des Directives elles-mêmes.

[222] Toutefois, j’aimerais souligner que la manière dont la doctrine de la renonciation s’applique n’empêche pas un demandeur de faire valoir que la façon dont l’audience a été menée constitue un manquement à l’obligation d’équité du fait, par exemple, d’un contre-interrogatoire musclé, comme on l’a conclu dans la décision *Herrera*, si la Cour est par ailleurs saisie à bon droit de ce motif.

[223] The respondent submits that the Court should not consider grounds for judicial review that were not expressly pleaded in the applications for leave. In these proceedings, several applicants raised the Guideline 7 issue in their memoranda of fact and law or supplementary memoranda for the first time after the release of the decision in *Thamotharem*.

[224] The applicants rely upon the decision of the Supreme Court in *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627 in which the Court observed that a "basket clause" in the prayer for relief permitted a court to exercise its discretion to grant a declaration even though it was not specifically pleaded. The Court also referred to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], which among other things, sets out the various forms of relief which may be granted an applicant.

[225] The *Native Women's Assn.* decision cannot be extended, in my view, to support the proposition that applicants may raise new grounds that were not specifically pleaded in their applications for judicial review.

[226] Rule 301 [as am. by SOR/2004-283, s. 36] of the *Federal Courts Rules*, sets out the requirements for an application for judicial review. It states:

301. An application shall be commenced by a notice of application in Form 301 setting out

...

(e) a complete and concise statement of the grounds intended to be argued, including reference to any statutory provision or rule to be relied on.

[227] This Court has held that it will only deal with grounds of review raised by the applicant in the notice of application and supporting affidavits: *Métis National Council of Women v. Canada (Attorney General)*,

[223] Le défendeur soutient que la Cour ne devrait pas traiter des motifs de contrôle judiciaire qui n'ont pas été expressément plaidés dans les demandes d'autorisation. En l'espèce, plusieurs demandeurs ont soulevé pour la première fois la question des Directives n° 7 dans leur mémoire des faits et du droit ou leur mémoire complémentaire après le prononcé de la décision *Thamotharem*.

[224] Les demandeurs s'appuient sur la décision de la Cour suprême dans *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, dans laquelle la Cour suprême a fait observer qu'une « clause omnibus » dans une demande de réparation permet à la cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire de prononcer un jugement déclaratoire même si cela n'a pas été soulevé précisément dans les plaidoiries. La Cour suprême a également fait référence à l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] qui prévoit, entre autres choses, les diverses formes de réparation qui peuvent être accordées à un demandeur.

[225] La décision dans l'arrêt *Assoc. des femmes autochtones* ne peut, à mon avis, servir à appuyer la thèse voulant que les demandeurs puissent invoquer de nouveaux motifs qui n'ont pas été précisément plaidés dans leur demande de contrôle judiciaire.

[226] La règle 301 [mod. par DORS/2004-283, art. 36] des *Règles des Cours fédérales*, qui énonce les conditions applicables à une demande de contrôle judiciaire, prévoit ce qui suit :

301. La demande est introduite par un avis de demande, établi selon la formule 301, qui contient les renseignements suivants :

[...]

e) un énoncé complet et concis des motifs invoqués, avec mention de toute disposition législative ou règle applicable.

[227] La Cour a statué qu'elle ne traiterait que des motifs de contrôle soulevés par le demandeur dans l'avis de demande et les affidavits à l'appui : *Conseil national des femmes métisses c. Canada (Procureur général)*,

[2005] 4 F.C.R. 272. (See also *Schut v. Canada (Attorney General)* (2000), 186 F.T.R. 212 (F.C.T.D.)). The same position has been taken by the Federal Court of Appeal: *Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455, leave to appeal refused [1995] 4 S.C.R. vii.

[228] I note that in *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 289 N.R. 165, the Court of Appeal allowed the applicants to raise an issue in oral arguments which had not been raised in the judicial review or in any of the proceedings before the Board. The issue in this case was the failure of the Board to consider the designation of a representative for a minor refugee applicant as required by subsection 69(4) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] of the *Immigration Act*. The Court determined that it was appropriate to consider it at that time because the record disclosed all of the relevant facts, and there was no suggestion that the Minister would be prejudiced if the issue was considered.

