

IMM-7836-04  
2006 FC 16

IMM-7836-04  
2006 CF 16

**Daniel Thamothers (Applicant)**

**Daniel Thamothers (demandeur)**

v.

c.

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

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

and

et

**The Canadian Council for Refugees (Intervener)**

**Le Conseil canadien pour les réfugiés (intervenant)**

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

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

Federal Court, Blanchard J.—Toronto, November 2, 2005; Ottawa, January 6, 2006.

Cour fédérale, juge Blanchard—Toronto, 2 novembre 2005; Ottawa, 6 janvier 2006.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision dismissing applicant's allegation RPD's standard order of questioning (Guideline 7) violating natural justice, determining applicant not Convention refugee, person in need of protection — Guideline 7 providing Refugee Protection Officer (RPO), RPD member to question claimant before counsel at refugee protection hearing — Natural justice, procedural fairness not requiring claimant at refugee hearing first be questioned by counsel — Content of procedural protections — Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) factors considered — Furthermore claimant having opportunity to make written submissions before, after hearing, oral representations at hearing — Vulnerability only one of factors to consider — Applicant in present instance had meaningful opportunity to present case fully, fairly — However, Guideline 7 fettering RPD's discretion — Guidelines not meant to be legally binding on RPD members — But mandatory language of Guideline 7, limited, narrow description in guideline of exceptional circumstances where RPD members having discretion to change order of questioning, expectation of compliance by Immigration and Refugee Board, all combining to limit RPD member's discretion, in effect dictating procedure, allowing few exceptions on procedural issue potentially affecting fairness of hearing — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de rejeter l'allégation du demandeur selon laquelle l'ordre normalisé des interrogatoires (les Directives n° 7) contrevient aux principes de justice naturelle et de conclure que le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger — Les Directives n° 7 prévoient que l'agent de protection des réfugiés (l'APR) ou le commissaire de la SPR interroge le demandeur avant le procureur de celui-ci lors des audiences des demandeurs d'asile — Les principes de justice naturelle et d'équité procédurale n'exigent pas qu'un demandeur d'asile soit d'abord interrogé par son procureur — Teneur des protections procédurales — Les facteurs établis dans Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) sont examinés — En outre, le demandeur a eu la possibilité de déposer des prétentions écrites avant et après l'audience et de faire des observations de vive voix à l'audience — La vulnérabilité n'est que l'un des facteurs à prendre en compte — Le demandeur en l'espèce a réellement eu la possibilité d'exposer sa cause complètement et équitablement — Les Directives n° 7 entravent toutefois le pouvoir discrétionnaire de la SPR — Les directives n'ont pas pour objet de lier légalement les commissaires — Toutefois, le libellé contraignant des Directives n° 7, la description restrictive qu'on y trouve des circonstances exceptionnelles dans lesquelles les commissaires peuvent modifier l'ordre des interrogatoires et l'attente de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en matière de conformité ont pour effet de limiter le pouvoir discrétionnaire des commissaires et de dicter une certaine procédure, sous réserve de quelques exceptions, concernant un aspect procédural susceptible*

*Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Procedural fairness — Whether procedural guideline complying with rules of fairness depending on factors such as extent to which guideline restricting scope of discretion of independent RPD members in exercise of their duties under Immigration and Refugee Protection Act — Guideline may become unlawful fetter upon discretion if elevated to status of general rule — In case at bar, thrust of Guideline 7 (imposing standard order for questioning of refugee claimants) indicating mandatory process rather than recommended, optional process, thus unlawful fetter of RPD members' discretion.*

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board (IRB) that the applicant was neither a Convention refugee nor a person in need of protection.

In written arguments submitted prior to his hearing before the RPD and in oral submissions at that hearing, the applicant raised objections to Guideline 7 issued by the Chairperson of the IRB pursuant to paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, arguing that it violates the common-law principles of natural justice and procedural fairness. Guideline 7 sets out a standard order for questioning of refugee claimants and the basis and procedure for varying the order proceeding. Under Guideline 7, the Refugee Protection Officer (RPO) questions the claimant first, and if no RPO is present, the RPD member questions first (the standard order of questioning). The RPD concluded that Guideline 7 did not give rise to a denial of natural justice.

At issue was whether Guideline 7: (i) denies the applicant the right to be heard; (ii) fetters the discretion of RPD members; or (iii) unlawfully distorts the adjudicative role of the RPD.

*Held*, the application should be allowed.

The legislative framework, Guideline 7, and the evidence before the Court were first reviewed, and the positions of the parties summarized. Three preliminary arguments were disposed of before considering the duty of fairness. (1) While earlier Federal Court decisions have upheld the general validity of Guideline 7, those decisions were not determinative of the issues herein which have not be previously canvassed. (2) The applicant's allegation of procedural unfairness was not

*d'avoir une incidence sur l'équité de l'audience — Demande accueillie.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Équité procédurale — La question de savoir si une directive qui touche la procédure est conforme aux règles d'équité dépend-elle de facteurs comme la mesure dans laquelle elle limite le pouvoir discrétionnaire que les commissaires indépendants exercent dans l'exécution des fonctions que la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés leur confie? — Une directive peut constituer une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire si elle est érigée en règle générale — En l'espèce, les Directives n° 7 (qui imposent un ordre normalisé pour les interrogatoires des demandeurs d'asile) ne recommandent pas un processus facultatif, mais établissent un processus obligatoire, entravant ainsi illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision rendue par la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR) selon laquelle le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger.

Dans les prétentions écrites qu'il a déposées avant l'audience devant la SPR et dans les observations qu'il a faites de vive voix à l'audience, le demandeur a contesté les Directives n° 7 données par le président de la CISR en vertu de l'alinéa 159(1)(h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, parce qu'elles contreviendraient aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale existant en common law. Les Directives n° 7 décrivent l'ordre normalisé des interrogatoires des demandeurs d'asile, les raisons pour lesquelles cet ordre peut être modifié et la façon de le faire. Selon ces directives, c'est l'agent de protection des réfugiés (l'APR) ou, en l'absence d'un APR, le commissaire qui interroge le premier le demandeur (l'ordre normalisé des interrogatoires). La SPR a conclu que les Directives n° 7 ne contrevenaient pas aux principes de justice naturelle.

La Cour devait décider si les Directives n° 7 : i) privent le demandeur du droit d'être entendu; ii) entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires; iii) déforment illégalement le rôle de décideur de la SPR.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Le cadre législatif, les Directives n° 7 et la preuve présentée à la Cour ont d'abord été examinés et les positions des parties ont ensuite été résumées. La Cour a disposé de trois arguments préliminaires avant de traiter de l'obligation d'agir équitablement. 1) Bien que la Cour fédérale ait confirmé dans le passé la validité générale des Directives n° 7, ces décisions ne sont pas déterminantes en ce qui concerne les questions en l'espèce car ces questions n'ont

hypothetical: the question of whether the standard order of questioning provided in Guideline 7 is inherently unfair in that it violates the principles of natural justice and procedural fairness was a proper one for consideration by the Court. (3) Finally, none of the cases cited by the applicant established that the principles of natural justice and procedural fairness require that refugee claimants be questioned by their counsel first (“examination in chief”). As a matter of fact, in several other cases that predate Guideline 7, the Court held that starting with questioning by the RPO does not, in itself, constitute a violation of the rules of natural justice. The cases cited by the applicant and the intervener reaffirmed that the RPD is entitled to control the procedures of a hearing but that the RPD must conduct the hearing in a way that does not unfairly restrict the claimant’s right to present his or her case.

The factors set out by the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* were considered to determine the content of the procedural protections in the present case. Specifically, the question to be answered was whether natural justice or procedural fairness dictate a particular order of questioning. In addition, the intervener argued that the Personal Information Form (PIF) is an inadequate substitute for an “examination in chief”. Although the PIF may be incomplete in telling the full story of the need for refugee protection, this is not sufficient to require that a refugee hearing be conducted with counsel questioning the claimant first. The PIF is not the only way in which the claimant’s story is told. Claimants are also asked to submit documentary evidence in support of their claims; they may make further written submissions before the hearing; they have an opportunity to make oral representations at the hearing; and may have an opportunity to make further written submissions after the hearing. In the present case, the applicant provided written submissions to the RPD and his counsel made oral submissions at the hearing. The intervener also submitted that the particular vulnerabilities of refugee claimants may compromise their ability to adequately explain their experience. While this is a factor to be considered in the circumstances of each case, it does not necessarily dictate that the standard order of questioning always be “counsel first” in order to satisfy procedural fairness requirements and the principles of natural justice. In light of the above, the principles of natural justice or procedural fairness did not demand that the applicant’s refugee determination hearing be conducted with counsel for the applicant questioning first in order to ensure that the applicant had a meaningful opportunity to present his case fully and fairly.

pas été précédemment examinées de manière approfondie. 2) L’allégation du demandeur concernant l’absence d’équité procédurale ne reposait pas sur des hypothèses; il convenait de demander à la Cour de déterminer si l’ordre normalisé des interrogatoires établi par les Directives n° 7 est fondamentalement inéquitable parce qu’il viole les principes de justice naturelle et d’équité procédurale. 3) Finalement, aucun des cas invoqués par le demandeur n’indiquait que les principes de justice naturelle et d’équité procédurale exigent qu’un demandeur d’asile soit d’abord interrogé par son procureur (interrogatoire principal). En fait, dans plusieurs autres cas antérieurs aux Directives n° 7, la Cour a statué que commencer par l’interrogatoire de l’APR ne contrevenait pas en soi aux règles de justice naturelle. Les décisions invoquées par le demandeur et l’intervenant confirmaient de nouveau que la SPR 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.

Les facteurs établis par la Cour suprême du Canada dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* ont été utilisés pour déterminer la teneur des protections procédurales en l’espèce. La Cour devait déterminer en particulier si les principes de justice naturelle ou d’équité procédurale dictent un ordre particulier pour les interrogatoires. De plus, l’intervenant soutenait que le Formulaire de renseignements personnels (FRP) ne remplace pas adéquatement l’interrogatoire principal. Il est vrai que le FRP peut ne pas expliquer tous les motifs pour lesquels le demandeur souhaite obtenir l’asile, mais cela n’est pas suffisant pour exiger que le demandeur soit d’abord interrogé par son procureur. Le FRP n’est pas la seule façon dont la SPR est mise au courant du récit du demandeur. Celui-ci doit aussi produire des documents au soutien de sa demande; il peut présenter des prétentions écrites additionnelles avant l’audience; il a la possibilité de faire des observations de vive voix à l’audience; il peut aussi déposer de nouvelles prétentions écrites après l’audience. En l’espèce, le demandeur a déposé des observations écrites à l’intention de la SPR et son procureur a fait des observations de vive voix à l’audience. Par ailleurs, l’intervenant a soutenu que la vulnérabilité particulière des demandeurs d’asile les empêche d’expliquer adéquatement les expériences qu’ils ont vécues. Cette vulnérabilité particulière est un facteur qui doit être pris en compte dans les circonstances de chaque cas, mais elle n’exige pas nécessairement, pour que l’équité procédurale et les principes de justice naturelle soient respectés, que le demandeur soit toujours interrogé en premier par son procureur. En conséquence, les principes de justice naturelle ou d’équité procédurale n’exigeaient pas que le demandeur soit interrogé d’abord par son procureur lors de son audience pour avoir réellement la possibilité d’exposer sa cause complètement et équitablement.

That said, the Chairperson's standard order of questioning procedure fetters the RPD's discretion. The Chairperson has the statutory authority to issue guidelines, which are not legally binding on RPD members as they exercise their independent decision-making authority. Whether a procedural guideline complies with the rules of fairness will depend on a number of factors, such as the extent to which the guideline restricts the scope of discretion of independent RPD members in carrying out their duties under the Act. A guideline may become an unlawful fetter upon discretion if it is elevated to the status of a general rule. The evidence and arguments were considered in relation to the factors set out by the Ontario Court General Division in *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission*. The language of Guideline 7 leaves little doubt that the thrust of the guideline indicates to RPD members a mandatory process rather than a recommended but optional process. Its language is imperative. Although paragraph 23 of Guideline 7 provides that the RPD member has the discretion to change the order of questioning in exceptional circumstances, this paragraph establishes a high threshold as to the nature of exceptional circumstances, and its language may leave a member with the impression that he or she has no option but to follow the guideline. The evidence adduced also supported the following findings: (1) the IRB engages in monitoring the implementation of its guidelines; (2) there is a clear expectation that Guideline 7 will be followed; (3) this monitoring exercise would in the mind of RPD members serve to reinforce this expectation; (4) compliance with the guideline is a factor considered in a member's performance appraisal. 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 an RPD member's discretion, in effect dictating a certain procedure and allowing few exceptions, on a procedural issue that could potentially affect the fairness of the hearing.

The Chairperson's standard order of questioning procedure does not unlawfully distort the adjudicative role of the RPD, an administrative tribunal empowered by statute with an inquisitorial mandate. It is not improper for an RPD member to engage in a probing examination of a claimant in order to assess whether his or her claim is well founded, as long as this is done within certain parameters.

Once a breach of natural justice or procedural fairness is established, the decision of an administrative agency is invalid. As such, in light of the finding that Guideline 7 fetters the discretion of RPD members, and thus violates the principles of procedural fairness, it was not necessary to consider the merits of the RPD's decision rejecting the applicant's claim.

Cela étant dit, l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président entrave le pouvoir discrétionnaire de la SPR. Le président a le pouvoir de donner des directives, lesquelles ne lient pas légalement les commissaires parce qu'ils exercent leur pouvoir de décideur indépendant. La question de savoir si une directive qui touche la procédure est conforme aux règles d'équité dépend de plusieurs facteurs, notamment de la mesure dans laquelle elle limite le pouvoir discrétionnaire que les commissaires indépendants exercent dans l'exécution des fonctions que la LIPR leur confie. Une directive peut constituer une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire si elle est érigée en règle générale. La preuve et les arguments ont été évalués à l'aide des facteurs énoncés par la Division générale de la Cour de l'Ontario dans *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission*. Le libellé des Directives n° 7 laisse peu de doute quant au fait que les directives ne recommandent pas un processus facultatif, mais établissent un processus obligatoire. Ce libellé est impératif. Il est vrai que le paragraphe 23 des Directives n° 7 permet au commissaire de changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles, mais il fixe une norme rigoureuse quant à la nature des circonstances exceptionnelles et son libellé peut laisser à un commissaire l'impression qu'il n'a d'autre choix que de suivre les directives. La preuve produite permettait également de tirer les conclusions suivantes : 1) la CISR surveille l'application de ses directives; 2) on s'attend clairement à ce que les Directives n° 7 soient suivies; 3) dans l'esprit des commissaires, la surveillance aurait pour but de renforcer cette attente; 4) le respect des directives est un facteur qui est pris en considération lors de l'évaluation des commissaires. Le libellé contraignant des Directives n° 7, la description restrictive des circonstances exceptionnelles qu'elles contiennent et l'attente exprimée de manière pas très subtile par la CISR en matière de conformité ont pour effet de limiter le pouvoir discrétionnaire des commissaires et de dicter une certaine procédure, sous réserve de quelques exceptions, concernant un aspect procédural susceptible d'avoir une incidence sur l'équité de l'audience.

L'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président ne déforme pas illégalement le rôle de décideur de la SPR, un tribunal administratif à qui la loi confie le mandat d'un tribunal d'enquête. Il n'est pas inacceptable qu'un commissaire procède à un interrogatoire poussé d'un demandeur dans le but d'évaluer le bien-fondé de sa demande, pourvu que cela soit fait à l'intérieur de certains paramètres.

La décision rendue par un organisme administratif est invalide si l'on démontre qu'il y a eu manquement aux principes de justice naturelle ou d'équité procédurale. En conséquence, compte tenu de la conclusion selon laquelle les Directives n° 7 entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires et contreviennent ainsi aux principes d'équité procédurale, il n'était pas nécessaire d'examiner le bien-fondé de la décision de la SPR de rejeter la demande du demandeur.

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], s. 7.

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4)(c) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2).

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 74(d), 98, 107, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 151, 153(1) (as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 173), 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 174, 176.

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

*Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228.

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1E, 1F.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

*Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100; (2005), 254 D.L.R. (4th) 200; 28 Admin. L.R. (4th) 161; 197 C.C.C. (3d) 233; 30 C.R. (6th) 39; 335 N.R. 229; 2005 SCC 40; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722; (1990), 9 Imm. L.R. (2d) 243; 34 F.T.R. 26 (T.D.); *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (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.); *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471; (1993), 101 D.L.R. (4th) 494; 11 Admin. L.R. (2d) 21; 93 CLLC 14,020; 148 N.R. 209.

CONSIDERED:

*R.K.N. (Re)*, [2004] R.P.D.D. No. 14 (QL); *Cortes Silva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 738; *Zaki v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 48 Imm. L.R. (3d) 149; 2005 FC 1066; *Kante v. Canada (Minister of Employment and*

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.

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1E, 1F.

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4)c (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

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

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2).

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 74d), 98, 107, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 151, 153(1) (mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 173), 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 174, 176.

*Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100; 2005 CSC 40; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722 (1<sup>re</sup> inst.); *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (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.); *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

*R.K.N. (Re)*, [2004] D.S.P.R. n° 14 (QL); *Cortes Silva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 738; *Zaki c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* 2005 CF 1066; *Kante c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F.

*Immigration*), [1994] F.C.J. No. 525 (T.D.) (QL); *Ganji v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 135 F.T.R. 283; 40 Imm. L.R. (2d) 95 (F.C.T.D.); *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.); *Herrera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1724; *Cruz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 174 F.T.R. 191 (F.C.T.D.); *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; *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; (1972), 28 D.L.R. (3d) 129; 7 C.C.C. (2d) 474; 18 C.R.N.S. 302; *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; *Fouchong v. Canada (Secretary of State)* (1994), 88 F.T.R. 37; 26 Imm. L.R. (2d) 200 (F.C.T.D.); *Vidal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 49 Admin. L.R. 118; 41 F.T.R. 118; 13 Imm. L.R. 118 (F.C.T.D.); *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.); *Rajaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 135 N.R. 300 (F.C.A.); *Gale v. Canada (Treasury Board)* (2004), 316 N.R. 395; 2004 FCA 13; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27.

## REFERRED TO:

*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; *R.A.Y. (Re)*, [2002] C.R.D.D. No. 236 (QL); *B.D.L. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 866; *Martinez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1121; *Fabiano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1260; *Del Moral v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 98 (F.C.T.D.); *Cota v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 872 (T.D.) (QL); *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; *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;

n° 525 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Ganji c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1120 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Atwal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1693 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Veres c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 124 (1<sup>re</sup> inst.); *Herrera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1724; *Cruz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1266 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 195; 2004 CAF 49; *Fouchong c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] A.C.F. n° 1727 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Vidal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 63 (1<sup>re</sup> inst.) (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.); *Rajaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 1271 (C.A.) (QL); *Gale c. Canada (Conseil du Trésor)* 2004 CAF 13; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202.

## DÉCISIONS CITÉES :

*S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539; 2003 CSC 29; *R.A.Y. (Re)*, [2002] D.S.S.R. n° 236 (QL); *B.D.L. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 866; *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; *Del Moral c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 782 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Cota c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 872 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1; *Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560; *Southam Inc. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 3 C.F. 329 (1<sup>re</sup> inst.).

*Southam Inc. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 329; (1987), 33 C.R.R. 376; 13 F.T.R. 138; 3 Imm. L.R. (2d) 226 (T.D.).

## AUTHORS CITED

- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act: Guideline 3: Child Refugee Claimants: Procedural and Evidentiary Issues*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, 1996.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act: Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, 1996.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act: Guideline 5: Providing the PIF and No PIF Abandonment in the Refugee Protection Division*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, 2003.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act: Guideline 6: Scheduling and Changing the Date or Time of a Proceeding in the Refugee Protection Division*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, 2003.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act: Guideline 7: Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, 2003.
- Evans, J. M. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.
- Macaulay, Robert W. and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure before Administrative Tribunals*, looseleaf. Toronto: Carswell, 1988.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "guideline".

## DOCTRINE CITÉE

- 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 : Directives n° 3 : Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié : Questions relatives à la preuve et à la procédure*. Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1996.
- 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 : Directives n° 4 : Revendicatrices du statut de réfugiée craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*. Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1996.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)h de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés: 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*. Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 2003.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)h de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés: 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*. Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 2003.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives données par la présidente en application de l'alinéa 159(1)h de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés : Directives n° 7 : Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés*. Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 2003.
- Evans, J. M. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. London : Stevens & Sons Ltd., 1980.
- Macaulay, Robert W. and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure before Administrative Tribunals*, looseleaf. Toronto : Carswell, 1988.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1989, « guideline ».

APPLICATION for judicial review of a decision ([2004] R.P.D.D. No. 613 (QL)) of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board dismissing the applicant's claim that the RPD's standard order of questioning violated the principles of natural justice, and determining that the applicant was neither a Convention refugee nor a person in need of protection. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision ([2004] D.S.P.R. n° 613 (QL)) de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de rejeter la prétention du demandeur selon laquelle l'ordre normalisé des interrogatoires de la SPR contrevient aux principes de justice naturelle et de conclure que le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger. Demande accueillie.