[229] It is not clear that the records in each of the 19 applications consolidated disclose all of the relevant facts. For instance, it is not clear through reading the applicable tribunal records whether there was evidence before the Board member of why the order of questioning outlined in Guideline 7 should not be followed in a given case, particularly if it was raised before the hearing. Thus I would conclude that, unlike in *Stumpf*, the respondent may be prejudiced by the failure of the applicants to raise the issue at an earlier stage of the proceedings.

[230] In *Marshall v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 34, the Court stated at paragraph 2:

The applicant at the hearing raised the issue of reasonable apprehension of bias by the presiding member. However this issue was not raised in the applicant's original pleadings, but only in a further Memorandum of Argument on behalf of the applicant filed subsequently to receiving the Minister's Memorandum of Argument. Given that Rule 301(e) requires a complete and concise statement of the grounds intended to be argued, I believe it is too late at this stage as it was not part

[2005] 4 R.C.F. 272. (Voir également *Schut c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n° 424 (1^{re} inst.) (QL)). La même position a été adoptée par la Cour d'appel fédérale dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455, autorisation de pourvoi refusée, [1995] 4 R.C.S. vii.

[228] Je note que, dans l'arrêt *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 148, la Cour d'appel a autorisé les demandeurs à soulever, au cours de la plaidoirie, une question qui n'avait pas été évoquée dans le contrôle judiciaire, ni dans aucune autre procédure devant la CISR. Cette affaire portait sur l'omission de la CISR d'examiner la désignation d'un représentant pour un revendicateur mineur, comme l'exigeait le paragraphe 69(4) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18] de la *Loi sur l'immigration*. La Cour a statué qu'il était approprié d'examiner cette question à cette étape parce que le dossier renfermait tous les faits pertinents, et que rien ne laissait croire que le ministre subirait un préjudice si la question était examinée.

[229] Il n'est pas clairement établi si les dossiers dans chacune des 19 demandes réunies en l'espèce contiennent tous les faits pertinents. Par exemple, la lecture des dossiers du tribunal applicables n'indique pas clairement si le commissaire était saisi d'une preuve établissant pourquoi l'ordre des interrogatoires prévu dans les Directives n° 7 ne devait pas être suivi dans un cas donné, et particulièrement si cette question avait été soulevée avant l'audience. Je dois donc conclure que, contrairement à l'affaire *Stumpf*, le défendeur peut subir un préjudice du fait que les demandeurs n'ont pas soulevé la question à une étape antérieure de l'instance.

[230] Dans la décision *Marshall c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 34, la Cour a déclaré ce qui suit au paragraphe 2 :

À l'audience, le demandeur a soulevé la question d'une crainte raisonnable de partialité de la part du commissaire. Toutefois, cette question n'est pas mentionnée dans les actes de procédure déposés à l'origine, mais seulement dans un mémoire des arguments additionnels du demandeur, déposé suite à la réception du mémoire des arguments du ministre. Vu que le paragraphe 301(e) des Règles exige un énoncé complet et concis des motifs invoqués, je suis d'avis qu'il est

of the original application. In any event if there was such an issue, it should have been raised by motion before the presiding member and not now on judicial review. [Emphasis added.]

[231] The Court of Appeal has also held that arguments not made before the tribunal cannot be raised on judicial review: *Toussaint v. Canada (Labour Relations Board)* (1993), 160 N.R. 396; *Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers* (2001), 10 C.P.R. (4th) 417.

[232] In conclusion, I agree with the respondent that the applicants in this case who did not raise issues of procedural fairness respecting Guideline 7 before the Board and in their applications for leave and for judicial review should be precluded from doing so by way of written and oral argument at this time. If the objection was made in a timely manner at or before the hearing, the applicants are entitled to raise it as a ground for judicial review in their applications for leave.

[233] While claimants seeking decisions from the Board respecting the procedure to be followed at its hearings should normally follow the requirements set out in rules 43 and 44, that is by filing a written submission supported by evidence without delay before the hearing, I do not accept the respondent's submission that failure to do so necessarily invokes the waiver doctrine. As I read the jurisprudence, waiver will not be implied where the party against whom it is claimed has made an objection to the procedure before or during the hearing itself. What the doctrine seeks to prevent is the litigant who sits mute through the procedure and tries to take advantage of the issue before a higher forum.

[234] If the applicants failed to cite a denial of procedural fairness in their applications for leave, judicial review of the applications should be confined to

maintenant trop tard pour introduire un élément qui ne fait pas partie de la demande originale. De toute façon, cette question aurait dû être soulevée dans le cadre d'une requête présentée au commissaire et non à l'occasion du présent contrôle judiciaire. [Non souligné dans l'original.]

[231] La Cour d'appel a également statué que des arguments non invoqués devant le tribunal ne peuvent être soulevés au cours d'un contrôle judiciaire : *Toussaint c. Canada (Conseil canadien des relations du travail)*, [1993] A.C.F. n° 616 (C.A.) (QL); *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. Canadienne des fournisseurs Internet*, 2001 CAF 4.

[232] En conclusion, je suis d'accord avec le défendeur pour dire que les demandeurs en l'espèce qui n'ont pas soulevé de questions d'équité procédurale au sujet de l'application des Directives n° 7 devant la CISR et dans leur demande d'autorisation et de contrôle judiciaire devraient être forclos de le faire par voie d'observations écrites ou verbales à cette étape-ci de l'instance. Si l'objection avait été faite en temps opportun, soit avant l'audience ou au cours de celle-ci, les demandeurs auraient eu droit d'en faire un motif de contrôle judiciaire dans leurs demandes d'autorisation.

[233] Bien que les demandeurs d'asile qui réclament à la Commission des décisions sur la procédure à suivre au cours de ses audiences doivent normalement remplir les conditions énoncées aux règles 43 et 44 de la SPR, soit en déposant, sans délai avant l'audience, des observations écrites appuyées par des éléments de preuve, je n'accepte pas la prétention du défendeur selon laquelle l'omission de le faire fait nécessairement intervenir la doctrine de la renonciation. De la façon dont j'interprète la jurisprudence, la renonciation ne peut être implicite lorsque la partie contre laquelle elle est invoquée a soulevé une objection à la procédure avant l'audience ou au cours de celle-ci. Ce que la doctrine cherche à éviter, c'est le cas du justiciable qui ne dit rien pendant toute la procédure et qui essaie de tirer parti de la question devant une instance supérieure.

[234] Si les demandeurs ont omis de mentionner le déni d'équité procédurale dans leurs demandes d'autorisation, le contrôle judiciaire de ces demandes

the grounds for which they sought leave. The common “basket clause” formula “such further and other grounds as the applicants may advise and this Honourable Court permit” is not a complete and concise statement of the grounds intended to be argued within the meaning of rule 301 [of the *Federal Courts Rules*]. However, in some cases, the issue was identified in the memorandum of fact and law filed with the application.

[235] In view of the unsettled state of the law on these issues and that prior to *Thamotharem* this Court had consistently denied applications based solely on Guideline 7, applicants should not be penalized for the failure of counsel to specify the ground in the notice of application if it is clear from the materials filed with the application that procedural fairness was in issue. That is not to be taken as an invitation to expand the grounds for which leave has been granted. If the issue of Guideline 7 is only raised in a further memorandum of fact and law filed subsequent to the granting of leave, there has been an implied waiver and the applicants are restricted to the issues identified in the initial application and memorandum.

[236] Turning to the application of these principles to the cases before me, I make the following findings:

- Cases in which there was no waiver because of a timely objection at or before the Board hearing and the denial of procedural fairness was identified as a ground for judicial review in the leave application either expressly or through a basket clause: IMM-9766-04 (*Restrepo Benitez*); IMM-1144-05 (*Quadri*); IMM-4044-05 (*Roy*); IMM-470-05 (*Martinez & others*); IMM-2150-05 (*Matheen*); IMM-353-05 (*Rincon & others*); IMM-1419-05 (*Gomez & others*); IMM-1877-05 (*Jones*); IMM-712-05 (*Guirguis & others*); IMM-407-05 (*Mejia*); IMM-9797-04 (*Bilomba*); IMM-2709-05 (*Trujillo*); IMM-2034-05 (*Ortiz*). These applications are not barred from proceeding on the procedural fairness issue in relation to the application of Guideline 7 in that case.

devrait se limiter aux motifs pour lesquels ils ont demandé l’autorisation. La formule habituelle de la « clause omnibus », savoir « tout autre motif que les demandeurs peuvent faire valoir et que la Cour peut autoriser » n’est pas un énoncé complet et concis des motifs invoqués au sens de la règle 301 [des *Règles des Cours fédérales*]. Toutefois, dans certains cas, la question a été mentionnée dans les mémoires des faits et du droit déposés avec la demande.