APPEARANCES:

*John W. Davis* for applicant.  
*Jamie R. D. Todd* and *John Provart* for respondent.  
*Catherine Bruce* and *Angus Grant* for intervener.

ONT COMPARU :

*John W. Davis* pour le demandeur.  
*Jamie R. D. Todd* et *John Provart* pour le défendeur.  
*Catherine Bruce* et *Angus Grant* pour l'intervenant.

SOLICITORS OF RECORD:

*Davis & Grice*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.  
*The Law Offices of Catherine Bruce* and *Ms. Barbara Jackman*, Toronto, for intervener.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Davis & Grice*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.  
*Les cabinets d'avocats de Catherine Bruce* et de *Barbara Jackman*, Toronto, pour l'intervenant.

*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*

BLANCHARD J.:

LE JUGE BLANCHARD :

1. Introduction

[1] The applicant, Daniel Thamothers, applies for a judicial review of a decision of the Refugee Protection Division (the Board) of the Immigration and Refugee Board (the IRB), dated August 18, 2004 [[2004] R.P.D.D. No. 613 (QL)], wherein he was determined to be neither a Convention refugee nor a person in need of protection.

1. Introduction

[1] Le demandeur, Daniel Thamothers, demande le contrôle judiciaire de la décision rendue par la Section de la protection des réfugiés (la Section) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) en date du 18 août 2004 [[2004] D.S.P.R. n° 613 (QL)], selon laquelle il n'est ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger.

[2] The applicant seeks an order setting aside the Board's decision, both with regard to the merits of his refugee claim and the validity of the standard order of questioning procedure set out in a guideline issued by authority of the Chairperson of the IRB (Guideline 7) [Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee

[2] Le demandeur cherche à obtenir une ordonnance annulant la décision de la Section en ce qui concerne à la fois le bien-fondé de sa demande d'asile et la validité de l'ordre normalisé des interrogatoires décrit dans des directives données par le président de la Commission (les Directives n° 7) [Directives données par la présidente en application de l'alinéa 159(1)h) de la Loi

*Protection Act: Guideline 7: Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division*]. The Canadian Council for Refugees intervenes in this application to support the applicant's position that Guideline 7 violates the principles of natural justice and procedural fairness. For the purpose of these reasons the use of "Guideline 7", unless otherwise stated, will reference the Chairperson's standard order of questioning procedure.

## 2. Factual background

[3] The applicant is Tamil and a citizen of Sri Lanka. He entered Canada on September 12, 2002, on a student visa. He made a claim for refugee protection on January 12, 2004. The applicant bases his claim upon fear of persecution at the hands of the Liberation Tigers of Tamil Eelam (the LTTE). The applicant alleges that since the ceasefire agreement between the LTTE and the Sri Lankan government was signed in February 2002, the LTTE has been more openly active in Colombo. The applicant claims that the LTTE is extorting money from his mother. He alleges that if returned to Sri Lanka, he faces extortion and threats of kidnapping and physical harm at the hands of the LTTE.

[4] In written arguments submitted prior to his hearing and in oral submissions at the hearing, the applicant raised objections to Guideline 7, arguing that it violates the principles of natural justice. Under Guideline 7, the refugee protection officer (the RPO) questions the claimant first, and if no RPO is present, the Board member questions first. Guideline 7 allows the Board member to vary the order of questioning in exceptional circumstances.

[5] The Board heard the applicant's claim on July 5, 2004. After hearing oral submissions from the applicant's counsel on Guideline 7, the Board proceeded with the RPO questioning first. In its written reasons, the Board dismissed the applicant's claim that Guideline 7 was contrary to the principles of natural justice, and concluded that the applicant was not a Convention refugee or a person in need of protection.

*sur l'immigration et la protection des réfugiés : Directives n° 7 : Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés*]. Le Conseil canadien pour les réfugiés intervient dans la présente instance pour appuyer la thèse du demandeur selon laquelle les Directives n° 7 contreviennent aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale. Dans les présents motifs, l'expression « Directives n° 7 » désigne, à moins d'indication contraire, l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président.

## 2. Le contexte factuel

[3] Le demandeur, un Tamoul citoyen du Sri Lanka, est entré au Canada avec un visa d'étudiant le 12 septembre 2002 et a demandé l'asile le 12 janvier 2004. Il fonde sa demande sur sa crainte d'être persécuté par les Tigres de libération de l'Eelam tamoul (les TLET). Il prétend que, depuis qu'ils ont signé l'accord de cessez-le-feu avec le gouvernement sri-lankais en février 2002, les TLET mènent leurs activités plus ouvertement à Colombo. Il prétend également que les TLET extorquent de l'argent à sa mère et que, s'il retourne au Sri Lanka, il sera l'objet d'extorsion et de menaces d'enlèvement et de sévices corporels de la part des TLET.

[4] Dans les prétentions écrites qu'il a déposées avant l'audience et dans les observations qu'il a faites de vive voix à l'audience, le demandeur a contesté les Directives n° 7 parce qu'elles contreviendraient aux principes de justice naturelle. Selon ces directives, c'est l'agent de protection des réfugiés (l'APR) ou, en l'absence d'un APR, le commissaire qui interroge le premier le demandeur. Les Directives n° 7 permettent au commissaire de changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles.

[5] La Section a entendu la demande du demandeur le 5 juillet 2004. Après avoir entendu les observations du conseil du demandeur sur les Directives n° 7, elle a demandé à l'APR de commencer l'interrogatoire. Dans ses motifs écrits, la Section a rejeté la prétention du demandeur selon laquelle les Directives n° 7 sont contraires aux principes de justice naturelle, et elle a conclu que le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger.

### 3. The decision under review

[6] On the issue of Guideline 7, the Board stated that the panel is an independent decision maker and [at paragraph 4] “in that capacity, the panel does not find that Guideline 7 violates the principles of natural justice.” The Board held that having the RPO question the claimant first is consistent with the common-law duty of fairness that claimants be provided with a meaningful opportunity to be heard.

[7] In support of its decision, the Board took guidance from *R.K.N. (Re)*, [2004] R.P.D.D. No. 14 (QL), a decision rendered by the Board on June 16, 2004. In that decision, at paragraphs 49 and 51, the Board stated:

In my view, proceeding according to the standard order of questioning is fair and efficient. The hearing is focused; the claimant retains full opportunity to know the case to meet, and to present his or her case in accordance with principles of fairness and natural justice.

...

The Federal Court has never indicated that a fair hearing requires that a claimant lead evidence by way of examination-in-chief. Rather, the Federal Court has recently and repeatedly affirmed that the RPD is the master of its own procedure.

[8] Following those reasons, the Board concluded, in the present case, that Guideline 7 does not give rise to a denial of natural justice.

[9] As for the merits of the applicant’s refugee claim, the Board stated that, while accepting that a durable peace has not been achieved in Sri Lanka, the applicant could return to Colombo with no more than a mere possibility of serious or persistent harm. The Board made several findings of fact in support of its conclusion that the applicant was not a Convention refugee or a person in need of protection.

[10] First, the Board was not satisfied that the incident involving the applicant’s mother being extorted by the LTTE ever occurred. Second, the Board found it

### 3. La décision faisant l’objet du présent contrôle

[6] En ce qui concerne les Directives n° 7, la Section a rappelé que le tribunal est un décideur indépendant et [au paragraphe 4] « en cette capacité, le tribunal estime que les Directives n° 7 ne contreviennent pas au principe de justice naturelle ». Selon elle, le fait que l’APR est le premier à interroger le demandeur est conforme au devoir d’agir équitablement de la common law qui l’oblige à donner aux demandeurs une possibilité raisonnable d’être entendus.

[7] La Section s’est appuyée à cet égard sur la décision *R.K.N. (Re)*, [2004] D.S.P.R. n° 14 (QL), qu’elle a rendue le 16 juin 2004. Elle a dit ce qui suit aux paragraphes 49 et 51 de cette décision :

Le tribunal est d’avis que la tenue de l’interrogatoire selon l’ordre normalisé au cours de l’audience est équitable et efficace. L’audience porte sur les points pertinents, le demandeur d’asile conserve pleinement la possibilité de connaître les points qu’il doit faire valoir pour établir le bien-fondé de son cas et de plaider sa cause conformément aux principes d’équité et de justice naturelle.

[...]

La Cour fédérale n’a jamais déterminé qu’un demandeur d’asile devait présenter sa preuve au cours d’un interrogatoire principal pour que l’audience soit équitable. La Cour fédérale a plutôt affirmé récemment, et ce à maintes reprises, que la SPR est maître de sa propre procédure.

[8] Se fondant sur ces motifs, la Section a conclu en l’espèce que les Directives n° 7 ne donnaient pas lieu à un déni de justice naturelle.

[9] En ce qui concerne le bien-fondé de la demande d’asile du demandeur, la Section a indiqué que, même si une paix durable n’avait pas été atteinte au Sri Lanka, le demandeur pouvait retourner à Colombo sans s’exposer à davantage qu’une simple possibilité de subir un préjudice grave ou persistant. Sa décision selon laquelle le demandeur n’est ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger était fondée sur plusieurs conclusions de fait.

[10] En premier lieu, la Section n’était pas convaincue que la mère du demandeur avait déjà été victime d’extorsion par les TLET. En deuxième lieu, il n’était

implausible that in all the years the applicant had lived with his mother in Colombo while his father was working in Saudi Arabia that the family was never targeted for extortion but yet now, after the applicant came to Canada, the LTTE would suddenly extort money from his mother (emphasis in the Board's decision). Third, the Board did not accept that the applicant was at higher risk for extortion because he had spent two years in Canada and the LTTE would therefore consider him to have amassed a certain amount of wealth.

[11] Drawing from the documentary evidence, the Board also found that a number of positive changes in the country conditions made it safe for the applicant to return to Sri Lanka. The changes cited by the Board include:

(a) that the ceasefire agreement between the Sri Lankan government and the LTTE includes basic proscriptions against harming citizens;

(b) that the Sri Lankan government was reported to have removed all travel restrictions imposed on Tamil civilians in March 2002; and

(c) that Tamils living in Colombo are no longer required to register with the police.

[12] Finally, the Board rejected the applicant's claim that he was at risk of being recruited by the LTTE on the basis that he had never been approached by the LTTE to join its forces before and there was no reliable evidence that the applicant would be perceived to be a member of any political group, either pro-government or pro-Tamil.

#### 4. Issues

[13] In this application for judicial review, the Court is asked to determine the following questions:

(A) In respect to the principles of natural justice and procedural fairness:

(i) Does Guideline 7 deny the applicant the right to be heard?

pas vraisemblable, aux yeux de la Section, que le demandeur ait pu vivre avec sa mère durant toutes ces années à Colombo, pendant que son père travaillait en Arabie Saoudite, sans que jamais la famille ait été victime d'extorsion, et que soudain, après l'arrivée du demandeur au Canada, les TLET aient commencé à extorquer de l'argent à sa mère (souligné dans la décision de la Section). En troisième lieu, la Section n'a pas reconnu qu'il y avait davantage de risques que le demandeur soit victime d'extorsion parce qu'il avait passé deux ans au Canada et que les TLET croiraient qu'il avait ainsi amassé une certaine richesse.

[11] La Section a aussi conclu, sur la foi de la preuve documentaire, qu'un certain nombre de changements positifs survenus au Sri Lanka rendaient ce pays plus sûr pour le demandeur. Elle a notamment fait état des changements suivants :

a) l'accord de cessez-le-feu conclu entre le gouvernement sri-lankais et les TLET proscrit les actes hostiles envers la population civile;

b) le gouvernement sri-lankais aurait aboli toutes les restrictions de déplacement imposées aux civils tamouls en mars 2002;

c) les Tamouls vivant à Colombo ne sont plus tenus de s'enregistrer auprès de la police.

[12] Finalement, la Section a rejeté la prétention du demandeur selon laquelle il risquait d'être recruté par les TLET, parce que ces derniers ne lui avaient jamais demandé de se joindre à eux auparavant et qu'il n'y avait aucune preuve fiable que le demandeur serait perçu comme un membre d'un groupe politique pro-gouvernemental ou pro-tamoul.

#### 4. Les questions en litige

[13] La Cour est appelée à trancher les questions suivantes en l'espèce :

A) En ce qui a trait aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale :

i) Les Directives n° 7 privent-elles le demandeur du droit d'être entendu?

(ii) Does Guideline 7 fetter the discretion of Board members?

ii) Les Directives n° 7 entravent-elles le pouvoir discrétionnaire des commissaires?

(iii) Does Guideline 7 unlawfully distort the adjudicative role of the Board?

iii) Les Directives n° 7 déforment-elles illégalement le rôle de décideur de la Section?

(B) Did the Board err in finding the applicant not to be a Convention refugee or a person in need of protection?

B) La Section a-t-elle commis une erreur en concluant que le demandeur n'est ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger?

### 5. Standard of review

[14] This judicial review involves consideration of procedural and substantive issues: (1) whether the procedure followed by the Board complied with the principles of procedural fairness and natural justice; and (2) whether the Board erred in dismissing the applicant's claim on its merits.

[15] When the Court is assessing allegations of denial of natural justice or procedural fairness, it is not necessary for the Court to conduct a pragmatic and functional analysis and determine the appropriate standard of review: *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 adhered to the rules of natural justice and 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.

[16] With respect to substantive decisions of the Board, the Supreme Court of Canada has recently reaffirmed the standard of review applicable to IRB decisions in *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100. The Supreme Court stated that paragraph 18.1(4)(c) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], allows the Federal Court to grant relief when a federal commission errs in law and that such questions of law are reviewable on a standard of correctness. With respect to questions of fact, the Supreme Court at paragraph 38 of its decision, wrote:

### 5. La norme de contrôle

[14] Le présent contrôle judiciaire soulève une question de procédure et une question de fond : 1) la procédure suivie par la Section était-elle conforme aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale et 2) la Section a-t-elle eu tort de rejeter la demande du demandeur sur le fond?

[15] Il n'est pas nécessaire, lorsqu'elle examine des allégations de manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale, que la Cour effectue une analyse pragmatique et fonctionnelle et détermine la norme de contrôle qui s'applique : *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 a respecté les règles de justice naturelle et d'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 Section.

[16] En ce qui concerne les décisions de fond de la Section, la Cour suprême du Canada a récemment réaffirmé la norme de contrôle qui s'applique aux décisions de la Commission dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, en statuant que l'alinéa 18.1(4)c) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], permet à la Cour fédérale d'accorder réparation si l'office fédéral a commis une erreur de droit, et que la norme de la décision correcte s'applique à l'égard des questions de droit semblables. La Cour suprême a par ailleurs écrit ce qui suit, au paragraphe 38 de son arrêt, au sujet des questions de fait :

On questions of fact, the reviewing court can intervene only if it considers that the IAD “based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it” (*Federal Court Act*, s. 18.1(4)(d)). The IAD is entitled to base its decision on evidence adduced in the proceedings which it considers credible and trustworthy in the circumstances: s. 69.4(3) of the *Immigration Act*. Its findings are entitled to great deference by the reviewing court. Indeed, the FCA itself has held that the standard of review as regards issues of credibility and relevance of evidence is patent unreasonableness: *Aguebor v. Minister of Employment & Immigration* (1993), 160 N.R. 315, at para. 4.

Findings in relation to risk of persecution and country conditions are findings of fact and as such, the appropriate standard of review is patent unreasonableness.

#### 6. Legislative framework

[17] Before examining the issue of natural justice and procedural fairness, I will review briefly the applicable legislative framework.

[18] The IRB is an administrative tribunal comprised of three Divisions—the Board, the Immigration Division and the Immigration Appeal Division: section 151 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA). The IRB and its Divisions are creatures of statute; whatever power and authority they have must be derived from the IRPA.

[19] In section 107 of the IRPA, Parliament vested in the Board the authority to determine whether a person is a Convention refugee or a person in need of protection. Certain powers of the Board are set out in sections 162-169; these powers apply to all Divisions of the IRB. Under subsection 162(2), the Board is required to deal with all proceedings before it “as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit.” Section 170 sets out additional powers specific to the Board with respect to the conduct of proceedings before it.

En ce qui concerne la question de fait, le tribunal de révision ne peut intervenir que s’il est d’avis que l’office fédéral, en l’occurrence la SAI, « a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose » (al. 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*. La SAI peut fonder sa décision sur les éléments de preuve qui lui sont présentés et qu’elle estime crédibles et dignes de foi dans les circonstances : par. 69.4(3) de la *Loi sur l’immigration*. Le tribunal de révision doit manifester une grande déférence à l’égard de ses conclusions. La CAF a d’ailleurs elle-même statué que la norme de contrôle applicable à une décision sur la crédibilité et la pertinence de la preuve était celle de la décision manifestement déraisonnable : *Aguebor c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1993), 160 N.R. 315, par. 4.

Les conclusions relatives au risque de persécution et aux conditions existant dans le pays sont des conclusions de fait auxquelles s’applique donc la norme de la décision manifestement déraisonnable.

#### 6. Le cadre législatif

[17] Avant d’examiner la question de la justice naturelle et de l’équité procédurale, je traiterai brièvement du cadre législatif dans lequel s’inscrit la présente affaire.

[18] La Commission est un tribunal administratif formé de trois sections : la Section, la Section de l’immigration et la Section d’appel de l’immigration : article 151 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). La Commission et ses différentes sections sont créées par la LIPR et disposent seulement des pouvoirs que celle-ci leur confère.

[19] Le législateur a investi la Section, à l’article 107 de la LIPR, du pouvoir de décider si une personne a la qualité de réfugié ou de personne à protéger. Certains pouvoirs de la Section sont décrits aux articles 162 à 169; ces pouvoirs sont conférés à toutes les sections de la Commission. Aux termes du paragraphe 162(2), la Section doit fonctionner, « 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 confère des pouvoirs additionnels particuliers à la Section relativement à la conduite des affaires dont elle est saisie :

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.

[20] The *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228 (the Rules) made pursuant to section 161 of the IRPA also set out specific rules concerning the refugee determination process of the Board, including requirements with respect to the Personal Information Form (the PIF), the provision and disclosure of documents, how to become counsel of record, the duties of an RPO, interventions by the Minister, and the reopening and abandoning of refugee claims.

[21] Parliament also vested in the Chairperson of the IRB various powers and responsibilities. Under subsection 159(1), the Chairperson, as the chief executive officer of the IRB, is charged with supervising and directing the work of staff of the IRB; apportioning work among members of the IRB and fixing the place,

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.

[20] Les *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228 (les Règles), prises en application de l'article 161 de la LIPR, renferment également des règles précises concernant le processus de détermination du statut de réfugié de la Section, notamment au regard des exigences relatives au Formulaire de renseignements personnels (le FRP), à la fourniture et à la communication des documents, à la façon de devenir le conseil inscrit au dossier, aux obligations de l'APR, aux interventions du ministre, à la réouverture d'une demande d'asile et au désistement.

[21] Le législateur a également conféré différentes attributions au président de la Commission. Ainsi, aux termes du paragraphe 159(1), le président, en tant que premier dirigeant de la Commission, assure la direction et contrôle la gestion des activités du personnel de la CISR, répartit les affaires entre les commissaires, fixe

date and time of proceedings; and taking any action that may be necessary to ensure that the members of the IRB carry out their duties efficiently and without undue delay. The Chairperson also has the authority to issue guidelines in writing to members of the IRB to assist them in 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 Division, to assist members in carrying out their duties; . . . .

[22] Section 165 of the IRPA also provides that each member of both the Board and the Immigration Division “may do any other thing they consider necessary to provide a full and proper hearing.”

### 7. Guideline 7

[23] On October 30, 2003, as part of his action plan to reduce the backlog of refugee claims before the Board, the IRB Chairperson issued three procedural guidelines, including Guideline 7 “*Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division*”, see Aterman affidavit at paragraphs 17-18. Guideline 7 addresses procedures for case preparation, hearing preliminaries and the conduct of refugee hearings. Paragraphs 19-23 of Guideline 7 set out a standard order for questioning refugee claimants, and the basis and procedure for varying the order of proceeding. Paragraph 24 limits questions to relevant information. I reproduce below the pertinent paragraphs:

#### 3.2 Questioning

...

19. In a claim for refugee protection, the standard practice will be for the RPO to start questioning the claimant. If

les lieux, dates et heures des séances et prend les mesures nécessaires pour que les commissaires remplissent leurs fonctions avec diligence et efficacité. Il a aussi le pouvoir de donner des directives écrites aux commissaires en vue de les aider 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 décisions de la Commission qui serviront de guide jurisprudenciel;

[22] En outre, l’article 165 de la LIPR prévoit que chacun des membres de la Section et de la Section de l’immigration « [peut] prendre les mesures qu’[il] juge utiles à la procédure ».