[235] Étant donné que l’état du droit sur ces questions n’est pas bien fixé et que, avant la décision *Thamotharem*, la Cour a constamment refusé les demandes se fondant uniquement sur les Directives n° 7, les demandeurs ne devraient pas être pénalisés parce que leurs avocats ont omis de préciser ce motif dans l’avis de demande, s’il ressort clairement des documents déposés avec la demande que l’équité procédurale était une question en litige. Cela ne doit pas être considéré comme une invitation à étendre les motifs pour lesquels l’autorisation a été accordée. Si la question des Directives n° 7 n’est soulevée que dans un mémoire des faits et du droit complémentaire déposé après l’octroi de l’autorisation, il y a renonciation implicite, et les demandeurs doivent s’en tenir aux questions cernées dans la première demande et le premier mémoire.

[236] Je tire les conclusions suivantes concernant l’application de ces principes aux causes dont je suis saisi :

- Les causes dans lesquelles il n’y a pas eu de renonciation parce qu’une objection a été formulée en temps opportun avant l’audience devant la CISR ou au cours de l’audience et que le déni d’équité procédurale a été mentionné comme motif de contrôle judiciaire dans la demande d’autorisation, soit expressément, soit sous forme de clause omnibus : IMM-9766-04 (*Restrepo Benitez*); IMM-1144-05 (*Quadri*); IMM-4044-05 (*Roy*); IMM-470-05 (*Martinez et autres*); IMM-2150-05 (*Matheen*); IMM-353-05 (*Rincon et autres*); IMM-1419-05 (*Gomez et autres*); IMM-1877-05 (*Jones*); IMM-712-05 (*Guirguis et autres*); IMM-407-05 (*Mejia*); IMM-9797-04 (*Bilomba*); IMM-2709-05 (*Trujillo*); IMM-2034-05 (*Ortiz*). La question de l’équité procédurale relative à l’application des Directives n° 7 pourra être débattue dans chacune de ces demandes.

■ Cases in which no objection was raised before or during the hearing and for which waiver will be implied: IMM-4064-05 (*Kamalendran*); IMM-9220-04 and IMM-3994-05 (*Arachchige*); IMM-3313-05 (*Robinson*); IMM-9452-04 (*Gyankoma*); IMM-934-05 (*Savagoli*). These applications are barred from proceeding on the ground of procedural fairness in relation to Guideline 7.

CONCLUSIONS

[237] Based on the analysis above I make the following findings on each of the issues.

■ Although the order of questioning in refugee determination proceedings engages the security of the person interests of claimants, this case concerns classic administrative law issues that may be determined under the principles of natural justice and fairness without invoking the Charter. It is therefore not necessary for the Court to determine the scope and effect of fundamental justice under section 7 with regard to the application of the Guideline. In the alternative, if a Charter analysis is required, fundamental justice does not require that the questioning order employed in the civil and criminal courts be extended to refugee determination hearings. The legislative intention to avoid the formalities attendant upon court proceedings is not inconsistent with the requirements of fundamental justice

■ After considering the factors laid out by the Supreme Court in *Baker* and the further factors submitted by the applicants, it has not been established that natural justice requires that counsel for a refugee claimant be provided with the opportunity to question the claimant first. The opportunity for the applicant to make written submissions and provide evidence to the Board, to have an oral hearing with the participation of counsel, and to make oral submissions, satisfies the participatory rights required by the duty of fairness and Guideline 7 does not, in itself, breach that duty.

■ Les causes dans lesquelles aucune objection n'a été soulevée avant ou au cours de l'audience et pour lesquelles la renonciation est implicite : IMM-4064-05 (*Kamalendran*); IMM-9220-04 et IMM-3994-05 (*Arachchige*); IMM-3313-05 (*Robinson*); IMM-9452-04 (*Gyankoma*); IMM-934-05 (*Savagoli*). Ces demandeurs ne peuvent faire valoir un manquement à l'équité procédurale relativement aux Directives n° 7.

LES CONCLUSIONS

[237] Me fondant sur l'analyse précitée, je tire les conclusions suivantes au sujet de chacune des questions en litige.

■ Bien que l'ordre des interrogatoires dans les instances relatives à la détermination du statut de réfugié touche les intérêts des demandeurs d'asile pour ce qui concerne la sécurité de leur personne, cette affaire porte sur des questions de droit administratif classiques qui peuvent être tranchées en appliquant les principes de justice naturelle et d'équité sans avoir recours à la Charte. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que la Cour établisse la portée et l'effet de la justice fondamentale garantie par l'article 7 au regard de l'application des Directives. Subsidiairement, s'il faut avoir recours à une analyse fondée sur la Charte, la justice fondamentale n'exige pas que l'ordre des interrogatoires utilisé devant les tribunaux civils et criminels s'étende aux audiences visant à déterminer le statut de réfugié. L'intention du législateur d'éviter les formalités accessoires aux procédures judiciaires n'est pas incompatible avec les exigences de la justice fondamentale.

■ Après avoir examiné les facteurs énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Baker* et les autres facteurs proposés par les demandeurs, il n'a pas été établi que la justice naturelle exige que l'avocat d'un demandeur d'asile ait la possibilité d'interroger son client en premier lieu. La possibilité qu'a le demandeur de déposer des observations écrites et de fournir des éléments de preuve à la CISR, d'obtenir une audience à laquelle participe son avocat et de présenter des observations de vive voix est conforme aux droits de participation qu'exige l'obligation d'équité, et les Directives n° 7 ne contreviennent pas, en elles-mêmes, à cette obligation.

■ While the language of Guideline 7 could be construed as mandatory in nature by inexperienced and less confident Board members, and although members may feel some top-down pressure to follow it, this does not lead to the conclusion that members consider themselves bound to apply the Guideline as if it were legislation, a regulation or a formal rule made under the Chairperson's authority. On the face of the record in this case, the evidence does not support a finding of fettering. Although fettering could be established in a particular case, the application of Guideline 7 in itself, does not fetter the discretion of Board members. Whether fettering has occurred must be established on a case-by-case basis.

■ Administrative tribunals are free, within reason, to determine their own procedures as they are "masters in their own house" with respect to internal administrative procedures, subject to the proviso that they comply with the duty of fairness and, where they exercise judicial or quasi-judicial functions, the rules of natural justice. The Chairperson's authority to make guidelines is broad enough to encompass the adoption of a procedure such as the standard order of questioning contemplated by Guideline 7. As Guideline 7 does not constitute a mandatory pronouncement which fetters the members' discretion, it does not operate as a mandatory rule and as such remains within the Chairperson's authority.

■ A reasonable apprehension of institutional bias does not arise merely because Board members conduct the questioning of refugee claimants in the absence of a refugee protection officer or in advance of claimants' counsel. In the particular circumstances of an individual case, aggressive questioning by the member or the refugee protection officer may amount to a breach of fairness, but the question of bias in this context has to be raised on a case-by-case basis. Whether a reasonable apprehension of bias is made out is to be decided by the judge hearing the merits of the case.

■ Bien que le libellé des Directives n° 7 puisse être interprété comme étant de nature obligatoire par des commissaires inexpérimentés et manquant de confiance en eux, et bien que les commissaires puissent estimer qu'ils subissent de la pression des instances supérieures pour suivre ces directives, cela ne mène pas à la conclusion que les commissaires s'estiment tenus d'appliquer les Directives comme s'il s'agissait d'une loi, d'un règlement ou d'une règle formelle prise en vertu du pouvoir du président. D'après le dossier constitué en l'espèce, la preuve n'appuie pas une conclusion d'entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Bien que cette entrave puisse être établie dans un cas particulier, l'application des Directives n° 7 elle-même n'entrave pas le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Il faudra donc établir cette entrave au cas par cas.

■ Les tribunaux administratifs sont libres, dans une mesure raisonnable, d'établir leurs propres procédures étant donné qu'ils sont « maîtres chez eux » pour ce qui est des procédures administratives internes, à la condition qu'ils respectent leur obligation d'équité et, dans l'exercice de fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, les règles de la justice naturelle. Le pouvoir du président de donner des directives est suffisamment large pour englober l'adoption d'une procédure telle que l'ordre normalisé des interrogatoires prévu par les Directives n° 7. Étant donné que ces directives ne constituent pas un énoncé obligatoire qui entrave le pouvoir discrétionnaire des commissaires, elles ne sont pas appliquées comme une règle obligatoire et, en tant que telles, elles demeurent dans les limites du pouvoir du président.