### 7. Les Directives n° 7

[23] Le 30 octobre 2003, dans le cadre de son plan d’action visant à réduire l’arriéré des demandes d’asile soumises à la Section, le président de la Commission a donné trois séries de directives touchant la procédure, dont les Directives n° 7 intitulées « *Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés* » : voir l’affidavit de M. Aterman, aux paragraphes 17 et 18. Les Directives n° 7 décrivent la procédure applicable à la préparation des cas, aux activités préliminaires à l’audience et à la conduite des audiences. Les paragraphes 19 à 23 de ces directives décrivent l’ordre normalisé des interrogatoires des demandeurs d’asile, les raisons pour lesquelles cet ordre peut être modifié et la façon de le faire. De plus, le paragraphe 24 limite les questions aux renseignements utiles. Je reproduis ci-dessous les paragraphes pertinents :

#### 3.2 Interrogatoires

[...]

19. Dans toute demande d’asile, c’est généralement l’APR qui commence à interroger le demandeur d’asile. En

there is no RPO participating in the hearing, the member will begin, followed by counsel for the claimant. 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.

20. In a claim for refugee protection where the Minister intervenes on an issue other than exclusion, for example, on a credibility issue, the RPO starts the questioning. If there is no RPO at the hearing, the member will start the questioning, followed by the Minister's counsel and then counsel for the claimant.
  21. In proceedings where the Minister intervenes on the issue of exclusion, Minister's counsel will start the questioning, followed by the RPO, the member, and counsel for the claimant. Where the Minister's counsel requests another chance to question at the end, the member will allow it if the member is satisfied that new matters were raised during questioning by the other participants.
  22. In proceedings where the Minister is making an application to vacate or to cease refugee protection, Minister's counsel will start the questioning, followed by the member, and counsel for the protected person. Where the Minister's counsel requests another chance to question at the end, the member will allow it if the member is satisfied that new matters were raised during questioning by the other participants.
  23. The member may vary the order of questioning in exceptional circumstances. For example, a severely disturbed claimant or a very young child might feel too intimidated by an unfamiliar examiner to be able to understand and properly answer questions. In such circumstances, the member could decide that it would be better for counsel for the claimant to start the questioning. A party who believes that exceptional circumstances exist must make an application to change the order of questioning before the hearing. The application has to be made according to the *RPD Rules*.
  24. The member will limit the questioning by the RPO and counsel for the parties according to the nature and complexity of the issues. Questioning must bring out relevant information that will help the member make an informed decision. Questions that are answered by the claimant just repeating what is written in the PIF do not help the member.
- l'absence d'un APR à l'audience, le commissaire commence l'interrogatoire et est suivi par le conseil du demandeur d'asile. 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.
  20. Dans les demandes d'asile où l'intervention du ministre porte sur une question autre que l'exclusion, la crédibilité par exemple, l'APR commence l'interrogatoire. En l'absence d'un APR à l'audience, le commissaire commence l'interrogatoire; viennent ensuite le conseil du ministre puis le conseil du demandeur d'asile.
  21. Dans les demandes où l'intervention du ministre porte sur la question de l'exclusion, le conseil du ministre interroge d'abord le demandeur d'asile; il est suivi de l'APR, du commissaire, puis du conseil du demandeur d'asile. Le commissaire donne au conseil du ministre la possibilité de ré-interroger le témoin à la fin de l'audience s'il est convaincu que les interrogatoires par les autres participants ont soulevé de nouvelles questions.
  22. Dans les demandes d'annulation ou de constat de perte d'asile présentées par le ministre, le conseil du ministre commence l'interrogatoire; il est suivi du commissaire, puis du conseil de la personne protégée. Le commissaire donne au conseil du ministre la possibilité de ré-interroger le témoin à la fin de l'audience s'il est convaincu que les interrogatoires par les autres participants ont soulevé de nouvelles questions.
  23. Le commissaire peut changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles. Par exemple, la présence d'un examinateur inconnu peut intimider un demandeur d'asile très perturbé ou un très jeune enfant au point qu'il n'est pas en mesure de comprendre les questions ni d'y répondre convenablement. Dans de telles circonstances, le commissaire peut décider de permettre au conseil du demandeur de commencer l'interrogatoire. 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. La demande est faite conformément aux *Règles de la SPR*.
  24. Le commissaire limite la portée de l'interrogatoire par l'APR et le conseil des parties selon la nature et la complexité des questions à trancher. L'interrogatoire doit servir à obtenir l'information pertinente qui aidera le commissaire à rendre une décision éclairée. Les questions invitant le demandeur d'asile à simplement réciter l'exposé circonstancié du FRP n'aident pas le commissaire.

[24] Guideline 7 was phased in between December 1, 2003 and May 31, 2004, and as of June 1, 2004 became fully implemented.

8. Does Guideline 7 violate the principles of natural justice and procedural fairness?

(1) Evidence before the Court

[25] Before I turn to consider the arguments of the parties, I will briefly review the evidence adduced in this application. The intervener and the respondent both submitted affidavits from persons knowledgeable in matters related to the refugee determination process conducted by the Board.

[26] The intervener relies on the evidence of three witnesses.

(a) Raoul Boulakia, who swore his affidavit on July 14, 2005, was called to the Bar of Ontario in 1990 and practises in Toronto in the area of immigration and refugee law. He is also the President of the Refugee Lawyers Association (the RLA), a voluntary association of lawyers practising refugee law in Ontario. He attests to the context behind the implementation of Guideline 7, and the RLA's belief that Board members are under pressure to apply Guideline 7. Mr. Boulakia also attests to the difficulties inherent in "reverse-order questioning" and the necessity of an "examination-in-chief" because of the unique features of refugee protection proceedings; namely, the appointment process for Board members; the adversarial style commonly adopted by RPOs; the funnelling of the claim by RPOs and Board members into their theory of the case; the incomplete nature of PIF narratives and tight filing deadline; and the particular vulnerabilities of refugee claimants. Mr. Boulakia states that Guideline 7 interferes with the right of refugee claimants to know the case against them and to present their claims. Finally, he attests that "reverse-order questioning" has not increased the efficiency of hearings before the Board. Annexed to Mr. Boulakia's affidavit are several exhibits, notably a performance appraisal checklist, e-mail correspondence concerning Board members allowing counsel to question first, and an excerpt from the Board's decision in

[24] Les Directives n° 7 ont été mises en vigueur progressivement entre le 1<sup>er</sup> décembre 2003 et le 31 mai 2004. Elle se sont appliquées entièrement à compter du 1<sup>er</sup> juin 2004.

8. Les Directives n° 7 contreviennent-elles aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale?

1) La preuve présentée à la Cour

[25] Avant d'examiner les arguments des parties, je passerai brièvement en revue la preuve produite en l'espèce. L'intervenant et le défendeur ont déposé des affidavits de personnes connaissant bien le processus de détermination du statut de réfugié de la Section.

[26] L'intervenant s'appuie sur la déposition de trois témoins.

a) Raoul Boulakia, qui a signé son affidavit le 14 juillet 2005, a été admis au Barreau de l'Ontario en 1990. Il exerce le droit à Toronto dans les domaines de l'immigration et des réfugiés. Il est également le président de la Refugee Lawyers Association (la RLA), une association bénévole d'avocats défendant les réfugiés en Ontario. Il décrit le contexte dans lequel les Directives n° 7 ont été mises en vigueur et mentionne que la RLA est convaincue que des pressions sont exercées sur les commissaires pour qu'ils appliquent ces directives. M. Boulakia parle aussi des difficultés inhérentes à l'ordre inversé des interrogatoires et du fait qu'un interrogatoire principal est nécessaire en raison des caractéristiques uniques du processus de protection des réfugiés : le processus de nomination des commissaires, le style accusatoire souvent adopté par les APR, le fait que les APR et les commissaires orientent la demande en fonction de leur point de vue sur l'affaire, la nature incomplète de l'exposé circonstancié contenu dans le FRP, le délai de dépôt serré et la vulnérabilité particulière des demandeurs d'asile. M. Boulakia affirme que les Directives n° 7 portent atteinte au droit des demandeurs d'asile de savoir ce qu'on entend faire valoir contre eux et d'exposer leur cause. Finalement, il soutient que l'ordre inversé des interrogatoires n'a pas eu pour effet de rendre les audiences de la Section plus efficaces. Plusieurs pièces, en particulier une liste de

*Baskaran* (Board File: TA1-07530 [*R.A.Y. (Re)*, [2002] C.R.D.D. No. 236 (QL)]).

On cross-examination, Mr. Boulakia acknowledged that it is possible to amend the PIF up to and at the hearing, but states there are dangers of the Board viewing the late amendment as adverse to the claimant's credibility. While noting the difficulties in getting satisfactory responses as to the issues still outstanding after the RPO and Board member question the claimant, Mr. Boulakia acknowledged that some Board members are quite cooperative and candid with counsel. Mr. Boulakia admitted that where Board members apply the exception provided for under Guideline 7 and allow counsel to question first there is no question about the fairness of the guideline.

(b) James Donald Galloway, who swore his affidavit on May 25, 2005, is a Professor of Law at the University of Victoria, a position he has held since 1994. He was previously a Professor of Law at Queen's University. From 1998 to 2001, Professor Galloway served as a member of the then Convention Refugee Determination Division of the IRB in Vancouver. After his tenure as a Board member, he provided personal training to Board members in Vancouver, including jurisprudential training. Professor Galloway gives his opinion on why an "examination-in-chief" is fundamental to a just determination of refugee protection claims. He attests to the inaccuracy or incompleteness of the following perceptions used to justify "reverse-order questioning", namely:

- (a) that refugee determination proceedings are non-adversarial;
- (b) that the PIF substitutes for an examination-in-chief;
- (c) that reverse-order questioning complies with natural justice because there is no abrogation of the right to an oral hearing;

contrôle de l'évaluation du rendement, des courriels concernant des commissaires qui ont autorisé le conseil à être le premier à interroger le demandeur et un extrait de la décision rendue par la Section dans *Baskaran* (dossier de la Section : TA1-07530 [*R.A.Y. (Re)*, [2002] D.S.S.R. n° 236 (QL)]), sont joints à son affidavit.

Lors de son contre-interrogatoire, M. Boulakia a reconnu qu'il est possible de modifier le FRP avant et pendant l'audience, mais, selon lui, la modification tardive du FRP peut soulever des doutes dans l'esprit des commissaires au sujet de la crédibilité du demandeur. Tout en notant qu'il est difficile d'obtenir des réponses satisfaisantes aux questions toujours pendantes après que l'APR et le commissaire ont interrogé le demandeur, M. Boulakia a reconnu que certains commissaires se montrent plutôt coopératifs et sincères avec les conseils. Il a admis que l'équité des Directives n° 7 ne fait aucun doute lorsque les commissaires appliquent l'exception qu'elles prévoient et permettent aux conseils de poser les premières questions.

b) James Donald Galloway, qui a signé son affidavit le 25 mai 2005, enseigne le droit à l'Université de Victoria depuis 1994, après avoir été professeur de droit à l'Université Queen's. De 1998 à 2001, il a été membre de la Section du statut de réfugié—une section qui n'existe plus—de la Commission à Vancouver. Par la suite, il a donné de la formation à des commissaires à Vancouver, notamment en matière de jurisprudence. Le professeur Galloway explique pourquoi, à son avis, l'interrogatoire principal est fondamental pour que des décisions justes soient rendues relativement aux demandes d'asile. Selon lui, les perceptions suivantes dont on se sert pour justifier l'ordre inversé des interrogatoires sont inexactes ou incomplètes :

- a) le processus de détermination du statut de réfugié est non contradictoire;
- b) le FRP remplace l'interrogatoire principal;
- c) l'ordre inversé des interrogatoires est conforme à la justice naturelle parce qu'il n'abroge pas le droit à une audition;

(d) that the expertise of RPOs obviates the need for an examination-in-chief by the claimant's counsel;

(e) that paragraphs 19 and 23 of Guideline 7 do not fetter the discretion of Board members;

(f) that the exceptional circumstances of Guideline 7 ensure that vulnerable claimants will not be subjected to procedures which may intimidate them; and

(g) that reverse-order questioning promotes efficiency.

In Professor Galloway's opinion, Guideline 7 prevents a claimant from adequately presenting her or his claim by allowing the RPO to define presumptively the nature of the claim rendering the right to an oral hearing illusory. With regard to fettering discretion, Professor Galloway is also of the view that Board members would conform to the standard mode of proceeding rather than exercise their discretion on a case-by-case basis, given the strong, mandatory language of Guideline 7 and Board members' loyalty to the Board and the Chairperson.

On cross-examination, Professor Galloway acknowledged that he has not attended any refugee hearings since he left the IRB in 2001. Regarding the nature of questioning during refugee hearings, Professor Galloway agreed that Board members have a responsibility to ask pointed, probing questions and admitted that he sees asking tough questions as being adversarial. With regard to fettering, he stated that even if there are no negative repercussions for not following Guideline 7, that does not mean there are no institutional pressures to conform.

(c) Donald Payne, who swore his affidavit on June 9, 2005, is a medical doctor and has been a certified specialist in psychiatry for over 30 years. He is proffered as an expert on the psychiatric and psychological conditions of refugee claimants who appear before the Board. Dr. Payne has performed psychiatric assessments

d) l'expertise des APR rend inutile l'interrogatoire principal du demandeur par son conseil;

e) les paragraphes 19 et 23 des Directives n° 7 n'entravent pas le pouvoir discrétionnaire des commissaires;

f) les circonstances exceptionnelles dont il est question dans les Directives n° 7 font en sorte que les demandeurs vulnérables ne feront pas l'objet de procédures qui pourraient les intimider;

g) l'ordre inversé des interrogatoires rend le processus plus efficace.

Selon le professeur Galloway, les Directives n° 7 empêchent un demandeur de bien exposer sa cause en permettant à l'APR de présumer de la nature de sa demande, ce qui rend illusoire le droit à une audition. En ce qui concerne l'entrave au pouvoir discrétionnaire, le professeur Galloway est d'avis également que les commissaires se conforment au mode de procédure normalisé au lieu d'exercer leur pouvoir discrétionnaire au cas par cas, à cause de leur loyauté envers la Section et le président et du libellé fortement contraignant des Directives n° 7.

Lors de son contre-interrogatoire, le professeur Galloway a reconnu qu'il n'a assisté à aucune audience relative au statut de réfugié depuis son départ de la Commission en 2001. En ce qui concerne la nature des interrogatoires menés pendant ces audiences, il a convenu que les commissaires doivent poser des questions précises et mener un interrogatoire serré et a admis qu'à ses yeux un interrogatoire rigoureux est accusatoire. Pour ce qui est de l'entrave au pouvoir discrétionnaire, il a déclaré que, même si le fait de ne pas respecter les Directives n° 7 n'entraîne aucune conséquence négative, il n'est pas dit que les commissaires ne subissent pas des pressions de la part de l'organisation pour qu'ils s'y conforment.

c) Donald Payne, qui a signé son affidavit le 9 juin 2005, est psychiatre depuis plus de 30 ans. On dit de lui qu'il est un spécialiste des troubles psychiatriques et psychologiques des demandeurs d'asile qui comparaissent devant la Section. Le Dr Payne a effectué l'évaluation psychiatrique de plus de 1 450 victimes de

on more than 1,450 victims of persecution from more than 90 countries, and he has testified before the Board on more than 20 occasions. Dr. Payne comments on the following vulnerabilities faced by refugee claimants that interfere with their ability to accurately testify at their hearings:

- (a) Post-Traumatic Stress Disorder (PTSD),
- (b) experiences of torture, humiliation and degradation,
- (c) psychological suppression and/or repression,
- (d) marked anxiety,
- (e) marked depression, and
- (f) distrust of people and conditioned fear of government officials and police.

Dr. Payne attests that claimants need to feel they are understood and their experiences heard, and that aggressive and repeated questioning by government officials only exacerbates claimants' anxiety. He further comments that it is extremely important that the environment at refugee hearings be made as non-threatening as possible for claimants. In Dr. Payne's opinion, having refugee claimants questioned first by their counsel, a non-government agent whose role is to represent claimants' interests and whom the claimants have previously met and have grown to trust, is more likely to promote effective testimony from refugee claimants who have been subjected to persecution.

On cross-examination, Dr. Payne acknowledged that he has not attended a refugee hearing since Guideline 7 was implemented. He stated that to his knowledge there have been no scientific studies finding that persons suffering from PTSD perform better if examined in chief first. He also admitted that it is the hostile manner of questioning that affects vulnerable refugee claimants most adversely, and that vulnerable claimants may experience distress even when their counsel questions them first.

persécution venant de plus de 90 pays, et il a témoigné devant la Section plus de 20 fois. Il traite des troubles suivants qui empêchent les demandeurs d'asile de témoigner avec exactitude à leur audience :

- a) le syndrome de stress post-traumatique (SSPT);
- b) la torture, l'humiliation et les actes dégradants;
- c) le refoulement ou la répression psychologiques;
- d) une grande anxiété;
- e) une dépression marquée;
- f) une méfiance à l'endroit des gens et une crainte conditionnée à l'égard des représentants de l'État et de la police.

Le Dr Payne affirme que les demandeurs d'asile ont besoin de sentir qu'ils sont compris et que leurs expériences sont prises en compte. Il ajoute que des questions répétées posées sur un ton agressif par des représentants de l'État ne font qu'aggraver leur anxiété. À ses yeux, il est extrêmement important de créer, lors des audiences relatives au statut de réfugié, un environnement qui soit le moins menaçant possible pour les demandeurs. Selon lui, le témoignage d'un demandeur d'asile qui a été victime de persécution sera probablement plus efficace s'il est d'abord interrogé par son procureur, une personne qui n'est pas un représentant de l'État, qu'il connaît déjà, à qui il fait confiance et dont le rôle est de défendre ses intérêts.

Lors de son contre-interrogatoire, le Dr Payne a reconnu qu'il n'a pas assisté à une audience relative au statut de réfugié depuis que les Directives n° 7 ont été mises en application. Il a dit qu'il ne connaissait aucune étude scientifique révélant que les personnes souffrant du SSPT s'en tirent mieux si elles sont d'abord interrogées par leur conseil. Il a admis également que ce sont les interrogatoires menés de manière hostile qui affectent le plus les demandeurs d'asile vulnérables et que ces derniers peuvent être perturbés même s'ils sont interrogés d'abord par leur conseil.

[27] The respondent relies on the evidence of one witness.

(a) Paul Aterman, who swore his affidavit on August 16, 2005, is a lawyer and the Director General, Operations Branch, of the Board. His duties include coordinating initiatives to reform the refugee determination process at the Board. Mr. Aterman attests to the role of RPOs, the responsibility and authority of Board members, and the inquisitorial manner in which refugee protection determination hearings are conducted. He comments on the purpose of Chairperson's Guidelines and Guideline 7 specifically. Mr. Aterman states that prior to implementing Guideline 7, there was no standard order of questioning, and that part of the rationale behind Guideline 7 was to foster national consistency. He attests to the greater efficiency that has been realized since the implementation of Guideline 7. Attached to Mr. Aterman's affidavit are a number of exhibits, which include:

- (a) the policy on the use of Chairperson's Guidelines and the Chairperson's Guidelines 5, 6 and 7;
- (b) issues of the "*IRB News*" with information on Guideline 7;
- (c) manuals used for training RPOs and Board members;
- (d) decisions in which Board members have addressed challenges to the general validity of Guideline 7; and
- (e) decisions in which Board members have varied the standard order of questioning and allowed counsel to question claimants first.

On cross-examination, Mr. Aterman stated that part of the motivation behind Guideline 7 was to reduce hearing time. Later on though, he stated that the Chairperson did not implement Guideline 7 to reduce the length of hearings but to extend the Board's inquisitorial mandate. He also commented that the reason for RPOs and members to go first is that they are in a better position to know what the Board really needs to determine the

[27] Le défendeur s'appuie quant à lui sur le témoignage d'une seule personne.

a) Paul Aterman, qui a signé son affidavit le 16 août 2005, est un avocat et le directeur général des opérations de la Section. Il est notamment chargé de coordonner les initiatives visant à modifier le processus de détermination du statut de réfugié. Dans son affidavit, il décrit le rôle des APR, les attributions des commissaires et le caractère inquisitoire des audiences relatives au statut de réfugié. Il traite de l'objet des directives du président, en particulier des Directives n° 7. M. Aterman affirme qu'avant l'entrée en vigueur des Directives n° 7, il n'y avait pas d'ordre normalisé des interrogatoires et que ces directives ont été données par le président dans le but notamment d'assurer une certaine uniformité à l'échelle nationale. Il fait état de la plus grande efficacité résultant des Directives n° 7. Plusieurs pièces sont jointes à son affidavit, notamment :

- a) la politique sur l'application des directives du président et les Directives n<sup>os</sup> 5, 6 et 7;
- b) les numéros des « *Nouvelles de la CISR* » renfermant de l'information sur les Directives n° 7;
- c) des guides de formation des APR et des commissaires;
- d) des décisions de la Section relatives à des contestations de la validité générale des Directives n° 7;
- e) des décisions dans lesquelles des commissaires ont modifié l'ordre normalisé des interrogatoires et ont permis au procureur d'interroger le demandeur le premier.

Lors de son contre-interrogatoire, M. Aterman a mentionné que les Directives n° 7 visaient notamment à réduire la durée des audiences. Il a ensuite dit cependant que le président n'avait pas donné les Directives n° 7 pour réduire la durée des audiences, mais pour élargir le mandat de la Section en matière d'enquête. Il a mentionné également que les APR et les commissaires sont les premiers à poser les questions parce qu'ils sont

claim. He admitted that Board members and RPOs only received a four-hour training session on the manner of questioning prior to the implementation of Guideline 7. However, he denied that RPOs and Board members were trained to funnel the evidence towards a negative conclusion. He acknowledged that prior to June 1, 2004, “reverse-order questioning” was not used at hearings in Toronto without the claimant’s consent. He further acknowledged that there is monitoring of the implementation of the guideline through managers in the regional offices, and that some individual members have been asked why they had not followed Guideline 7. However, he stated that monitoring is necessary to find out how effective the change is and whether any professional development needs arise. He stated that Guideline 7 is not a set of directives and that members exercise their discretion. That said, he acknowledged that Board members are expected to apply the Chairperson’s Guidelines or to justify their reasons for not doing so.

## (2) Positions of the parties

[28] On the question of natural justice and procedural fairness, I will summarize the parties’ positions.

[29] The applicant asserts that the person who bears the onus of proof has the right to present her or his case prior to being questioned by other participants at the hearing; that is, the right to conduct an “examination-in-chief”. The applicant contends that this principle is supported by the jurisprudence of the Federal Court.

[30] The intervener also asserts that Guideline 7 violates the principles of natural justice and procedural fairness by circumscribing a refugee claimant’s ability to present her or his case, and as a consequence, rendering the right to an oral hearing illusory. More specifically, the intervener argues that because of the importance of an “examination-in-chief” in allowing refugee claimants to introduce their claims, to find their voice, and to control the presentation of evidence, principles of natural justice and procedural fairness

mieux placés pour savoir ce dont la Section a réellement besoin pour statuer sur les demandes. Il a reconnu que les commissaires et les APR ont reçu seulement une formation de quatre heures sur la façon de mener des interrogatoires avant l’entrée en vigueur des Directives n° 7. Il a nié cependant qu’ils ont appris à orienter la preuve vers une conclusion défavorable. Il a reconnu que l’ordre inversé des interrogatoires n’était pas appliqué à Toronto sans le consentement du demandeur avant le 1<sup>er</sup> juin 2004. Il a reconnu également que les gestionnaires des bureaux régionaux suivent de près l’application des Directives n° 7 et que certains commissaires ont dû expliquer pourquoi ils ne les avaient pas suivies. Il a affirmé cependant qu’une telle surveillance est nécessaire pour savoir dans quelle mesure le changement est efficace et si une formation continue est requise. Il a mentionné que les Directives n° 7 ne sont pas des ordres et que les commissaires exercent leur pouvoir discrétionnaire. Cela dit, il a reconnu qu’on attend des commissaires qu’ils appliquent les directives du président ou qu’ils expliquent pourquoi ils ne le font pas.

## 2) Les arguments des parties

[28] Je résumerai maintenant les arguments des parties sur la question de la justice naturelle et de l’équité procédurale.

[29] Le demandeur prétend que la personne qui a le fardeau de la preuve a le droit d’exposer sa cause avant d’être interrogée par les autres participants à l’audience, c’est-à-dire qu’elle a le droit de procéder à un interrogatoire principal. Le demandeur soutient que ce principe est étayé par la jurisprudence de la Cour fédérale.

[30] L’intervenant prétend que les Directives n° 7 contreviennent aux principes de justice naturelle et d’équité procédurale en limitant la capacité d’un demandeur d’asile d’exposer sa cause et, du même coup, en rendant illusoire le droit à une audition. Il fait valoir plus précisément que, compte tenu de l’importance que revêt l’interrogatoire principal en permettant à un demandeur de présenter sa demande, de se faire entendre et de contrôler la présentation de la preuve, les principes de justice naturelle et d’équité procédurale

demand that a refugee claimant have the right to be questioned by her or his counsel first. In support of its contention, the intervener points to particular features of the refugee determination process that result in Guideline 7 being unfair:

- (a) the differing roles of the RPOs, members and counsel;
- (b) the adversarial nature of refugee proceedings;
- (c) the inadequacy of the PIF in setting out the claim; and
- (d) the unique vulnerabilities of refugee claimants.

[31] Both the applicant and the intervener refer to the opportunity for counsel of the applicant to question first as an “examination-in-chief”.

[32] With respect to these allegations, the respondent asserts that the principles of natural justice and procedural fairness do not stipulate that ensuring that refugee claimants have an adequate opportunity to state their case and to know the case they have to meet requires that refugee claimants be allowed to present their case by way of an “examination-in-chief”. Further, the respondent argues that the applicant and intervener’s contention of a right to an “examination-in-chief” is based on a false analogy between the conduct of criminal and civil proceedings and the Board’s proceedings. Unlike the former proceedings, the respondent submits that refugee determination proceedings are administrative and non-adversarial.

[33] The respondent argues that the general validity of Guideline 7 has been upheld in several decisions of the Court. The respondent also contends that denials of procedural fairness must be considered on a case-by-case basis, and in the present case the applicant has not presented any evidence that by following Guideline 7, the Board deprived the applicant of any procedural protection. For these reasons, the respondent submits that this Court should not entertain the applicant’s allegations of procedural unfairness.

exigent qu’il ait le droit d’être interrogé d’abord par son procureur. Au soutien de sa prétention, l’intervenant souligne certaines caractéristiques particulières du processus de détermination du statut de réfugié qui font en sorte que les Directives n° 7 sont inéquitables :

- a) les rôles différents des APR, des commissaires et des procureurs;
- b) la nature contradictoire des procédures relatives aux réfugiés;
- c) le fait que le FRP ne permet pas d’exposer la demande de manière adéquate;
- d) la vulnérabilité particulière des demandeurs d’asile.

[31] Le demandeur et l’intervenant utilisent l’expression « interrogatoire principal » afin de désigner la possibilité, pour le procureur du demandeur, d’interroger celui-ci en premier.

[32] En réponse à ces allégations, le défendeur soutient que les principes de justice naturelle et d’équité procédurale n’exigent pas, pour que les demandeurs d’asile aient une possibilité suffisante d’exposer leur cause et de connaître les points qu’ils doivent faire valoir, qu’ils soient autorisés à présenter leur demande dans le cadre d’un interrogatoire principal. Il soutient en outre que le demandeur et l’intervenant se fondent sur une fausse analogie entre les audiences en matière pénale et en matière civile et les audiences de la Section pour revendiquer un droit à un interrogatoire principal. Le défendeur fait valoir que, contrairement aux premières, les audiences relatives au statut de réfugié sont de nature administrative et ne sont pas contradictoires.

[33] Le défendeur rappelle que la validité générale des Directives n° 7 a été reconnue dans plusieurs décisions de la Cour. Il soutient que les dénis d’équité procédurale doivent être examinés au cas par cas et que le demandeur en l’espèce n’a pas produit de preuve indiquant que la Section l’avait privé d’une protection procédurale en suivant les Directives n° 7. Pour ces motifs, le défendeur soutient que la Cour ne devrait pas entendre les allégations du demandeur concernant l’absence d’équité procédurale.

[34] The intervener advances two further arguments. First, the intervener contends that Guideline 7 unlawfully fetters the discretion of Board members because it is *de facto* mandatory and binding. Second, the intervener argues that Guideline 7 is unlawful because it distorts the adjudicative role of Board members, particularly by adding duties which are incompatible with members' primary responsibility of decision making.

[35] The respondent argues that Guideline 7 was issued pursuant to the Chairperson's statutory authority and does not fetter the discretion of Board members as it is not binding and explicitly contemplates Board members varying the order of questioning. In response to the second allegation, the respondent submits that Guideline 7 is consistent with the Board's inquisitorial mandate and the duty of members to assess the merits of claims in an informal, quick and fair manner.

### (3) Analysis

#### (i) Does Guideline 7 deny the applicant the right to be heard?

[36] The first ground upon which the applicant and the intervener challenge Guideline 7 is that it is inherently unfair not to allow a claimant's counsel to question the claimant first, before the RPO or Board member does. The applicant and the intervener contend that refugee claimants have a right to conduct "examination-in-chief". The respondent argues that neither the principles of natural justice nor paragraph 170(e) of the IRPA—the requirement that the Board allow an applicant a reasonable opportunity to present evidence, question witnesses and make representations—gives claimants such a right.

[37] It is useful at the outset to dispose of the following three arguments raised by the respondent and the applicant before considering the duty of fairness, namely:

(1) The respondent asserts that the Federal Court has already confirmed the validity of Guideline 7;

[34] L'intervenant avance deux autres arguments. Premièrement, il soutient que les Directives n° 7 entravent illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires parce qu'elles sont impératives et contraignantes dans les faits. Deuxièmement, il soutient que ces directives sont illégales parce qu'elles déforment le rôle de décideur des commissaires, en particulier en leur imposant des obligations qui sont incompatibles avec leur principale fonction de décideur.

[35] Le défendeur fait valoir que le président a donné les Directives n° 7 en vertu du pouvoir qui lui est conféré par la loi et que celles-ci n'entravent pas le pouvoir discrétionnaire des commissaires car elles ne sont pas contraignantes et permettent explicitement aux commissaires de modifier l'ordre des interrogatoires. Le défendeur répond au deuxième argument que les Directives n° 7 sont conformes au mandat de la Section en matière d'enquête et à l'obligation des commissaires d'évaluer le bien-fondé des demandes de manière informelle, expéditive et équitable.

### 3) Analyse

#### i) Les Directives n° 7 privent-elles le demandeur du droit d'être entendu?

[36] Le premier motif invoqué par le demandeur et l'intervenant pour contester les Directives n° 7 est qu'il est fondamentalement injuste de ne pas permettre au procureur d'un demandeur d'interroger celui-ci en premier, avant l'APR ou le commissaire. Le demandeur et l'intervenant soutiennent que les demandeurs d'asile ont le droit de mener un interrogatoire principal. Pour sa part, le défendeur prétend que ni les principes de justice naturelle ni l'alinéa 170e) de la LIPR—qui oblige la Section à donner au demandeur et au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve, d'interroger des témoins et de présenter des observations—ne confèrent un tel droit aux demandeurs.

[37] Il convient de disposer des trois arguments suivants du défendeur et du demandeur avant de traiter de l'obligation d'agir équitablement :

1) le défendeur soutient que la Cour fédérale a déjà confirmé la validité des Directives n° 7;

(2) The respondent argues that the applicant's allegation of procedural unfairness is hypothetical and therefore should not be entertained by the Court; and

(3) The applicant contends that the right of refugee claimants to be questioned first by counsel has been established by the Court.

I will deal with each of these arguments in turn.

[38] The respondent argues that the Court has already upheld the general validity of the Guideline 7 and as a result, this Court should follow those precedents. It is true that the Court has previously concluded that Guideline 7 is not inconsistent with the principles of natural justice and procedural fairness. In *Cortes Silva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 738, at paragraph 13, Madam Justice Gauthier held that Guideline 7 “does not constitute a breach of the *audi alteram partem* [the right to be heard] rule, because it is evident that the applicant was fully afforded the right to be heard in order to argue the merits of his claim for refugee protection.” In the more recent decision of *Zaki v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1066 at paragraph 13, Madam Justice Snider concluded that, “as have numerous of my colleagues,” the implementation of Guideline 7 in Board hearings is not, in and of itself, a breach of procedural fairness. However, Justice Snider continued on to say at paragraph 14 that a claimant may still be able to establish that he or she was denied a meaningful opportunity to make out his or her case.

The relevant question is whether the procedure, on the facts of this case, resulted in unfairness to the Applicant. That requires an examination of the record on two aspects: (i) whether the RPD fettered its discretion in its refusal to return to the familiar, counsel-first order; and (ii) whether the order of questioning resulted in the Applicant not being afforded the right to be heard.

[39] The Court both in *Cortes Silva* and in *Zaki* held that whether or not a breach of procedural fairness has occurred must be determined on a case-by-case basis and in circumstances that are not hypothetical.

2) le défendeur soutient que le demandeur se fonde sur des hypothèses pour prétendre qu'il n'a pas eu droit à l'équité procédurale, de sorte que la Cour ne devrait pas examiner cette allégation;

3) le demandeur soutient que le droit d'un demandeur d'asile d'être interrogé d'abord par son procureur a été établi par la Cour.

J'examinerai maintenant chacun de ces arguments.

[38] Le défendeur soutient que la Cour a déjà reconnu la validité générale des Directives n° 7 et que, en conséquence, elle devrait se conformer à ces précédents. Il est vrai que la Cour a déjà conclu que les Directives n° 7 étaient conformes aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale. Dans *Cortes Silva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 738, la juge Gauthier a statué, au paragraphe 13, que les Directives n° 7 « ne constitu[ent] pas un manquement à la règle *audi alteram partem* [le droit d'être entendu] puisqu'il est évident que le demandeur a pleinement eu le droit d'être entendu afin de faire valoir le bien-fondé de sa demande d'asile ». Plus récemment, dans *Zaki c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1066, la juge Snider a conclu, au paragraphe 13, « [c]omme nombre de mes collègues », que l'application des Directives n° 7 aux audiences de la Section ne constitue pas en soi un manquement à l'équité procédurale. Elle a toutefois ajouté au paragraphe 14 qu'un demandeur peut toujours démontrer qu'il n'a pas eu une possibilité raisonnable d'exposer sa cause :

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. Il faut pour cela examiner le dossier sous deux aspects : (i) la SPR a-t-elle réduit son pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle a refusé de revenir à l'ordre habituel qui donne priorité à l'interrogatoire du conseil? et (ii) l'ordre des interrogatoires a-t-il eu pour effet de priver le demandeur de son droit d'être entendu?

[39] La Cour a statué dans *Cortes Silva* et *Zaki* que la question de savoir s'il y avait eu manquement à l'équité procédurale devait être tranchée au cas par cas et dans des circonstances qui ne sont pas théoriques.

[40] The Court has also upheld the general validity of Guideline 7 in *B.D.L. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 866; *Martinez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1121; and *Fabiano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1260.

[41] While the previous decisions of the Court considering Guideline 7 are instructive, in my opinion, they are not determinative of the issues before this Court. First, it does not appear that the Court in those cases had the benefit of such extensive arguments and evidence on Guideline 7 as are now before this Court. Second, the applicant and intervener contend that the right to be heard in the adjudication of refugee claims includes the right of claimants to have their counsel proceed first in questioning. The intervener further argues that Guideline 7 is unlawful because it fetters the discretion of Board members and distorts the adjudicative role of the Board. These arguments have not yet been comprehensively canvassed and determined by the Court. I will address these issues later in these reasons.

[42] The respondent also asserts that the applicant's allegation of procedural unfairness is hypothetical and as such should not be entertained by the Court. The respondent notes that there is no evidence before the Court that the applicant was prevented from stating his case, that the applicant was suffering from PTSD or any other particular vulnerability, or that he was questioned improperly. Indeed, the applicant does not assert any such improprieties by the RPO or Board member or impediments to his ability to testify at the hearing.

[43] The applicant does not allege that on the specific facts of the conduct of his refugee hearing that the use of the Chairperson's standard order questioning procedure led to a breach of natural justice. Rather, his allegation is that, in general, Guideline 7 violates the principles of natural justice. In my opinion, the applicant's argument is not hypothetical. The applicant challenged Guideline 7 from the outset. In this instant case, the Court is asked

[40] La Cour a aussi reconnu la validité générale des Directives n° 7 dans *B.D.L. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 866; *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.

[41] Bien que les décisions rendues par la Cour relativement aux Directives n° 7 soient instructives, elles ne sont pas déterminantes, à mon avis, en ce qui concerne les questions sur lesquelles la Cour doit se prononcer en l'espèce. D'abord, la Cour ne semble pas avoir bénéficié, dans ces affaires, d'arguments et d'éléments de preuve aussi nombreux qu'en l'espèce. Ensuite, le demandeur et l'intervenant soutiennent que le droit d'un demandeur d'être entendu à l'audience relative à sa demande d'asile inclut le droit de voir son procureur amorcer les interrogatoires. L'intervenant soutient également que les Directives n° 7 sont illégales parce qu'elles entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires et déforme le rôle de décideur de la Section. La Cour n'a jamais examiné de façon approfondie ces arguments et n'a jamais rendu de décision à leur sujet. J'aborderai ces questions un peu plus loin dans les présents motifs.

[42] Le défendeur soutient également que l'allégation d'absence d'équité procédurale du demandeur repose sur des hypothèses et que, pour cette raison, elle ne devrait pas être examinée par la Cour. Il souligne que la Cour ne dispose d'aucune preuve indiquant que le demandeur n'a pas pu exposer sa cause, qu'il souffrait du SSPT ou était vulnérable pour une autre raison, ou qu'il n'a pas été interrogé de façon appropriée. En fait, le demandeur ne reproche rien à cet égard à l'APR ou au commissaire et ne prétend pas qu'il n'a pas pu témoigner pleinement à l'audience.

[43] Le demandeur n'allègue pas que les faits relatifs à la conduite de son audience montrent qu'il y a eu manquement à la justice naturelle parce que l'ordre normalisé des interrogatoires a été appliqué, mais plutôt que les Directives n° 7 contreviennent de manière générale aux principes de justice naturelle. À mon avis, cette allégation ne repose pas sur des hypothèses. Le demandeur a contesté les Directives n° 7 dès le début.

to determine whether the standard order of questioning provided in Guideline 7 is inherently unfair in that it violates the principles of natural justice and procedural fairness. In my view such an argument is appropriately raised in the circumstances. If it is established that the procedure by its very nature violates the principles of fairness in the circumstances of the applicant's case, then the decision of the Board is unlawful. Therefore, the question of procedural fairness is a proper one for consideration by this Court.

[44] The applicant contends that the jurisprudence of the Federal Court establishes that refugee claimants must be allowed to be questioned first by their own counsel. Specifically, the applicant cites four decisions: *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.); *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.).

[45] In particular, the applicant submits that in *Kante* at paragraph 10, the Court established a refugee claimant's right to an "examination-in-chief":

I would suggest to counsel for applicants to remember at all times that as the burden of proof is on them they are entitled to present their case as they see fit.

[46] 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.

[47] In *Kante*, the applicant had not raised any issue of procedural unfairness. Rather, Mr. Justice Nadon,

En l'espèce, la Cour doit déterminer si l'ordre normalisé des interrogatoires établi par les Directives n° 7 est fondamentalement inéquitable parce qu'il viole les principes de justice naturelle et d'équité procédurale. À mon avis, un tel argument peut être invoqué dans les circonstances. S'il est établi que, par sa nature même, la procédure viole les principes d'équité dans le cas du demandeur, alors la décision de la Section est illégale. Aussi, il convient que la Cour se penche sur la question de l'équité procédurale.

[44] Le demandeur soutient que la Cour fédérale a établi que les demandeurs d'asile doivent pouvoir être interrogés d'abord par leur procureur. Il cite quatre décisions en particulier : *Kante c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 525 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Ganji c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1120 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Atwal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1693 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Veres c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 124 (1<sup>re</sup> inst.).

[45] Le demandeur soutient en particulier que la Cour a reconnu le droit d'un demandeur d'asile à un interrogatoire principal dans *Kante*, au paragraphe 10 :

Je ferais observer à l'avocat des requérants de toujours se rappeler que puisque le fardeau de la preuve leur incombe, ils ont droit de présenter leur cause comme ils l'entendent.

[46] 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 saisie 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.

[47] Dans *Kante*, le demandeur n'avait pas soulevé la question de l'absence d'équité procédurale. Le juge

then of this Court, informed both parties that he was troubled by the fact that the Refugee Board had told counsel not to question the claimant regarding certain events. His comment, quoted above by the applicant, did not concern the validity of the order of questioning. In fact, it appears that the hearing was conducted with the claimant's counsel questioning first.

[48] In *Ganji*, the Court held that the Refugee Board acted unfairly by proceeding to question a minor claimant first despite the objections of the principal claimant (the child's mother and her designated representative). The Court also found that the counsel for the claimants did not serve their interests well in that he did not object to the Board's conduct or request an adjournment to consult with his clients. The Court concluded that the Board committed a reviewable error by failing to provide the claimants with a fair hearing.

[49] In *Atwal*, the Refugee Board was found to have acted unfairly because it interrupted counsel while he questioned the claimant (during his "examination-in-chief") and instructed him to cease a line of questioning. The Court held that the Board cannot prevent counsel from representing her or his client unless the representation involves irresponsible undue repetition or irrelevant material. However, the Court did not conclude that claimants have full control over the presentation of their case; rather, the Court acknowledged that the Board controls the procedure at a refugee hearing.