■ Une crainte raisonnable de partialité institutionnelle ne peut être invoquée simplement parce que les commissaires interrogent les demandeurs d'asile en l'absence d'un agent chargé de la protection des réfugiés ou avant l'avocat de ces demandeurs d'asile. Dans les circonstances particulières d'un cas donné, un interrogatoire musclé par le commissaire ou par l'agent chargé de la protection des réfugiés peut constituer un manquement à l'équité, mais la question de la partialité dans ce contexte doit être soulevée au cas par cas. C'est le juge appelé à se prononcer sur le fond de l'affaire qui décidera si une crainte raisonnable de partialité a été établie.

■ The common-law principle of waiver requires that an applicant must raise an allegation of bias or a violation of natural justice before the tribunal at the earliest practical opportunity. If counsel were of the view that the application of Guideline 7 in a particular case would result in a denial of their client's right to a fair hearing, the earliest practical opportunity to raise an objection and to seek an exception from the standard order of questioning would have been in advance of each scheduled hearing, in accordance with rules 43 and 44, or orally, at the hearing itself. A failure to object at the hearing must be taken as an implied waiver of any perceived unfairness resulting from the application of the Guideline itself. If the objection was made in a timely manner at or before the hearing, the applicants are entitled to raise it as a ground for judicial review in their applications for leave. If the applicants failed to cite a denial of procedural fairness in their applications for leave, judicial review of the applications should be confined to the grounds on which leave was sought.

■ Le principe de common law relatif à la renonciation exige qu'un demandeur soulève une allégation de partialité ou un manquement à la justice naturelle devant le tribunal à la première occasion raisonnable. Si les avocats sont d'avis que l'application des Directives n° 7 dans un cas particulier entraînerait pour leurs clients un déni du droit à une audience équitable, la première occasion de soulever une objection et de demander une exception à l'ordre normalisé des interrogatoires se présentera avant chaque audience mise au rôle conformément aux règles 43 et 44, ou de vive voix au cours de l'audience. Le fait de ne pas formuler d'objection au cours de l'audience doit être considéré comme une renonciation implicite à toute crainte d'iniquité résultant de l'application des Directives elles-mêmes. Si l'objection a été présentée en temps opportun avant l'audience ou au cours de celle-ci, les demandeurs ont le droit de la faire valoir comme motif de contrôle judiciaire dans leur demande d'autorisation. Si les demandeurs n'ont pas fait valoir le manquement à l'équité procédurale dans leur demande d'autorisation, le contrôle judiciaire des demandes doit se limiter aux motifs pour lesquels l'autorisation a été demandée.

CERTIFIED QUESTIONS

[238] The applicants in this case have submitted a number of questions for certification:

The proposed questions are as follows:

1. Does the implementation of paragraphs 19 and 23 of the Chairperson's Guideline 7 violate principles of natural justice by unduly interfering with the claimant's right to be heard?
2. Has the implementation of Guideline 7 led to the fettering of Board members' discretion?
3. Does Guideline 7 violate natural justice by distorting the independent role of Board members?
4. Does Guideline 7 violate the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*?
5. Is Guideline 7 unlawful because it is *ultra vires* the guideline making authority of the Chairperson under the IRPA?

LES QUESTIONS CERTIFIÉES

[238] En l'espèce, les demandeurs ont soumis un certain nombre de questions aux fins de la certification.

Les questions proposées sont les suivantes :

1. L'application des paragraphes 19 et 23 des Directives n° 7 données par le président contrevient-elle aux principes de justice naturelle en limitant indûment le droit du demandeur d'asile d'être entendu?
2. L'application des Directives n° 7 constitue-t-elle une entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires?
3. Les Directives n° 7 contreviennent-elles à la justice naturelle en déformant le rôle d'indépendance des commissaires?
4. Les Directives n° 7 contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale consacrés par l'article 7 de la *Charte des droits et libertés*?
5. Les Directives n° 7 sont-elles illégales parce qu'elles sont *ultra vires* du pouvoir que confère la LIPR au président de donner des directives?