[50] In *Veres*, the Refugee Board had adopted a procedure of directly cross-examining the claimant without having him put his case in chief first. As the applicant in this case points out, Mr. Justice Pelletier did state that [at paragraph 25] "[o]ne would not think it contentious to say that the person who has the onus of proof must be given a fair chance to meet that onus." However, Mr. Justice Pelletier did not conclude that in the context of refugee determination hearings that claimants have an inherent right to lead their evidence first, as in civil or criminal court proceedings. Nor did

Nadon, qui était juge à la Cour à l'époque, a dit aux parties qu'il était préoccupé par le fait que la Section des réfugiés avait dit au procureur de ne pas interroger le demandeur sur certains événements. Ses remarques, que le demandeur a citées précédemment, ne concernaient pas la validité de l'ordre des interrogatoires. En fait, il appert que le procureur du demandeur a été le premier à interroger ce dernier.

[48] Dans *Ganji*, la Cour a décidé que la Section des réfugiés n'avait pas agi de manière équitable en interrogeant la première une demandeur mineure en dépit des objections de la demandeur principale (la mère de l'enfant et sa représentante désignée). La Cour a indiqué également que le procureur des demandeurs n'avait pas bien défendu leurs intérêts en ne s'opposant pas en bonne et due forme à la conduite de la Section et en ne demandant pas un ajournement afin de consulter ses clientes. Elle a conclu que la Section avait commis une erreur susceptible de contrôle en ne tenant pas une audition équitable.

[49] Dans *Atwal*, la Cour a estimé que la Section des réfugiés n'avait pas agi de manière équitable en interrompant le procureur pendant qu'il interrogeait le demandeur (pendant l'interrogatoire principal) et en lui demandant d'arrêter de poser des questions sur un sujet en particulier. La Cour a statué que la Section ne peut empêcher un procureur de représenter son client, sauf si le procureur se répète indûment et d'une façon irresponsable ou s'il présente des éléments non pertinents. La Cour n'a toutefois pas affirmé que les demandeurs ont le plein contrôle sur la présentation de leur cause. Elle a plutôt reconnu que c'est la Section qui dirige l'audience relative au statut de réfugié.

[50] Dans *Veres*, la Section des réfugiés avait décidé de contre-interroger directement le demandeur sans lui donner la possibilité d'exposer d'abord sa cause en interrogatoire principal. Comme le demandeur le rappelle en l'espèce, le juge Pelletier a souligné dans cette décision [au paragraphe 25] qu'« [o]n ne penserait pas qu'il est controversé de dire que la personne qui a le fardeau de la preuve doit se voir accorder une possibilité raisonnable de s'acquitter de ce fardeau ». Le juge Pelletier n'a toutefois pas conclu que, dans le contexte des audiences relatives au statut de réfugié, les

he find that not allowing the claimant to go first was, in itself, a breach of natural justice. Rather, Mr. Justice Pelletier stated that the unfairness arises where the Board in its reasons reproaches claimants for failing to provide some piece of evidence without putting the claimants on notice that they are at risk on that issue. At paragraph 28 of his decision, Mr. Justice Pelletier wrote:

It is clear that the CRDD is the master of its procedures. It is entitled to take economy of time into account in devising its procedures. It can equally direct which evidence it wishes to hear from the mouth of the witness and which it waives hearing. But when it says it does not need to hear from the witness, it cannot subsequently complain that it has not heard from the witness.

[51] The intervener, for its part, cites *Herrera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1724, as establishing that questioning first by counsel for the claimant is embodied in the right to an oral hearing. In that case, Mr. Justice Campbell called reversing of the order of questioning—that is, having the RPO question first—a “highly unusual” procedure. The intervener submits that Guideline 7 turns the exceptional way of proceeding into the norm. Even if that were the case, Mr. Justice Campbell did not expressly state that refugee claimants have the right to lead evidence, or that a failure to provide claimants the right to go first violates the principles of procedural fairness. I note that the refugee hearing at issue in *Herrera* was conducted before Guideline 7 was fully implemented. Ultimately, Mr. Justice Campbell allowed the application for judicial review because he found that the questioning by the Board was improper; he called it [at paragraph 4] “badgering cross-examination”. I agree with Madam Justice Snider in *Zaki*, who held that in *Herrera* the Court found that the type of cross-examination by the Board constituted an error, not the order of questioning *per se*.

[52] I further note that in several other cases that also predate Guideline 7, the Court held that starting with

demandeurs ont un droit inhérent de présenter leur preuve les premiers, comme en matière civile ou en matière pénale. Il n’a pas conclu non plus qu’il était contraire à la justice naturelle de ne pas avoir permis au demandeur d’exposer d’abord sa cause. Il a plutôt affirmé qu’il est inéquitable que la Section reproche aux demandeurs, dans ses motifs, de ne pas avoir fourni certains éléments de preuve sans leur avoir dit qu’ils se trouvaient dans une situation délicate à cet égard. Le juge Pelletier a écrit ce qui suit au paragraphe 28 de sa décision :

Il est clair que la SSR est maître de sa procédure. Elle est fondée à tenir compte de l’économie de temps dans l’élaboration de ses règles de procédure. Elle peut également décider quelle preuve elle veut entendre de la bouche du témoin et quelle preuve elle le dispense de présenter. Mais, quand elle dit qu’elle n’a pas besoin d’entendre le témoin, elle ne peut par la suite se plaindre qu’elle ne l’a pas entendu.

[51] Pour sa part, l’intervenant invoque la décision *Herrera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 1724, parce que, selon lui, elle établit que l’interrogatoire du demandeur par son procureur en premier lieu est inclus dans le droit à une audition. Dans cette affaire, le juge Campbell a qualifié l’inversion de l’ordre des interrogatoires—selon lequel l’APR est le premier à poser les questions—de procédure « fort inhabituelle ». L’intervenant fait valoir que les Directives n° 7 font de l’exception la norme. Or, même si c’était le cas, le juge Campbell n’a pas dit expressément que les demandeurs d’asile ont le droit de présenter leur preuve en premier ou qu’il est contraire aux principes d’équité procédurale de ne pas leur permettre d’exposer d’abord leur cause. Je rappelle que, dans *Herrera*, l’audience devant la Section a eu lieu avant que les Directives n° 7 ne soient mises en vigueur entièrement. En fin de compte, le juge Campbell a accueilli la demande de contrôle judiciaire parce que, selon lui, l’interrogatoire fait par la Commission, qu’il a qualifié de [au paragraphe 4] « musclé », était inapproprié. Je suis d’accord avec la juge Snider qui a rappelé, dans *Zaki*, précitée, que la Cour avait dit, dans *Herrera*, que c’était le type de contre-interrogatoire mené par la Section, et non l’ordre des interrogatoires en tant que tel, qui constituait une erreur.

[52] J’aimerais rappeler également que la Cour a statué à plusieurs reprises avant la mise en application

questioning by the RPO does not, in itself, constitute a violation of the rules of natural justice: *Del Moral v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 98 (F.C.T.D.); *Cota v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 872 (T.D.) (QL); and *Cruz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 174 F.T.R. 191 (F.C.T.D.). For instance, in *Cruz*, Mr. Justice Teitelbaum held that the panel member did not commit a reviewable error by allowing the refugee hearing officer to begin his cross-examination first because the panel is the master of its own procedure.

[53] In my opinion, the cases cited by the applicant and the intervener do not lead to the conclusion that a meaningful 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.

[54] The Court's jurisprudence has not settled whether a claimant appearing before the Board in a refugee determination hearing has the right to an "examination-in-chief" or whether not allowing the claimant's counsel to question first is inherently unfair. The applicant and the intervener must still establish that the principles of natural justice and procedural fairness dictate a particular order of questioning in refugee determination hearings before the Board in order to succeed on their argument.

[55] In the present case, it is not disputed by the parties that the adjudication of refugee claims by the Board demands a "higher order" of procedural fairness. Where the parties disagree is on the content of that duty of fairness, or more specifically, on the content of the right to an oral hearing.

[56] In summary, on the content of the duty of fairness the parties adopt the following positions. The applicant submits that as refugee hearings are quasi-judicial proceedings, the Board is required to set

des Directives n° 7 que commencer par l'interrogatoire de l'APR ne contrevenait pas en soi aux règles de justice naturelle : *Del Moral c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 782 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Cota c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 872 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Cruz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1266 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). Par exemple, dans *Cruz*, le juge Teitelbaum a décidé que le tribunal n'avait commis aucune erreur susceptible de contrôle en permettant à l'agent d'audience de procéder d'abord au contre-interrogatoire car le tribunal est maître de sa propre procédure.

[53] À mon avis, les décisions invoquées par le demandeur et l'intervenant ne permettent pas de conclure qu'une possibilité raisonnable d'exposer sa cause inclut le droit d'être le premier à poser les 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.

[54] La Cour n'a pas encore décidé de manière définitive si un demandeur d'asile qui comparait devant la Section a droit à un interrogatoire principal ou si le fait de ne pas permettre au procureur du demandeur d'être le premier à interroger celui-ci est fondamentalement inéquitable. Le demandeur et l'intervenant doivent encore, pour avoir gain de cause, démontrer que les principes de justice naturelle et d'équité procédurale dictent un ordre particulier pour les interrogatoires lors des audiences de la Section relatives au statut de réfugié.

[55] En l'espèce, les parties ne contestent pas que la résolution des demandes d'asile par la Section doit être assujettie à des normes d'équité procédurale [TRADUCTION] « plus rigoureuses ». C'est sur le contenu de cette obligation d'équité ou, plus précisément, sur la teneur du droit à une audition que les parties ne s'entendent pas.

[56] En résumé, les parties adoptent les positions suivantes en ce qui concerne le contenu de l'obligation d'équité. Le demandeur soutient que, comme les audiences relatives à une demande d'asile sont de nature

up procedures that more closely resemble a judicial, court-like model. The applicant asserts that, as a result, refugee claimants are entitled to an “examination-in-chief” conducted by her or his counsel. The intervener submits that a number of unique features in the refugee determination process and of refugee claimants necessitates an “examination-in-chief”. The respondent argues that proceedings before the Board are administrative and non-adversarial and that natural justice does not require such proceedings to be identical to criminal or civil proceedings. The respondent asserts that, as a consequence, the Board is not required to afford a claimant the right to an “examination-in-chief” for its proceedings to be fair.

[57] The Supreme Court of Canada provides guidance in determining the content of the duty of fairness in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817. In deciding the procedural protections to be afforded in an administrative setting, the Supreme Court stated that the following factors are to be considered:

(1) the nature of the decision being made and the process followed in making it; that is, “the closeness of the administrative process to the judicial process”;

(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; and

(5) the choice of procedure made by the agency itself.

[58] I note that Madam Justice L’Heureux-Dubé in *Baker* stated that the five factors set out above are not exhaustive; she acknowledged that other factors may be important in determining the requisite level of procedural fairness in a given set of circumstances. In making

quasi judiciaire, la Section est tenue d’établir des règles de procédure qui ressemblent davantage au modèle judiciaire. Il prétend en conséquence que les demandeurs d’asile ont droit à un interrogatoire principal mené par leur procureur. L’intervenant soutient qu’un interrogatoire principal est nécessaire en raison de plusieurs caractéristiques propres au processus de détermination du statut de réfugié et aux demandeurs d’asile. Le défendeur répond que les audiences devant la Section sont de nature administrative et non contradictoire et que la justice naturelle n’exige pas qu’elles soient identiques aux audiences en matière pénale ou en matière civile. La Section n’est donc pas tenue, selon lui, de donner au demandeur le droit à un interrogatoire principal pour que ses audiences soient équitables.

[57] La Cour suprême du Canada donne des indications utiles pour déterminer le contenu de l’obligation d’équité dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. Elle a affirmé dans cet arrêt que les facteurs suivants doivent être pris en compte lorsqu’on décide quelles protections procédurales doivent être offertes devant un tribunal administratif :

1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir, c’est-à-dire « la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire »;

2) la place de la décision à l’intérieur du régime législatif;

3) l’importance de la décision pour la personne visée;

4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision;

5) le choix de procédure que l’organisme fait lui-même.

[58] Je rappelle que la juge L’Heureux-Dubé a souligné dans *Baker* que ces cinq facteurs ne sont pas exhaustifs. Elle a reconnu que d’autres facteurs peuvent également être importants lorsqu’on détermine le degré d’équité procédurale requis dans une situation donnée.

such a determination, Madam Justice L'Heureux-Dubé stated at paragraph 22 of *Baker* that it is necessary to keep in mind the values underlying the duty of fairness:

I emphasize that underlying all these factors is the notion that the purpose of the participatory rights contained within the duty of procedural fairness is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.

[59] It should also be noted that in *Baker*—a case that did not concern a refugee claimant or a refugee—the Supreme Court of Canada decided the case on the basis of the common-law duty of fairness; it declined to examine procedural protections afforded by the *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]. In other cases, the Supreme Court of Canada has established that because of the potential consequences, the source of procedural protections for refugee claimants is the Charter; namely, the principles of fundamental justice guaranteed by section 7 of the Charter: see *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. That said, the Supreme Court of Canada has also held that it is appropriate to apply the common-law duty of fairness factors set out in *Baker* where the source of the duty is the Charter: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 113.

[60] In the instant case, neither the applicant nor the intervener argues that the Chairperson's standard order of questioning procedure violates the principles of fundamental justice guaranteed under section 7 of the Charter. Rather, they base their submissions on the common-law principles of natural justice and procedural fairness. Whatever the source of the duty of fairness in the circumstances of this case, I find it appropriate to proceed with a *Baker* analysis in determining the content of the procedural protections to be afforded to the applicant.

Elle a dit qu'il faut garder à l'esprit les valeurs qui sous-tendent l'obligation d'équité, au paragraphe 22 de *Baker* :

Je souligne que l'idée sous-jacente à tous ces facteurs est que les droits de participation faisant partie de l'obligation d'équité procédurale visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leur points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu'ils soient considérés par le décideur.

[59] Il faut rappeler également que, dans *Baker*—un arrêt qui ne concernait pas un demandeur d'asile ou un réfugié—, la Cour suprême du Canada s'est appuyée sur l'obligation d'équité existant en common law pour rendre sa décision. Elle a refusé d'examiner les protections procédurales offertes par la *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]. Dans d'autres arrêts, la Cour suprême du Canada a statué que, en raison des conséquences possibles, les protections procédurales accordées aux demandeurs d'asile sont celles de la Charte, à savoir les principes de justice fondamentale garantis à l'article 7 de la Charte : voir *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177. Elle a également décidé qu'il convient d'appliquer les facteurs relatifs à l'obligation d'équité existant en common law qui sont énoncés dans *Baker* lorsque l'obligation découle de la Charte : *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 113.

[60] En l'espèce, ni le demandeur ni l'intervenant ne prétendent que l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président contrevient aux principes de justice fondamentale garantis à l'article 7 de la Charte. Ils appuient plutôt leurs prétentions sur les principes de justice naturelle et d'équité procédurale existant en common law. Peu importe l'origine de l'obligation d'équité en l'espèce, j'estime qu'il convient d'effectuer l'analyse décrite dans *Baker* pour déterminer la teneur des protections procédurales offertes au demandeur.

[61] The question before this Court is whether natural justice and procedural fairness require not only that the applicant has the right to an oral hearing before the Board, but also that the applicant has the right to have his counsel question him first at that oral hearing. The question can be succinctly stated as: does natural justice or procedural fairness dictate a particular order of questioning?

[62] Before turning to such an analysis, I wish to set out the context for the right to an oral hearing in the adjudication of refugee claims. The starting point in such a discussion is *Singh*. In that case, the Supreme Court of Canada held that the refugee determination process must provide an adequate opportunity for refugee claimants to be heard. Madam Justice Wilson held that, at a minimum, the concept of fundamental justice under section 7 of the Charter includes the notion of procedural fairness articulated by Mr. Chief Justice Fauteux in *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917, at page 923:

Under s. 2(e) of the *Bill of Rights* no law in Canada shall be construed or applied so as to deprive him of "a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice". Without attempting to formulate any final definition of those words, I would take them to mean, generally, that the tribunal which adjudicates upon his rights must act fairly, in good faith, without bias and in a judicial temper, and must give to him the opportunity adequately to state his case.

[63] The applicants in *Singh* had challenged the procedure before the then Immigration Appeal Board which did not provide them with an oral hearing on the merits of their claim. Madam Justice Wilson held that, where a serious question of credibility is involved, an oral hearing is required in the adjudication of refugee claims to accord with principles of fundamental justice but she did not further define the content of the right to an oral hearing.

[64] Where procedural fairness demands a right to a hearing, it also requires that the administrative agency ensure the hearings provide the parties with ample opportunity:

[61] La Cour doit déterminer si la justice naturelle et l'équité procédurale exigent non seulement que le demandeur ait droit à une audition devant la Section, mais également qu'il ait le droit d'être interrogé d'abord par son conseil lors de cette audition. La question peut être résumée ainsi : la justice naturelle et l'équité procédurale dictent-elles un ordre particulier pour les interrogatoires?

[62] Avant d'entreprendre cette analyse, j'aimerais situer le droit des demandeurs d'asile à une audition dans son contexte. Le point de départ de cet exercice est l'arrêt *Singh*, où la Cour suprême du Canada a statué que le processus de détermination du statut de réfugié doit offrir au demandeur d'asile une possibilité suffisante d'être entendu. La juge Wilson a affirmé que la notion de « justice fondamentale » qui figure à l'article 7 de la Charte englobe au moins la notion d'équité en matière de procédure énoncée clairement par le juge en chef Fauteux dans *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, à la page 923 :

En vertu de l'art. 2(e) de la *Déclaration des droits*, aucune loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer de manière à le priver d'une « audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale ». Sans entreprendre de formuler une définition finale de ces mots, je les interprète comme signifiant, dans l'ensemble, que le tribunal appelé à se prononcer sur ses droits doit agir équitablement, de bonne foi, sans préjugé et avec sérénité, et qu'il doit donner à l'accusé l'occasion d'exposer adéquatement sa cause.

[63] Les demandeurs dans *Singh* avaient contesté la procédure suivie par la Commission d'appel de l'immigration de l'époque, qui ne prévoyait pas la tenue d'une audition sur le bien-fondé de leur demande. La juge Wilson a indiqué que, lorsqu'une question importante touchant la crédibilité se pose, les principes de justice fondamentale exigent qu'une audition ait lieu avant qu'il soit statué sur la demande d'asile, sans toutefois définir davantage le contenu du droit à une audition.

[64] Lorsque l'équité procédurale exige qu'une personne ait droit à une audition, elle exige également que l'organisme administratif veille à ce que les parties aient la possibilité :

- (a) to know the case against them,
- (b) to dispute, correct or contradict anything which is prejudicial to their position, and
- (c) to present arguments and evidence supporting their own case.

(Robert Macaulay and James Sprague, *Practice and Procedure before Administrative Tribunals*, looseleaf, (Toronto: Carswell, 1988), at page 12-6.)

[65] However, I note that Macaulay and Sprague further state at page 12-163 that in the common law there is no standard form of hearing:

... even in the context of oral hearings, there does not seem to be any one procedure pursuant to which the right to present arguments must be exercised. This is consistent with the general rule that a tribunal is empowered to determine its own procedure.

[66] The IRPA provides that the Board must hold a hearing in any proceeding before it: paragraph 170(b). However, the IRPA does not set out a particular form of the hearing. In fact, the IRPA does not require the Board to always hold an “in person” hearing; section 164 permits the Board to hold the hearing by way of “live telecommunication”, such as by videoconferencing.

[67] The key to evaluating the level of procedural content of a refugee determination hearing is whether the available procedures facilitate or frustrate the opportunity of the applicant to make an informed and effective presentation of his case to the Board. As such, it is useful to set out the way in which the applicant’s refugee protection claim unfolded:

- (a) the applicant made his claim at an inland immigration office; an immigration officer prepared a record of examination
- (b) the applicant filed his PIF

- a) de savoir ce qu’on entend faire valoir contre elles;
- b) de contester, de corriger ou de contredire tout ce qui est préjudiciable à leur thèse;
- c) de présenter des arguments et des éléments de preuve étayant leur cause.

(Robert Macaulay et James Sprague, *Practice and Procedure before Administrative Tribunals*, feuilles mobiles (Toronto, Carswell, 1988), à la page 12-6.)

[65] Je note cependant que Macaulay et Sprague mentionnent à la page 12-163 qu’il n’y a pas de forme d’audition normalisée en common law :

[TRADUCTION]

... [m]ême dans le contexte des auditions, il ne semble pas y avoir une procédure unique devant être suivie par une personne qui exerce son droit de présenter des arguments. Cela est conforme à la règle générale selon laquelle un tribunal administratif a le pouvoir d’établir lui-même sa procédure.

[66] La LIPR prévoit que la Section doit tenir une audience dans tous les cas dont elle est saisie : alinéa 170b). Elle ne précise pas cependant la forme de cette audience. En fait, elle n’exige pas que les audiences de la Section aient toujours lieu en présence des personnes concernées, l’article 164 permettant qu’elles soient tenues « en direct par l’intermédiaire d’un moyen de télécommunication », par exemple la vidéoconférence.