- | | |
|---|---|
| <p>6. If Guideline 7 and the procedure mandated by it breaches natural or fundamental justice, can a refugee claimant in any way implicitly waive the breach, for example by failing to object to the procedure?</p> <p>7. Is Guideline 7 <i>ultra vires</i> the IRPA and Regulations thereunder?</p> <p>8. Does “reverse order questioning” constitute a denial of the principles of fundamental justice and denial of s. 7 of the <i>Charter</i> in:</p> <p style="margin-left: 20px;">a) Denying the right to effective and competent counsel?</p> <p style="margin-left: 20px;">b) Denying the right to be heard?</p> <p>9. Does reverse order questioning as mandated by Guideline 7 constitute:</p> <p style="margin-left: 20px;">a) A breach of the right to an independent judiciary and constitute a reasonable apprehension of institutional bias contrary to the preamble of the <i>Constitution Act, 1867</i>?</p> <p style="margin-left: 20px;">b) A breach of the right to a hearing before a fair and independent tribunal and a reasonable apprehension of institutional bias contrary to s.7 of the <i>Charter</i>?</p> <p>10. With respect to Guideline 7 and the objection/non-objection of the claimant’s counsel at the refugee hearing:</p> <p style="margin-left: 20px;">a) Does the respondent confuse the doctrine of waiver with that of the failure to object before the trier of fact as constituting an issue estoppel on judicial review?</p> <p style="margin-left: 20px;">b) If no such confusion exists, then what “right” is being purportedly waived by the claimant at the hearing by not registering an objection to Guideline 7?</p> <p style="margin-left: 20px;">c) As a matter of fundamental justice, is the exercise of a Board member’s purported discretion pursuant to any Guideline ever in the claimant’s hands to “waive”?</p> | <p>6. Si les Directives n° 7 et la procédure qu’elles obligent à suivre constituent un manquement à la justice naturelle ou fondamentale, un demandeur d’asile peut-il d’une quelconque façon renoncer implicitement à ce manquement, par exemple en ne s’opposant pas à la procédure?</p> <p>7. Les Directives n° 7 sont-elles <i>ultra vires</i> de la LIPR et des règlements établis sous son régime?</p> <p>8. L’« ordre inversé des interrogatoires » constitue-t-il un manquement aux principes de justice fondamentale et un déni des droits garantis par l’article 7 de la Charte en :</p> <p style="margin-left: 20px;">a) refusant au demandeur d’asile le droit à un procureur efficace et compétent?</p> <p style="margin-left: 20px;">b) lui refusant le droit d’être entendu?</p> <p>9. L’ordre inversé des interrogatoires imposé par les Directives n° 7 constitue-t-il :</p> <p style="margin-left: 20px;">a) un manquement au droit à un pouvoir judiciaire indépendant et donne-t-il lieu à une crainte raisonnable de partialité institutionnelle contraire au préambule de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>?</p> <p style="margin-left: 20px;">b) un manquement au droit à une audience devant un tribunal équitable et indépendant et donne-t-il lieu à une crainte raisonnable de partialité institutionnelle contraire à l’article 7 de la Charte?</p> <p>10. En ce qui concerne les Directives n° 7 et l’objection ou l’absence d’objection de la part du procureur du demandeur d’asile au cours de l’audience relative à la détermination du statut de réfugié :</p> <p style="margin-left: 20px;">a) le défendeur confond-il la doctrine de la renonciation et celle de l’omission de s’opposer devant le juge des faits comme constituant une interdiction de soulever la question dans le cadre d’un contrôle judiciaire?</p> <p style="margin-left: 20px;">b) si aucune confusion de ce genre n’existe, à quel « droit » le demandeur d’asile renonce-t-il prétendument à l’audience en ne formulant pas d’objection à l’application des Directives n° 7?</p> <p style="margin-left: 20px;">c) pour ce qui concerne la justice fondamentale, est-il loisible à un demandeur d’asile de « renoncer » à l’exercice du pouvoir discrétionnaire qui serait conféré à un commissaire aux termes d’une directive?</p> |
|---|---|

[239] The first two questions suggested by the applicants were two of the questions certified in *Thamotharem*. The respondent agrees that these be certified in this case and also requests that the third question certified by Justice Blanchard in *Thamotharem*

[239] Les deux premières questions proposées par les demandeurs étaient deux des questions qui ont été certifiées dans la décision *Thamotharem*. Le défendeur convient qu’elles devraient être certifiées en l’espèce et demande également que la troisième question certifiée

be again certified, which I agree should be done.

[240] The respondent submits and I agree, that the questions regarding independence of Board members be re-written as follows: does the role of Refugee Protection Division members in questioning refugee claimants, as contemplated by Guideline 7, give rise to a reasonable apprehension of bias?