[67] Il faut, pour évaluer le degré du contenu procédural de l’audition d’une demande d’asile, déterminer si les procédures offertes aident le demandeur à exposer sa cause de manière éclairée et efficace à l’intention de la Section ou si elles l’empêchent de le faire. Aussi, il est utile de rappeler les différentes étapes franchies par la demande d’asile du demandeur :

- a) le demandeur a déposé sa demande à un bureau d’immigration au Canada, où un agent d’immigration a préparé un dossier de l’examen;
- b) le demandeur a déposé son FRP;

- (c) the Board sent the applicant notice of a hearing
- (d) the Board sent the applicant a file screening form identifying the issues
- (e) the applicant filed written submissions in response to the file screening form
- (f) the applicant filed written submissions opposing the Chairperson's standard order of questioning procedure as violating the principles of natural justice
- (g) the applicant submitted three packages of evidence
- (h) the Board disclosed its documentary package on Sri Lanka
- (i) a one-member Board heard the applicant's claim, with the applicant and his counsel present in the hearing room, along with an RPO
- (j) the applicant's counsel made oral submissions at the hearing objecting to proceeding under the Chairperson's standard order of questioning; the Board dismissed the objection
- (k) the applicant was questioned first by the RPO; the Board member did not ask any questions; and counsel for the applicant declined to ask questions
- (l) the RPO made oral submissions, then counsel for the applicant made oral submissions
- (m) the Board reserved its decision
- (n) the Board sent the applicant its decision and written reasons for its decision
- c) la Section a envoyé un avis d'audience au demandeur;
- d) la Section a fait parvenir au demandeur un formulaire d'examen initial énonçant les questions en litige;
- e) le demandeur a déposé des observations écrites en réponse au formulaire d'examen initial;
- f) le demandeur a déposé des prétentions écrites dans lesquelles il s'opposait à l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président parce que cet ordre contrevenait aux principes de justice naturelle;
- g) le demandeur a déposé trois ensembles d'éléments de preuve;
- h) la Section a communiqué ses documents sur le Sri Lanka;
- i) un tribunal de la Section formé d'un seul membre a entendu la demande du demandeur en présence de ce dernier, de son procureur et d'un APR;
- j) à l'audience, le procureur du demandeur s'est opposé à l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président; la Section a rejeté son objection;
- k) le demandeur a d'abord été interrogé par l'APR; le commissaire n'a posé aucune question et le procureur du demandeur a refusé d'interroger ce dernier;
- l) l'APR a été le premier à présenter ses observations de vive voix, suivi du procureur du demandeur;
- m) la Section a remis sa décision à plus tard;
- n) la Section a fait parvenir sa décision et les motifs écrits de celle-ci au demandeur.

[68] I now turn to a consideration of the *Baker* factors to determine whether the applicant had the right to be questioned by his counsel first in the circumstances of his case. I note that only the applicant provided submissions specific to the *Baker* factors.

[68] J'examinerai maintenant les facteurs décrits dans *Baker* afin de déterminer si le demandeur avait le droit d'être interrogé d'abord par son procureur dans les circonstances. Je fais remarquer que seul le demandeur a présenté des prétentions concernant précisément ces facteurs.

- (1) The nature of the decision being made and the process followed in making it; that is, “the closeness of the administrative process to the judicial process”

[69] The applicant asserts that the Board is a quasi-judicial administrative tribunal and therefore it is required to follow full requirements of natural justice. The respondent argues that through section 170 of the IRPA, Parliament made a deliberate choice that the Board would conduct refugee determinations in an informal proceeding and not a judicial one. In his affidavit, Paul Aterman states that the Board is a “board of inquiry” and that a hearing into a claim for refugee protection is usually conducted in a non-adversarial manner, in the sense that there is no party adverse in interest to the claimant. In comparison, Mr. Aterman attests that Parliament constituted the Immigration Appeal Division so that its proceedings are adversarial in nature: see the IRPA, section 174.

[70] The intervener argues that the differing roles between counsel for the claimants and the RPOs and Board members necessitate an “examination in chief”. In support of its contention, the intervener refers to Professor James Donald Galloway, who at paragraph 12 of this affidavit, states that the role of counsel is to represent the claimant and demonstrate that the claimant “is” a person in need of protection; the role of RPOs and Board members is to flush out any weaknesses in the claimant’s case that might lead to a determination that the claimant “is not” a person in need of protection.

[71] Further, the intervener argues that although refugee hearings are characterized as “non-adversarial”, in reality they are adversarial. The intervener contends that RPOs are often aggressive and confrontational and frequently make accusations of falsehood, dissimulation or evasiveness. As well, Board members sometimes adopt an adversarial approach. The intervener cites Board member Steve Ellis who in a June 2005 decision (Board file: TA4-13810, 13811, 13812) stated that in the “reverse-order questioning” era, it has become

- 1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir, c’est-à-dire « la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire »

[69] Le demandeur fait valoir que la Section est un tribunal administratif quasi judiciaire et qu’à ce titre, elle est tenue de respecter toutes les règles de justice naturelle. Le défendeur soutient de son côté que le législateur a délibérément décidé, en adoptant l’article 170 de la LIPR, que la Section devait mener ses audiences relatives au statut de réfugié d’une manière informelle et non d’une manière judiciaire. Dans son affidavit, Paul Aterman affirme que la Section est une « commission d’enquête » et que l’audition d’une demande d’asile est habituellement non contradictoire, en ce sens qu’il n’y a pas de partie ayant un intérêt contraire à celui du demandeur. M. Aterman fait remarquer, en comparaison, que le législateur a créé la Section d’appel de l’immigration de façon à ce que ses audiences soient de nature contradictoire : voir l’article 174 de la LIPR.

[70] L’intervenant prétend qu’un interrogatoire principal est requis en raison des rôles différents des procureurs des demandeurs, des APR et des commissaires. Il se fonde à cet égard sur les propos du professeur James Donald Galloway qui, au paragraphe 12 de son affidavit, déclare que le rôle du procureur est de représenter le demandeur et de démontrer que celui-ci « est » une personne à protéger, alors que le rôle des APR et des commissaires est de détecter tous les points faibles de la cause d’un demandeur qui pourraient amener la Section à conclure que celui-ci « n’est pas » une personne à protéger.

[71] L’intervenant prétend en outre que, même si elles sont qualifiées de [TRADUCTION] « non contradictoires », les audiences relatives au statut de réfugié sont, en fait, contradictoires. Il soutient que les APR se montrent souvent inquisiteurs et portent fréquemment des accusations de mensonge, de dissimulation ou de manque de précision. De même, les commissaires adoptent parfois une approche accusatoire. L’intervenant cite le commissaire Steve Ellis, qui a dit, dans une décision rendue en juin 2005 (dossier de la Section :

“routine” for Board members to cross-examine claimants.

[72] In my view, Parliament intended the refugee determination process to be more inquisitorial and less judicial. The IRPA provides that Board members have the powers and authority of a commissioner under Part I of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, and permits members to do “any other thing they consider necessary to provide a full and proper hearing”: section 165. Refugee hearings do not involve opposing parties each arguing their position for or against granting refugee protection to the claimant. In a limited number of cases, the Minister does intervene to oppose the consideration of an applicant’s claim for refugee protection, usually on one of the exclusion grounds (Article 1E or 1F of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 incorporated into the IRPA, section 98). These cases can therefore be more adversarial.

[73] There are also differences between refugee determination proceedings before the Board and criminal or civil proceedings before a court. For instance, unlike in a criminal or civil proceeding, the rules of evidence are much more relaxed in refugee proceedings. The IRPA specifically states that the Board is not bound to any legal or technical rules of evidence (paragraph 170(g)), and it also permits the Board to take notice of any information or opinion that is within its specialized knowledge (paragraph 170(i)). In the present case, much evidence was proffered by the applicant, none of which was subjected to verification for its authenticity or reliability before being considered by the Board.

[74] The respondent’s witness, Paul Aterman, attests that the role of the RPO and Board member is to seek the truth, and in doing so, they often have to challenge claimants on their evidence or testimony. One of the intervenor’s witnesses, Professor Galloway, acknowledged on cross-examination that Board members have a responsibility to ask pointed or probing

TA4-13810, 13811, 13812) que la Section contre-interroge régulièrement les demandeurs depuis l’établissement de l’ordre inversé des interrogatoires.

[72] À mon avis, le législateur souhaitait que le processus de détermination du statut de réfugié ressemble davantage à une enquête et moins à une procédure judiciaire. La LIPR prévoit que les commissaires sont investis des pouvoirs d’un commissaire nommé aux termes de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, et qu’ils « peuvent prendre les mesures [qu’ils] jugent utiles à la procédure » : article 165. Il n’y a pas, lors des audiences relatives au statut de réfugié, deux parties opposées qui expliquent pourquoi l’asile devrait ou ne devrait pas être accordé au demandeur. Dans un nombre limité de cas, le ministre intervient pour s’opposer à l’examen de la demande d’asile, habituellement pour l’un des motifs d’exclusion (article 1E ou 1F de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, le 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, incorporé à la LIPR par l’article 98). De tels cas peuvent être de nature plus contradictoire.

[73] Il y a également des différences entre les audiences relatives au statut de réfugié devant la Section et les audiences en matière pénale ou civile tenue devant une cour de justice. Par exemple, contrairement à ce qui se passe en matière pénale ou civile, les règles de preuve sont beaucoup plus souples devant la Section. La LIPR prévoit expressément d’ailleurs que la Section n’est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve (alinéa 170g)) et qu’elle peut admettre d’office les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation (alinéa 170i)). En l’espèce, le demandeur a produit une grande quantité d’éléments de preuve qui n’ont pas été vérifiés dans le but d’en établir l’authenticité ou la fiabilité avant d’être examinés par la Section.

[74] Le témoin du défendeur, Paul Aterman, affirme que le rôle de l’APR et du commissaire est de découvrir la vérité et qu’ils doivent souvent, à cette fin, jeter un regard critique sur la preuve ou le témoignage du demandeur. L’un des témoins de l’intervenant, le professeur Galloway, a reconnu au cours de son contre-interrogatoire que les commissaires doivent poser

questions and that he saw asking such “tough questions” as being adversarial. Another of the intervenor’s witnesses, Dr. Payne, also admitted that the problem is with the manner of questioning by an RPO or Board member, not the order of questioning. If the approach is hostile then the vulnerable claimants may experience distress even when their counsel questions them first. The evidence indicates that on several occasions, this Court has indeed intervened when it has found that a Board member has improperly conducted questioning at a hearing: see for example, *Herrera*.

[75] With respect to the first *Baker* factor, notwithstanding the often times aggressive and probing nature of the questioning conducted at hearings before the Board by RPOs and Board members, I would not qualify the administrative refugee determination process provided for by the IRPA as adversarial. However, the nature of the decision calls for the Board to adjudicate issues that impact on the rights of refugee claimants. In this respect, a higher level of procedural protection is warranted.

(2) The role of the particular decision within the statutory scheme

[76] The role of the Board’s decision within the statutory scheme also suggests the need for strong procedural safeguards. According to *Baker* at paragraph 24, the fact that there is no right to appeal suggests that greater procedural protections should be afforded. An appeal to the Refugee Appeal Division is provided for under sections 110-111 of the IRPA; however, those provisions have not come into force. Failed refugee claimants may seek judicial review of a negative decision by the Board if they are able to get leave of the Federal Court to pursue a judicial review. However, as the Federal Court of Appeal noted in *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 195, at paragraph 55, a judicial review may not provide the claimant with the same outcome as an appeal: “the scope of the reviewing judge’s authority may be limited with respect to the substantive issues of the case, and therefore cannot be equated to an

des questions précises ou mener des interrogatoires serrés et qu’il considère qu’un interrogatoire [TRADUCTION] « rigoureux » est accusatoire. Un autre témoin de l’intervenant, le Dr Payne, a également admis que le problème réside dans la manière dont un APR ou un commissaire pose ses questions, et non dans l’ordre dans lequel les interrogatoires se déroulent. Si l’on démontre de l’hostilité à leur égard, il est possible que les demandeurs vulnérables soient perturbés même si c’est leur procureur qui les interroge d’abord. La preuve indique que la Cour est intervenue à plusieurs occasions parce qu’elle considérait que le commissaire n’avait pas mené son interrogatoire de manière appropriée à l’audience : voir, par exemple, *Herrera*.

[75] En ce qui a trait au premier facteur établi dans *Baker*, malgré le caractère souvent musclé et serré des interrogatoires effectués à l’audience devant la Section par l’APR ou le commissaire, je ne qualifierais pas de contradictoire le processus administratif de détermination du statut de réfugié établi par la LIPR. La nature de la décision exige cependant que la Section tranche des questions qui ont une incidence sur les droits des demandeurs d’asile. À cet égard, un degré élevé de protection procédurale est justifié.

2) le rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif

[76] Le rôle que joue la décision au sein du régime législatif semble illustrer également la nécessité de garanties procédurales solides. Il est indiqué au paragraphe 24 de *Baker* que l’absence d’un droit d’appel porte à croire que des protections procédurales plus grandes devraient être accordées. Les articles 110 et 111 de la LIPR régissent les appels à la Section d’appel de l’immigration; ces dispositions ne sont cependant pas encore en vigueur. Les demandeurs d’asile déboutés peuvent demander le contrôle judiciaire de la décision défavorable rendue à leur égard par la Section s’ils peuvent obtenir l’autorisation de la Cour fédérale en ce sens. La Cour d’appel fédérale a toutefois mentionné dans *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 195, au paragraphe 55, que l’issue du contrôle judiciaire peut être différente de celle d’un appel : « la portée de la compétence du juge chargé de ce contrôle peut être restreinte quant au fond

appeal right.”

[77] Failed refugee claimants may also have the opportunity to make a pre-removal risk assessment [PRRA] application: sections 112-115 of the IRPA. However, PRRA applications and refugee protection claims before the Board are different. PRRA applications by failed refugee claimants can only submit “new evidence”—that is, evidence that could not have been adduced to the Board—and an oral hearing is provided in only very limited circumstances. Further, PRRA decisions are made not by an independent administrative tribunal but by officers of Citizenship and Immigration Canada.

[78] The burden of proving a claim for refugee protection rests with the claimant. Often, the hearing before the Board is the only opportunity a refugee claimant will have to convince a decision maker of the well-foundedness of her or his claim. The Board’s decision is also more often than not determinative of the claim for protection. In my view, the nature of the statutory scheme with respect to the Board’s decision therefore warrants a greater degree of procedural protection.

(3) The importance of the decision to the individual affected

[79] Whether a refugee claimant can remain in Canada as a Convention refugee or person in need of protection is potentially of great significance to the individual. The applicant claims that his life and safety are in danger because of threats by the LTTE against him and his family. As the Supreme Court of Canada stated in *Singh*, refugee determination proceedings pertain to life, liberty and security of the person, and as such, section 7 of the Charter is engaged. When such interests are at stake, fairness dictates enhanced procedural safeguards.

de l’affaire et [...], par conséquent, il ne s’agit pas de l’équivalent d’un droit d’appel ».

[77] Les demandeurs d’asile déboutés ont aussi la possibilité de demander qu’un examen des risques avant renvoi [ERAR] soit effectué : articles 112 à 115 de la LIPR. La procédure applicable aux demandes d’ERAR et celle régissant les demandes d’asile sont cependant différentes. Ainsi, un demandeur débouté qui demande un ERAR ne peut présenter que des « éléments de preuve survenus depuis le rejet » de sa demande d’asile—en d’autres termes, des éléments de preuve qui n’avaient pas pu être présentés à la Section—et une audience n’est tenue que dans des circonstances très limitées. De plus, les décisions relatives à un ERAR ne sont pas rendues par un tribunal administratif indépendant, mais par des agents de Citoyenneté et Immigration Canada.

[78] C’est au demandeur qu’il incombe de prouver le bien-fondé de sa demande d’asile. L’audience devant la Section est souvent la seule occasion pour lui de convaincre un décideur du bien-fondé de sa demande. Par ailleurs, la décision de la Section est le plus souvent déterminante en ce qui concerne la demande d’asile. J’estime en conséquence que la nature du régime législatif dans lequel les décisions de la Section s’inscrivent justifie des protections procédurales plus importantes.

3) l’importance de la décision pour la personne visée

[79] Le fait qu’un demandeur d’asile puisse demeurer au Canada en qualité de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger est susceptible d’avoir une grande importance pour lui. Le demandeur prétend en l’espèce que sa vie et sa sécurité sont compromises en raison des menaces proférées par les TLET contre lui et sa famille. Comme la Cour suprême du Canada l’a dit dans *Singh*, le processus de détermination du statut de réfugié touche à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et, de ce fait, l’article 7 de la Charte s’applique. Lorsque ces droits sont en jeu, l’équité exige des garanties procédurales plus importantes.

(4) The legitimate expectations of the person challenging the decision

[80] The Board notified refugee lawyers and the public months in advance that the order of questioning, with the RPO or Board member proceeding first, would be fully implemented as of June 1, 2004: see “IRB News,” Issue 1, at page 3 in Aterman affidavit, Exhibit L-1. There can be no legitimate expectation by claimants that their counsel will begin questioning. Such an argument was not advanced by the applicant in this case.

(5) The choice of procedure made by the agency itself

[81] The final factor in *Baker* is the choice of procedure made by the agency itself. An order of proceeding in refugee hearings is not prescribed in the IRPA or the *Refugee Protection Division Rules*. Parliament afforded the Board the authority to determine the procedure it follows provided that it does not run afoul of principles of natural justice [subsection 162(2) of IRPA]:

162. . . .

(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.

Parliament also equipped the Board with tools to ensure that the requirements of natural justice are met when adjudicating refugee protection claims, including providing for a hearing (paragraph 170(b)), the questioning of witnesses (paragraph 170(e)), the tendering of evidence (paragraph 170(e)), the participation of counsel (section 167), and the giving of reasons (section 169).

[82] The jurisprudence is clear that an administrative tribunal is the master of its own proceedings, and where the enabling legislation is silent on a point of procedure, the tribunal may determine the procedure to be followed: *Prasad v. Canada (Minister of Employment*

4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision

[80] La Section a informé des mois à l’avance le public et les avocats représentant les réfugiés que toutes les règles relatives à l’ordre des interrogatoires—selon lesquelles l’APR ou le commissaire est le premier à poser des questions—seraient en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> juin 2004 : voir *Nouvelles de la CISR*, numéro 1, à la page 3, dans l’affidavit de M. Aterman, pièce L-1. Les demandeurs ne peuvent donc s’attendre légitimement à ce que leur procureur soit le premier à les interroger. Un tel argument n’a pas été avancé par le demandeur en l’espèce.

5) les choix de procédure faits par l’organisme lui-même

[81] Le dernier facteur établi dans *Baker* a trait aux choix de procédure faits par l’organisme lui-même. L’ordre dans lequel les audiences relatives au statut de réfugié doivent se dérouler n’est pas précisé dans la LIPR ou dans les *Règles de la Section de la protection des réfugiés*. Le législateur a conféré à la Section le pouvoir d’établir sa propre procédure, pourvu que celle-ci respecte les principes de justice naturelle :

162. [. . .]

(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.

Le législateur a également donné à la Section des moyens de faire en sorte que les exigences relatives à la justice naturelle soient respectées lorsqu’elle statue sur une demande d’asile, notamment en prévoyant la tenue d’une audience (alinéa 170b)), l’interrogatoire de témoins (alinéa 170e)), la production d’éléments de preuve (alinéa 170e)), la participation d’un conseil (article 167) et l’obligation de motiver les décisions (article 169).

[82] Il ressort clairement de la jurisprudence qu’un tribunal administratif est maître de sa propre procédure et qu’il peut établir la procédure à suivre lorsque sa loi habilitante est silencieuse sur un point : *Prasad c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*,

*and Immigration*), [1989] 1 S.C.R. 560, at pages 568-569; *Southam Inc. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 329 (T.D.), at page 335.

[83] The fifth factor indicates a lesser level of procedural fairness essentially because the Board is the master of its own proceedings. In *Ha*, at paragraph 64, the Federal Court of Appeal wrote: “in determining the content of the duty of fairness the Court must guard against imposing a level of procedural formality that would unduly encumber efficient administration”.

#### (6) Other factors

[84] The intervener submits that because of the unique features of the refugee determination process and of refugee claimants, an “examination-in-chief” is critically important to ensuring that claimants have a meaningful opportunity to present their cases. I have addressed some of its arguments above, and will now consider two other arguments of the intervener and their impact on the duty of fairness owed in the context of refugee determination hearings before the Board.

[85] First, the intervener submits that the PIF is an inadequate substitute for an “examination-in-chief”, and that it does not give claimants an adequate opportunity to present their case. Specifically, the intervener points to the tight timeline for filing a PIF and the fact that amending the PIF may be viewed by the Board adversely with respect to the claimant’s credibility.

[86] Although I agree with the intervener that the PIF may be incomplete in telling the full story of the need for refugee protection, I do not accept that this is sufficient to require that a refugee hearing be conducted with counsel questioning the claimant first. The PIF, although important as it represents the first recitation by a claimant to the Board of the basis of his or her claim for refugee protection, is not the only way in which the claimant’s story is told to the Board. Claimants are also asked to submit documentary evidence in support of their claims, may make further written submissions

[1989] 1 R.C.S. 560, aux pages 568 et 569; *Southam Inc. c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1987] 3 C.F. 329 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 335.

[83] Le cinquième facteur traduit un degré d’équité procédurale moins élevé essentiellement parce que la Section est maître de sa procédure. Dans *Ha*, la Cour d’appel fédérale a écrit au paragraphe 64 : « lorsqu’elle détermine le contenu de l’obligation d’équité, la Cour doit se garder d’imposer un niveau de formalité procédurale qui risque de nuire indûment à une bonne administration ».

#### 6) les autres facteurs

[84] L’intervenant soutient qu’en raison des caractéristiques propres au processus de détermination du statut de réfugié et aux réfugiés, un interrogatoire principal est d’une importance capitale pour que les demandeurs aient une possibilité raisonnable d’exposer leur cause. J’ai précédemment traité de certains de ses arguments. J’en examinerai maintenant deux autres, ainsi que leur incidence sur l’obligation d’équité existant dans le contexte des audiences de la Section relatives au statut de réfugié.

[85] L’intervenant prétend en premier lieu que le FRP ne remplace pas adéquatement l’interrogatoire principal et ne donne pas aux demandeurs une possibilité suffisante d’exposer leur cause. Il souligne tout particulièrement le délai serré dans lequel le FRP doit être déposé et les répercussions défavorables que la modification du FRP peut avoir sur la perception qu’a la Section de la crédibilité du demandeur.

[86] Je suis d’accord avec l’intervenant quand il dit que le FRP peut ne pas expliquer tous les motifs pour lesquels le demandeur souhaite obtenir l’asile. Cela n’est cependant pas suffisant, à mon avis, pour exiger que le demandeur soit d’abord interrogé par son procureur. Le FRP est important parce que le demandeur y décrit pour la première fois le fondement de sa demande d’asile à l’intention de la Section. Il ne s’agit pas cependant de la seule façon dont la Section est mise au courant du récit du demandeur. Celui-ci doit aussi produire des documents au soutien de sa demande; il peut présenter

before the hearing; they also have an opportunity to make oral representations at the hearing, and may have an opportunity to make further written submissions after the hearing. I note that, in the present case, the applicant provided written submissions to the Board in response to the issues identified on the file screening form and that the applicant's counsel made oral submissions at the hearing.

[87] In consequence, in my opinion, any limitations with respect to the PIF are not sufficient to increase the content of the duty of fairness owed to claimants to an extent that would require and dictate that claimants be questioned first by counsel.

[88] Second, the intervener submits that refugee claimants face particular vulnerabilities, including PTSD, anxiety and panic attacks, depression and a general distrust for government agents. These vulnerabilities, argues the intervener, compromise claimants' ability to adequately explain their experiences and as a result they may come off as being evasive, at best, or untruthful, at worst. The intervener relies on the evidence of Dr. Payne who has extensive experience working with refugee claimants. Dr. Payne attests that it is extremely important that the environment at refugee hearings be made as non-threatening as possible for claimants and that aggressive and repeated questioning by government officials only exacerbates claimants' anxiety.

[89] It is uncontradicted that many refugee claimants have experienced severe trauma and that many suffer from PTSD or other psychological difficulties. In fact, Guideline 7 recognizes that in cases involving vulnerable claimants the order of questioning could be changed, in exceptional circumstances, to allow counsel to question first: see paragraph 23. The Board in its training of RPOs and Board members also focuses much attention on the vulnerabilities faced by refugee claimants: see for example, "Questioning Victims of Torture, Sexual Assault and Other Trauma" and "Training Manual on Victims of Torture" in Aterman affidavit, Exhibits P and Q1. As well, the Chairperson of

des prétentions écrites additionnelles avant l'audience. En outre, il a la possibilité de faire des observations de vive voix à l'audience et il peut aussi déposer de nouvelles prétentions écrites après l'audience. Je constate qu'en l'espèce, le demandeur a déposé des observations écrites à l'intention de la Section en réponse aux questions indiquées dans le formulaire d'examen initial et que son procureur a fait des observations de vive voix à l'audience.

[87] En conséquence, j'estime que toute limitation liée au FRP n'est pas suffisante pour élargir le contenu de l'obligation d'équité au point d'exiger que les demandeurs soient interrogés d'abord par leur procureur.

[88] En deuxième lieu, l'intervenant soutient que les demandeurs d'asile sont particulièrement vulnérables parce qu'ils peuvent notamment souffrir du SSPT, avoir des attaques de panique et d'anxiété, être dépressifs et éprouver une méfiance générale à l'égard des représentants de l'État. Selon l'intervenant, les demandeurs sont incapables, pour cette raison, d'expliquer adéquatement les expériences qu'ils ont vécues, de sorte qu'ils peuvent, au mieux, être perçus comme étant évasifs et, au pire, être perçus comme étant menteurs. Il s'appuie à cet égard sur le témoignage du Dr Payne, lequel travaille depuis longtemps avec les demandeurs d'asile. Selon le Dr Payne, il est extrêmement important, lors des audiences relatives au statut de réfugié, que l'environnement soit le moins menaçant possible pour les demandeurs. Les questions agressives et répétées des représentants de l'État ne font qu'exacerber l'anxiété des demandeurs.

[89] Il est admis que de nombreux demandeurs d'asile ont subi des traumatismes graves et souffrent du SSPT ou d'autre troubles psychologiques. En fait, les Directives n° 7 reconnaissent que l'ordre des interrogatoires peut, dans des circonstances exceptionnelles où le demandeur est vulnérable, être modifié pour permettre au procureur d'être le premier à interroger le demandeur : voir le paragraphe 23. Dans la formation destinée aux APR et à ses commissaires, la Section accorde également beaucoup d'importance aux difficultés auxquelles les demandeurs d'asile sont confrontés : voir, par exemple, « Comment interroger une personne qui a été torturée, qui a été agressée

the IRB has issued guidelines to address the vulnerabilities of particular refugee claimants: see *Guidelines Issued by the chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act: Guideline 3: Child Refugee Claimants: Procedural and Evidentiary Issues*, and *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act: Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution* (the Gender Guidelines).

[90] In my opinion, the vulnerability of refugee claimants militates in favour of an increased requirement for procedural protections. However, the fact that many, if not most, refugee claimants are vulnerable and as a result have difficulty testifying effectively, does not necessarily make Guideline 7 unfair. As shown, in the instant case, the applicant does not suggest that he suffers from any psychological problems which would inhibit his testimony before the Board. A refugee claimant's particular vulnerability is therefore a factor to be considered in the circumstances of each case but does not necessarily dictate that the standard order of questioning always be "counsel-first" in order to satisfy procedural fairness requirements and the principles of natural justice.

#### Conclusion

[91] The intervener has provided some evidence pointing to the difficulties refugee claimants face and the benefits to them of "counsel-first" questioning. However, in my view, neither the applicant nor the intervener has established that the principles of natural justice or procedural fairness require that refugee claimants be afforded an "examination-in-chief" in order for the refugee determination process before the Board to be fair. 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,

sexuellement ou qui a subi un autre traumatisme » et « Guide de la Commission concernant les victimes de torture », dans l'affidavit de M. Aterman, pièces P et Q1. En outre, le président de la Commission a donné des directives concernant les demandeurs d'asile particulièrement vulnérables : voir *Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration: Directives n° 3 : Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié : Questions relatives à la preuve et à la procédure*, et *Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration : Directives n° 4: Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe* (les Directives concernant la persécution fondée sur le sexe).

[90] À mon avis, la vulnérabilité des demandeurs d'asile justifie que des protections procédurales plus importantes leur soient accordées. Toutefois, le fait que bon nombre de demandeurs d'asile, si ce n'est la majorité d'entre eux, soient vulnérables et aient en conséquence de la difficulté à témoigner efficacement ne rend pas nécessairement les Directives n° 7 inéquitable. Tel que démontré précédemment, le demandeur en l'espèce ne prétend pas qu'il souffre de problèmes psychologiques qui l'empêcheraient de bien témoigner devant la Section. Aussi, la vulnérabilité particulière d'un demandeur d'asile est un facteur qui doit être pris en compte dans les circonstances de chaque cas, mais qui n'exige pas nécessairement, pour que l'équité procédurale et les principes de justice naturelle soient respectés, que le procureur soit toujours le premier à interroger le demandeur.

#### Conclusion

[91] L'intervenant a produit des éléments de preuve faisant ressortir les difficultés auxquelles les demandeurs d'asile sont confrontés et les avantages qui découlent pour eux du fait d'être interrogés d'abord par leur procureur. À mon avis cependant, ni le demandeur ni l'intervenant n'ont démontré que les principes de justice naturelle ou d'équité procédurale exigent que les demandeurs d'asile aient droit à un interrogatoire principal pour que le processus de détermination du statut de réfugié devant la Section soit équitable. La possibilité, pour le demandeur, de déposer des

and to make oral submissions, in my opinion, satisfies the requirements of the participatory rights required by the duty of fairness in this case.

[92] After considering the factors set out in *Baker* and the further factors submitted by the intervener, I am not persuaded that the principles of natural justice or procedural fairness demand that the applicant's refugee determination hearing be conducted with a particular order of questioning—that is, with counsel for the applicant questioning first—in order to ensure the applicant has a meaningful opportunity to present his case fully and fairly.

(ii) Does Guideline 7 fetter the Board's discretion?

[93] The Court is being asked by the intervener to determine whether the Chairperson's standard order of questioning procedure fetters the discretion of the Board, and whether the Chairperson even has the authority to establish such a procedure through a guideline.

[94] The introduction to Guideline 7 contains in part the following two paragraphs:

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 particularly vulnerable will be treated with special sensitivity.

[95] For ease of reference I reproduce at this juncture the pertinent paragraphs of Guideline 7. Paragraph 19 states that the RPO or Board member will question the claimant first:

19. In a claim for refugee protection, the standard practice will be for the RPO to start questioning the claimant. If there is no

prétentions écrites et de produire une preuve devant la Section, d'avoir une audition à laquelle participe un procureur et de présenter des observations de vive voix satisfait, à mon avis, aux exigences relatives aux droits de participation requis par l'obligation d'équité en l'espèce.

[92] Ayant examiné les facteurs énoncés dans *Baker* et ceux proposés par l'intervenant, je ne suis pas convaincu que les principes de justice naturelle ou d'équité procédurale exigent que les interrogatoires se déroulent dans un ordre particulier—selon lequel le demandeur serait interrogé d'abord par son procureur—lors de l'audience du demandeur pour que ce dernier ait réellement la possibilité d'exposer sa cause complètement et équitablement.

ii) Les Directives n° 7 entravent-elles le pouvoir discrétionnaire de la Section?

[93] L'intervenant demande à la Cour de déterminer si l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président entrave le pouvoir discrétionnaire de la Section et si le président est même habilité à établir une telle procédure dans des directives.

[94] Les deux paragraphes suivants figurent dans l'introduction des Directives n° 7 :

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

[95] Par souci de commodité, je reproduis ci-dessous les paragraphes pertinents des Directives n° 7. Le paragraphe 19 mentionne que le demandeur est d'abord interrogé par l'APR ou le commissaire :

19. Dans toute demande d'asile, c'est généralement l'APR qui commence à interroger le demandeur d'asile. En l'absence

RPO participating in the hearing, the member will begin, followed by counsel for the claimant. 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.

[96] Paragraph 23 states that Board members may vary the order of questioning to allow the claimant's counsel to question the claimant first in exceptional circumstances:

The member may vary the order of questioning in exceptional circumstances. For example, a severely disturbed claimant or a very young child might feel too intimidated by an unfamiliar examiner to be able to understand and properly answer questions. In such circumstances, the member could decide that it would be better for counsel for the claimant to start the questioning. A party who believes that exceptional circumstances exist must make an application to change the order of questioning before the hearing. The application has to be made according to the *RPD Rules*.

[97] The parties are in agreement that the IRB Chairperson has the statutory authority to issue guidelines. However, the intervener submits that the Chairperson's "reverse-order questioning" procedure is not a guideline; it is *de facto* mandatory and as such takes on the status of a rule which is outside the competence of the Chairperson. The intervener argues that by requiring Board members to apply the "reverse-order questioning" guidelines, the Chairperson is fettering the discretion of members. The intervener also argues that by automatically following the guideline, individual Board members are fettering their own discretion. The intervener submits that fettering discretion breaches natural justice and procedural fairness by compromising the independence of the decision maker.

[98] Specifically, the intervener asserts that the language of the Chairperson's "reverse-order questioning" procedure reads as a mandatory requirement, and that paragraph 23 which allows Board members to vary the order of proceeding in "exceptional circumstances" only reinforces the mandatory nature of

d'un APR à l'audience, le commissaire commence l'interrogatoire et est suivi par le conseil du demandeur d'asile. 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.

[96] Le paragraphe 23 indique que les commissaires peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, modifier l'ordre des interrogatoires et permettre au procureur du demandeur d'être le premier à interroger le demandeur :

Le commissaire peut changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles. Par exemple, la présence d'un examinateur inconnu peut intimider un demandeur d'asile très perturbé ou un très jeune enfant au point qu'il n'est pas en mesure de comprendre les questions ni d'y répondre convenablement. Dans de telles circonstances, le commissaire peut décider de permettre au conseil du demandeur de commencer l'interrogatoire. 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. La demande est faite conformément aux *Règles de la SPR*.

[97] Les parties conviennent que la loi confère au président de la Commission le pouvoir de donner des directives. L'intervenant prétend cependant que l'ordre inversé des interrogatoires n'est pas une directive; il s'agit, dans les faits, d'une procédure obligatoire qui, par conséquent, acquiert le statut d'une règle qui excède la compétence du président. Selon l'intervenant, le président entrave le pouvoir discrétionnaire des commissaires en les obligeant à appliquer les directives concernant l'ordre inversé des interrogatoires. L'intervenant soutient également qu'en suivant systématiquement les directives, les commissaires entravent leur propre pouvoir discrétionnaire. Selon lui, il est contraire à la justice naturelle et à l'équité procédurale d'entraver ainsi le pouvoir discrétionnaire parce que cela compromet l'indépendance du décideur.

[98] L'intervenant prétend plus précisément qu'en raison des termes employés par le président l'ordre inversé des interrogatoires est obligatoire et que le paragraphe 23, qui permet aux commissaires de modifier l'ordre des interrogatoires dans des « circonstances exceptionnelles », ne fait que renforcer le caractère

paragraph 19. Further, the intervener submits that there is evidence that the IRB is monitoring compliance and that individual Board members are following the guideline without question. The intervener contends that these are further indications that the Board's discretion is being fettered.

[99] The respondent submits that the Chairperson's standard order of questioning procedure is not binding on Board members. Ultimately, Board members retain discretion with respect to the most appropriate way of proceeding in any given case. In fact, the respondent argues, paragraph 23 explicitly contemplates that members will exercise their discretion to vary the order of questioning where they feel it is appropriate, and have indeed done so in numerous cases.

[100] The respondent argues that the Court has approved the issuance of non-binding guidelines. In support of its contention, the respondent cites *Fouchong v. Canada (Secretary of State)* (1994), 88 F.T.R. 37, where the Federal Court of Canada, Trial Division, upheld the legality of the IRB Chairperson's Gender Guidelines. At paragraph 10 of its reasons, the Court recites the Chairperson's policy on the use of guidelines which provides that guidelines are intended to be followed unless the circumstances of the case are such that a different approach is appropriate.

[101] Finally, the respondent also challenges the intervener's assertion that Board members are pressured to conform with the standard order of questioning procedure. Specifically, the respondent argues that the evidence does not support the assertion by Raoul Boulakia that there is "top down pressure" on Board members who do not follow "reverse-order questioning". The respondent further adds that the decision by Board member Steve Ellis, wherein Guideline 7 was not followed, shows that members have the right to disagree with the guideline.

[102] The *Oxford English Dictionary* defines a guideline as "a line for guiding; a directing or standardizing principle laid down as a guide to procedure, policy, etc.;" (my emphasis). There is no real dispute between the parties on the above definition. It is

obligatoire du paragraphe 19. Il soutient en outre que la preuve démontre que la Commission surveille l'observation des directives et que les commissaires les suivent sans poser de questions. Ces faits montrent également, selon lui, que le pouvoir discrétionnaire de la Section est entravé.

[99] Le défendeur soutient pour sa part que l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président n'est pas contraignant. Les commissaires ont toujours le pouvoir de choisir la meilleure procédure à suivre dans un cas donné. Le défendeur soutient qu'en fait, le paragraphe 23 prévoit explicitement que les commissaires exerceront leur pouvoir discrétionnaire pour modifier l'ordre des interrogatoires lorsqu'ils le jugeront indiqué; ils l'ont d'ailleurs fait dans de nombreux cas.

[100] Le défendeur rappelle que la Cour a approuvé la publication de directives non contraignantes. Ainsi, dans *Fouchong c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] A.C.F. n° 1727 (QL), la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada a confirmé la légalité des Directives concernant la persécution fondée sur le sexe données par le président de la Commission. Au paragraphe 10 de ses motifs, elle expose la politique du président sur l'utilisation des directives, qui prévoit que celles-ci sont censées être suivies, à moins qu'une analyse différente ne convienne dans les circonstances.

[101] Finalement, le défendeur conteste l'affirmation de l'intervenant selon laquelle des pressions sont exercées sur les commissaires pour qu'ils se conforment à l'ordre normalisé des interrogatoires. Il soutient plus précisément que la preuve ne démontre pas que la [TRADUCTION] « direction exerce des pressions » sur les commissaires qui n'appliquent pas l'ordre inversé des interrogatoires, contrairement à ce que Raoul Boulakia prétend. Il ajoute que la décision du commissaire Steve Ellis, qui n'a pas suivi les Directives n° 7, montre que les commissaires ont le droit de ne pas s'y conformer.

[102] L'*Oxford English Dictionary* définit le mot « directive » de la manière suivante : [TRADUCTION] « ligne de conduite; principe énonçant une orientation ou une norme et constituant un guide de procédure, de politique, etc. » (non souligné dans l'original). Les

accepted that guidelines are not legally binding on Board members as they exercise their independent decision-making authority. Indeed, this is acknowledged by the IRB on its website:

While not binding on decision makers, the Guidelines present a recommended approach in examining complex issues of national importance, dealing with emerging issues, or resolving an ambiguity in the law.

[103] Paragraph 159(1)(h) of the IRPA explicitly authorizes the Chairperson of the Immigration and Refugee Board to make and issue guidelines to assist members in carrying out their duties. Such guidelines, however, cannot be mandatory in the sense that they leave little room for the exercise of discretion of each Board member to conduct a full and proper hearing pursuant to their powers conferred by section 165 of the IRPA. Had the Chairperson intended Guideline 7 to have such a mandatory effect, he could have proceeded by implementing a rule under paragraph 161(1)(a) of the IRPA. That provision authorizes the Chairperson to make procedural rules but only with the approval of the Governor in Council. Put differently, the Chairperson is not authorized to make rules which have the force of a statutory instrument in the guise of a guideline.

[104] In the instant case, the intervener argues that had Parliament intended Guideline 7 to have the effect of a rule it would have done so by a statutory instrument such as through the Rules.

[105] The issue, here, lies in determining whether Guideline 7 presents a recommended non-binding approach to Board members regarding the procedure to be followed in the conduct of a hearing before the Board or, as the intervener suggests, whether Guideline 7 serves as a mandatory pronouncement which fetters the discretion of Board members. If found to be the latter, Guideline 7 could then also be said to be elevated to the status of a general rule, unlawful in the circumstances.

[106] At the outset it is useful to consider the state of the jurisprudence on the fettering of discretion. As a

parties s'entendent en gros sur cette définition. Il est reconnu que les directives ne lient pas légalement les commissaires parce qu'ils exercent leur pouvoir de décideur indépendant, comme le reconnaît d'ailleurs la Commission sur son site web :

Bien qu'elles ne soient pas d'application obligatoire, les directives recommandent l'approche à adopter lors de l'examen de questions complexes d'importance nationale, qui comportent des éléments nouveaux ou permettent de régler un point de droit ambigu.

[103] L'alinéa 159(1)h) de la LIPR autorise expressément le président de la Commission à donner des directives afin d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions. Ces directives ne peuvent toutefois pas 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 en vertu de l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés à l'article 165 de la LIPR. Si le président avait voulu que les Directives n° 7 aient un tel effet contraignant, il aurait pu prendre une règle en application de l'alinéa 161(1)a) de la LIPR. Cette disposition autorise le président à prendre des règles de procédure, mais uniquement avec l'agrément du gouverneur en conseil. En d'autres termes, le président n'est pas autorisé à prendre des règles ayant la force d'un texte réglementaire sous la forme de directives.

[104] En l'espèce, l'intervenant prétend que, si le législateur avait voulu donner aux Directives n° 7 l'effet de règles, il l'aurait prévu dans un texte réglementaire, par exemple dans les Règles.