[241] The respondent submits that the procedural fairness issues raised by the applicants can be dealt with through administrative law principles and therefore resort to the Charter is unnecessary. While that is the finding I have reached, it remains a serious question of general importance.

[242] The respondent also contends that the *vires* of Guideline 7 is adequately subsumed under the question dealing with fettering of Board member's discretion. I do not agree.

[243] Based on the questions proposed for certification by the applicants and the respondent's reply, I would certify the following questions which I believe pass the test articulated by the Court of Appeal in *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4:

1. Does Guideline 7, issued under the authority of the Chairperson of the Immigration and Refugee Board, violate the principles of fundamental justice under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by unduly interfering with claimants' right to be heard and right to counsel?

2. Does the implementation of paragraphs 19 and 23 of the Chairperson's Guideline 7 violate principles of natural justice?

3. Has the implementation of Guideline 7 led to fettering of Refugee Protection Division members' discretion?

par le juge Blanchard dans l'arrêt *Thamotharem* soit de nouveau certifiée, ce que j'ai accepté de faire.

[240] Le défendeur soutient, et je suis d'accord avec lui, que les questions concernant l'indépendance des commissaires soient réécrites de la façon suivante : le rôle des commissaires de la Section de la protection des réfugiés au cours des interrogatoires des demandeurs d'asile, tel que prévu par les Directives n° 7, donne-t-il lieu à une crainte raisonnable de partialité?

[241] Le défendeur soutient que les questions d'équité procédurale soulevées par les demandeurs peuvent être traitées en appliquant les principes de droit administratif; par conséquent, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à la Charte. Bien que ce soit là la conclusion à laquelle je suis parvenu, cette question demeure une question grave de portée générale.

[242] Le défendeur prétend également que la constitutionnalité des Directives n° 7 est subordonnée, à la question de l'entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires. Je ne suis pas d'accord.

[243] En m'appuyant sur les questions proposées aux fins de la certification par les demandeurs et la réponse du défendeur, je certifierais les questions suivantes qui, à mon avis, respectent le critère formulé par la Cour d'appel dans *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL) :

1. Les Directives n° 7, prises en vertu du pouvoir du président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale consacrés par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en limitant indûment le droit d'un demandeur d'asile d'être entendu et son droit à un procureur?

2. L'application des paragraphes 19 et 23 des Directives n° 7 prises par le président contrevient-elle aux principes de justice naturelle?

3. L'application des Directives n° 7 constitue-t-elle une entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des

4. Does a finding that Guideline 7 fetters a Refugee Protection Division member's discretion necessarily mean that the application for judicial review must be granted, without regard to whether or not the applicant was otherwise afforded procedural fairness in the particular case or whether there was an alternate basis for rejecting the claim?

5. Does the role of Refugee Protection Division members in questioning refugee claimants, as contemplated by Guideline 7, give rise to a reasonable apprehension of bias?

6. Is Guideline 7 unlawful because it is *ultra vires* the guideline-making authority of the Chairperson under paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*?

7. When must an applicant raise an objection to Guideline 7 in order to be able to raise it upon judicial review?

All of these questions, in my view, transcend the interests of the immediate parties to the litigation, raise issues of broad significance and could be determinative of the appeal.

commissaires de la Section de la protection des réfugiés?

4. Une conclusion selon laquelle les Directives n° 7 entravent l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires de la Section de la protection des réfugiés signifie-t-elle nécessairement que la demande de contrôle judiciaire doit être accueillie, sans qu'il soit tenu compte du fait que l'équité procédurale a autrement été assurée au demandeur dans ce cas particulier ou qu'il y a un autre fondement permettant de rejeter la revendication?

5. Le rôle des commissaires de la Section de la protection des réfugiés au cours de l'interrogatoire des demandeurs d'asile, tel que prévu par les Directives n° 7, donne-t-il lieu à une crainte raisonnable de partialité?

6. Les Directives n° 7 sont-elles illégales parce qu'elles excèdent le pouvoir du président de donner des directives en vertu de l'alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?

7. Quand un demandeur doit-il soulever une objection à l'application des Directives n° 7 pour être en mesure de la plaider dans le cadre d'un contrôle judiciaire?

À mon avis, toutes ces questions transcendent les intérêts des parties immédiates au litige, soulèvent des questions graves de portée générale et pourraient permettre de trancher l'appel.