[105] La question ici consiste à déterminer si les Directives n° 7 recommandent aux commissaires une approche non contraignante en ce qui a trait à la procédure à suivre lors des audiences de la Section ou si, comme l'intervenant le laisse entendre, elles ont un effet obligatoire qui entrave le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Si la Cour en arrivait à cette dernière conclusion, on pourrait dire que les Directives n° 7 ont acquis le statut de règles générales, illégales dans les circonstances.

[106] Il est utile, pour commencer, d'examiner l'état de la jurisprudence sur l'entrave au pouvoir discrétion-

general rule, administrative tribunals are considered to be masters in their own house. Absent specific rules laid down by statute or regulation, they control their own procedures provided they comply with the rules of fairness and fundamental justice: *Prassad*.

[107] Whether Guideline 7, a procedural guideline, complies with the rules of fairness will depend on a number of factors, not the least of which is the extent to which the guideline restricts the scope of discretion of independent Board members in carrying out their duties under the IRPA. The extent to which a guideline can lawfully restrict discretion was considered in *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722 (T.D.). Associate Chief Justice Jerome considered what constitutes lawful restrictions on the scope of an immigration officer's discretion in applying specific guidelines in the context of a humanitarian and compassionate application under subsection 114(2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. He found that the guideline at issue unduly fettered the immigration officer's discretion and found it to be unlawful. However, the learned Judge went on to recognize that guidelines would be permissible so long as they were clearly intended to be a statement of "general policy" or "rough rules of thumb" and not an exhaustive definition, binding on immigration officers. In considering this issue, the learned Judge made the following observations at pages 738-739 of his decision, which I find to be particularly applicable to the instant case:

The general position of Canadian courts on the structuring of discretion has been articulated in Professor J. M. Evans' *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, Fourth edition, where he states, at page 312:

. . . a factor that may properly be taken into account in exercising a discretion may become an unlawful fetter upon discretion if it is elevated to the status of a general rule that results in the pursuit of consistency at the expense of the merits of individual cases.

The importance of flexibility in the adoption of policy or guidelines as a means of structuring discretion is highlighted by D. P. Jones and A. S. de Villars in *Principles of*

naire. En règle générale, on considère que les tribunaux administratifs sont maîtres chez eux. En l'absence de règles précises établies par une loi ou un règlement, ils fixent leur propre procédure, à la condition de respecter les règles d'équité et de justice fondamentale : *Prassad*.

[107] La question de savoir si les Directives n° 7, qui touchent la procédure, sont conformes aux règles d'équité dépend de plusieurs facteurs, dont le moindre n'est pas la mesure dans laquelle les directives limitent l'exécution des fonctions que la LIPR confie aux commissaires. La mesure dans laquelle des directives peuvent légalement restreindre un pouvoir discrétionnaire a été étudiée dans *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722 (1<sup>re</sup> inst.). Le juge en chef adjoint Jerome a examiné ce qui constitue des restrictions légales du pouvoir discrétionnaire d'un agent d'immigration en ce qui a trait à l'application de directives particulières dans le contexte d'une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire et visée au paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. Il a conclu que les directives en cause dans cette affaire entravaient indûment le pouvoir discrétionnaire de l'agent d'immigration et les a jugées illégales. Il a cependant reconnu que les directives pourraient être permises si elles visaient clairement à énoncer une « politique générale » ou des « règles empiriques grossières », et non une définition exhaustive à caractère obligatoire pour les agents d'immigration. Le juge a fait les remarques suivantes au sujet de cette question aux pages 738 et 739 de sa décision, remarques qui me semblent particulièrement pertinentes en l'espèce :

La position générale des tribunaux canadiens sur la structuration du pouvoir discrétionnaire a été clairement énoncée par le professeur J. M. Evans dans son ouvrage *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4<sup>e</sup> édition, où il s'exprime en ces termes à la page 312 :

[TRADUCTION] [. . .] un facteur qui peut à juste titre entrer en ligne de compte dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire peut constituer une entrave illicite à l'exercice de ce pouvoir s'il est érigé en règle générale, ce qui aboutit à la recherche de l'uniformité au détriment du bien-fondé des cas particuliers.

L'importance de la flexibilité dans l'adoption d'une politique ou de lignes directrices en tant que moyen de structurer le pouvoir discrétionnaire est mise en lumière par D. P. Jones et

*Administrative Law*, where the difference between “general” and “inflexible” policy is described at page 137:

... the existence of discretion implies the absence of a rule dictating the result in each case; the essence of discretion is that it can be exercised differently in different cases. Each case must be looked at individually, on its own merits. Anything, therefore, which requires a delegate to exercise his discretion in a particular way may illegally limit the ambit of his power. A delegate who thus fetters his discretion commits a jurisdictional error which is capable of judicial review.

On the other hand, it would be incorrect to assert that a delegate cannot adopt a general policy. Any administrator faced with a large volume of discretionary decisions is practically bound to adopt rough rules of thumb. This practice is legally acceptable, provided each case is individually considered on its merits. [My emphasis.]

[108] These same principles were applied by Mr. Justice Strayer in *Vidal v. Canada* (1991), 49 Admin. L.R. 118 (F.C.T.D.). He recognized that guidelines were not only permissible but in certain circumstances, highly desirable in order to promote “some sort of consistency throughout the country” in term of how discretion is exercised. He went on to find that, in the circumstances however, an immigration officer was not entitled to reject the case simply because it was not covered by the guidelines. At page 136 of his decision he wrote:

Following the principles laid down by Jerome A.C.J. in the *Yhap* case, I can only reiterate that the guidelines must be regarded as stating a “general policy” or “rough rules of thumb” but cannot validly be treated as providing an exhaustive definition of the circumstances in which humanitarian and compassionate considerations can be found.

[109] In *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104, the Ontario Court of Appeal held that an administrative tribunal can use non-statutory instruments, such as guidelines, to

A. S. de Villars dans leur ouvrage *Principles of Administrative Law*, où, à la page 137, il est question de politique « générale » et « inflexible » :

[TRADUCTION] [...] l'existence du pouvoir discrétionnaire implique l'absence d'une règle dictant le résultat dans chaque cas; le pouvoir discrétionnaire réside essentiellement dans le fait que son exercice varie selon les cas. Et chaque cas est un cas d'espèce. En conséquence, tout ce qui exige d'un délégué qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire d'une manière particulière peut illégalement restreindre la portée de son pouvoir. Un délégué qui entrave ainsi son pouvoir discrétionnaire excède sa compétence et peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

D'autre part, c'est une erreur de dire qu'un délégué ne saurait adopter un principe général. Tout administrateur qui doit prendre un grand nombre de décisions discrétionnaires est pratiquement obligé d'adopter des règles empiriques grossières. Cette pratique est légalement acceptable pourvu que chaque cas soit examiné comme un cas d'espèce. [Non souligné dans l'original.]

[108] Les mêmes principes ont été appliqués dans *Vidal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 63 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), où le juge Strayer a reconnu que les directives n'étaient pas seulement permises, mais également fortement souhaitables dans certaines circonstances pour assurer une « certaine cohérence dans tout le pays » en ce qui concerne la façon dont le pouvoir discrétionnaire est exercé. Il a ajouté que, dans les circonstances cependant, un agent d'immigration n'avait pas le droit de rejeter l'affaire uniquement parce que celle-ci n'était pas visée par les directives. Il a écrit à la page 11 de sa décision :

Suivant les principes posés par le juge en chef adjoint Jérôme dans la décision *Yhap*, je ne puis que réitérer que les lignes directrices doivent être considérées comme établissant une « principe général » ou des « règles empiriques grossières », mais ne peuvent pas être valablement traitées comme une source de définition exhaustive des circonstances dans lesquelles on peut conclure à l'existence de raisons d'ordre humanitaire.

[109] Dans *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104, la Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'un tribunal administratif peut se servir de textes non réglementaires,

fulfil its mandate, but that there are limits on the use of those instruments. Specifically, the Court stated that:

- (1) a non-statutory instrument can have no effect in the face of a contradictory statutory provision or regulation;
- (2) a non-statutory instrument cannot pre-empt the exercise of a regulator's discretion in a particular case;
- (3) a non-statutory instrument cannot impose mandatory requirements enforceable by sanction; that is, the regulator cannot issue *de facto* laws disguised as guidelines.

[110] The Federal Court of Appeal in *Ha*, found that *Ainsley* offered guidance on how to determine whether a policy is or is not mandatory. In *Ha* the Court dealt with a policy that prohibited applicants from attending visa officer interviews with their counsel. The Court found that, since the policy permitted no consideration of individual circumstances, it fettered the officer's discretion. At paragraph 71 of its reasons, the Court wrote:

While administrative decision-makers may validly adopt guidelines to assist them in exercising their discretion, they are not free to adopt mandatory policies that leave no room for the exercise of discretion. In each case, the visa officer must consider the particular facts.

[111] The above jurisprudence establishes that guidelines can be important instruments, permissible and even desirable when they are crafted to assist or guide decision makers in the exercise of their discretion. However, a guideline "may become an unlawful fetter upon discretion if it is elevated to the status of a general rule that results in the pursuit of consistency at the expense of the merits of individual cases" (from Professor J. M. Evans' *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th edition, 1980, at page 312; cited by Jerome A.C.J. in *Yhap*, at page 738).

comme des directives, pour remplir son mandat, mais qu'il y a des limites à l'utilisation de ce genre de textes. La Cour a dit plus précisément :

- 1) qu'un texte non réglementaire peut n'avoir aucun effet s'il est contraire à une disposition législative ou réglementaire;
- 2) qu'un texte non réglementaire ne peut empêcher l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un organisme de réglementation dans un cas donné;
- 3) qu'un texte non réglementaire ne peut imposer des exigences obligatoires et prévoir que leur non-respect entraîne des sanctions; en d'autres termes, l'organisme de réglementation ne peut adopter des directives qui sont en réalité des règles.

[110] Dans *Ha*, la Cour d'appel fédérale a indiqué que l'arrêt *Ainsley* donnait des indications au sujet de la manière de déterminer si une politique est contraignante ou non. La Cour d'appel fédérale devait se pencher, dans *Ha*, sur une politique qui interdisait aux demandeurs d'assister avec leur procureur aux entrevues des agents des visas. La Cour a conclu que, comme la politique ne permettait pas de tenir compte des circonstances particulières, elle entravait le pouvoir discrétionnaire de l'agent. Elle a écrit au paragraphe 71 de ses motifs :

Bien que les décideurs administratifs puissent valablement adopter des lignes directrices pour les aider dans l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires, ils n'ont pas la liberté d'adopter des politiques obligatoires ne laissant aucune place à cet exercice. Dans chaque cas, l'agent des visas doit examiner les faits particuliers.

[111] Il ressort de la jurisprudence ci-dessus que les directives peuvent constituer des outils importants et qu'elles sont permises et même souhaitables si elles ont pour but d'aider ou de guider les décideurs dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Toutefois, une directive [TRADUCTION] « peut constituer une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire si elle est érigée en règle générale, ce qui aboutit à la recherche de l'uniformité au détriment du bien-fondé des cas particuliers » (professeur J. M. Evans, *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4<sup>e</sup>

[112] Guideline 7, unlike guidelines that deal with general policy considerations applicable to substantive decisions, deals essentially with procedure in the conduct of the hearing. As I have determined earlier in these reasons, the guideline, as drafted, does not inherently violate the principles of natural justice or procedural fairness. The guideline may nevertheless be unlawful if it can be shown to fetter the discretion of a Board member. Whether Guideline 7 fetters the discretion of Board members, will depend on whether the Chairperson's standard order of questioning procedure crosses "the Rubicon between a non-mandatory guideline and a mandatory pronouncement having the same effect as a statutory instrument": *Ainsley*, at page 109.

[113] The trial Court in *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1993), 14 O.R. (3d) 280 (Gen. Div.), concluded that the policy statement at issue was actually a set of binding Ontario Securities Commission rules for "penny stock" traders. The Court found the policy statement to be mandatory and regulatory in nature based on three factors:

- (1) the language of the policy
- (2) the practical effect of failing to comply with the policy
- (3) the evidence with respect to the expectations of the Commission and staff regarding the implementation of the policy

[114] In my view, these factors provide a useful framework within which to conduct my analysis on this issue. I will consequently consider the evidence adduced and the arguments advanced by the parties in relation to these factors.

édition, 1980, à la page 312, cité par le juge en chef adjoint Jerome dans *Yhap*, à la page 738).

[112] Contrairement aux directives qui traitent de considérations de politique générale applicables aux décisions de fond, les Directives n° 7 ont trait essentiellement à la procédure à suivre lors des audiences. Comme je l'ai indiqué précédemment dans les présents motifs, les directives, telles qu'elles sont formulées, ne contreviennent pas par elles-mêmes aux principes de justice naturelle ou d'équité procédurale. Elles peuvent néanmoins être illégales si l'on peut démontrer qu'elles entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Pour savoir si les Directives n° 7 entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires, il faut déterminer si l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président franchit [TRADUCTION] « le Rubicon qui sépare les directives non obligatoires des déclarations obligatoires ayant le même effet qu'un texte réglementaire » : *Ainsley*, à la page 109.

[113] Le juge de première instance avait conclu, dans *Ainsley Financial Corp. c. Ontario Securities Commission* (1993), 14 O.R. (3d) 280 (Div. gén.), que l'énoncé de politique en cause était en fait un ensemble de règles contraignantes établies par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario à l'intention des spéculateurs intéressés par les « actions cotées en cents ». La Cour a considéré que l'énoncé de politique était obligatoire et de nature réglementaire en raison des trois facteurs suivants :

- 1) le libellé de la politique;
- 2) les conséquences pratiques du non-respect de la politique;
- 3) la preuve relative aux attentes de la Commission et de son personnel au regard de l'application de la politique.

[114] À mon avis, ces facteurs constituent des paramètres utiles à l'intérieur desquels j'analyserai cette question. J'examinerai donc la preuve produite et les arguments avancés par les parties relativement à ces facteurs.

[115] In *Ainsley*, the trial Court found that the policy at issue provided that in certain circumstances the contemplated business practices “need not be adopted,” which implied that, save for the exceptions the business practices must be adopted. The Court held that this language indicates a mandatory requirement and not a general policy statement.

[116] The Ontario Court of Appeal in *Ainsley* subsequently provided some guidance in determining whether the language of a guideline points to a mandatory rule. At page 110 of its reasons the Court stated:

There is no bright line which always separates a guideline from a mandatory provision having the effect of law. At the centre of the regulatory continuum one shades into the other. Nor is the language of the particular instrument determinative. There is no magic to the use of the word “guideline”, just as no definitive conclusion can be drawn from the use of the word “regulate”. An examination of the language of the instrument is but a part, albeit an important part, of the characterization process. In analyzing the language of the instrument, the focus must be on the thrust of the language considered in its entirety and not on isolated words or passages.

[117] At the outset I think it useful to acknowledge that the order of questioning a claimant in the context of a refugee hearing, while not a vested right, can be an important factor. By providing for a claimant to be questioned first by his or her counsel, in certain exceptional circumstances, the drafters of Guideline 7 have, by implication, recognized that such a change of the order of questioning of the claimant, in those exceptional circumstances, may be necessary to comply with the rules of fairness. At the very least there is inherent recognition in the guidelines, that reverting to allowing claimants to be questioned first by their counsel, in “exceptional circumstances”, would better serve the claimants in discharging their onus to establish their claim. This view finds support in the uncontroverted evidence of Dr. Donald Payne. He summarizes his evidence as follows:

[115] Dans *Ainsley*, le juge de première instance avait conclu que la politique en cause dans cette affaire prévoyait que les pratiques commerciales envisagées [TRADUCTION] « n’ont pas à être adoptées » dans certains cas, ce qui impliquait qu’elles devaient être adoptées sauf dans les cas visés par les exceptions. La Cour avait statué que ce libellé traduisait une obligation et non une politique générale.

[116] La Cour d’appel de l’Ontario a donné ensuite, dans *Ainsley*, des précisions utiles pour déterminer si une directive est une règle obligatoire en raison de son libellé. Elle a indiqué à la page 110 de sa décision :

[TRADUCTION] Il n’y a pas toujours de ligne claire qui sépare une ligne directrice d’une prescription obligatoire ayant l’effet d’une disposition législative. Au centre de l’univers réglementaire, ces deux réalités se confondent. La terminologie du texte en cause ne permet pas non plus de trancher la question. L’utilisation du terme « ligne directrice » n’a rien de magique, et on ne peut non plus tirer une conclusion définitive de l’utilisation du terme « réglementer ». Bien qu’important, l’examen de la terminologie d’un texte n’est qu’une partie du processus visant à en déterminer la portée. En analysant la terminologie d’un texte, il faut toujours la replacer dans son contexte et non en isoler certains termes ou passages.

[117] D’entrée de jeu, je pense qu’il est utile de reconnaître que l’ordre dans lequel un demandeur doit être interrogé au cours de l’audition de sa demande d’asile peut être un facteur important, bien qu’il ne s’agisse pas d’un droit acquis. En prévoyant qu’un demandeur peut être interrogé d’abord par son procureur dans certaines circonstances exceptionnelles, les auteurs des Directives n° 7 ont reconnu implicitement qu’il peut être nécessaire de changer l’ordre des interrogatoires dans ces circonstances exceptionnelles pour que les règles d’équité soient respectées. Les directives reconnaissent à tout le moins de manière inhérente que le fait que le demandeur soit interrogé d’abord par son procureur dans des « circonstances exceptionnelles » pourrait l’aider à mieux exposer sa cause. Le témoignage non contesté du Dr Payne va dans le même sens. Le Dr Payne résume son témoignage de la manière suivante :

## [TRADUCTION]

34. It is my opinion that, because of their psychological disturbances resulting from past mistreatment, it is unrealistic to expect that many refugee claimants will be able to make a full and accurate statement of their experiences if, at their refugee hearing, they are questioned first by a Refugee Protection Officer or a Board Member. Many claimants will minimize their experiences due to the distress caused by recalling them. Many claimants will also have great difficulty trusting both the Refugee Protection Officer and the Board Member, since both are agents of the state and neither [is] concerned exclusively with their best interests. If questioned first by individuals who they perceive may be hostile to their claim, claimants may say inaccurate, incomplete or contradictory things as a result of their anxiety and confusion. Furthermore, they may not be able to recover over the course of the hearing from the initial questioning by the Refugee Protection Officer or the Board Member.
35. This being the case, it is my opinion that to have refugee claimants questioned first by the Refugee Protection Officer or by the Board member will prevent many claimants from effectively testifying on their own behalf.
36. Conversely, it is my opinion that having refugee claimants questioned first by their Counsel, a non-government agent whose role it is to represent claimants' interests, who the claimants have previously met and have grown to trust, is more likely to promote effective testimony from refugee claimants who have been subject to persecution.
34. Je suis d'avis que, en raison des troubles psychologiques résultant des mauvais traitements qu'ils ont subis dans le passé, il n'est pas réaliste d'attendre de nombreux demandeurs d'asile qu'il soient en mesure de relater fidèlement toutes leurs expériences si, à l'audience, ils sont interrogés d'abord par l'agent de protection des réfugiés ou le commissaire. Bon nombre de demandeurs minimiseront les expériences qu'ils ont vécues à cause de la détresse qu'ils ressentent en se les rappelant. De nombreux demandeurs auront également beaucoup de difficulté à faire confiance à l'agent de protection des réfugiés et au commissaire parce que ces personnes sont des représentants de l'État qui ne sont pas préoccupés uniquement par leur intérêt supérieur. S'ils sont interrogés en premier par des personnes qui, à leurs yeux, peuvent être hostiles à leur demande, les demandeurs pourraient dire des choses inexactes, incomplètes ou contradictoires à cause de leur anxiété et de leur confusion. En outre, ils pourraient ne pas se remettre avant la fin de l'audience de l'interrogatoire initial de l'agent de protection des réfugiés ou du commissaire.
35. Par conséquent, j'estime que le fait d'être interrogés d'abord par l'agent de protection des réfugiés ou par le commissaire empêchera un grand nombre de demandeurs de témoigner efficacement pour leur propre compte.
36. J'estime également, par contre, que si les demandeurs d'asile sont interrogés d'abord par leur procureur, une personne qui n'est pas un représentant de l'État, qu'ils connaissent déjà, à qui ils font confiance et dont le rôle est de défendre leurs intérêts, les témoignages des demandeurs d'asile qui ont été persécutés seront probablement plus efficaces.

[118] The drafters of Guideline 7 have also, by implication, recognized the importance of the order of examination in other provisions of Guideline 7; for instance, in cases where the onus is on the Minister to establish a basis to exclude a claimant. In such circumstances, paragraph 21 of Guideline 7 provides that the Minister is to proceed first, without exception. Quite apart from the argument that could be made in respect to the fairness of having a different order of questioning when the onus of proof is on the claimant, it is telling that the drafters of Guideline 7 have obviously recognized the significance of the order of examination of claimants in refugee proceedings in certain circumstances.

[118] Les auteurs des Directives n° 7 ont également reconnu implicitement l'importance de l'ordre des interrogatoires dans les autres paragraphes de ces directives. Par exemple, le paragraphe 21 prévoit que le ministre est le premier à interroger le demandeur dans tous les cas où il lui incombe de prouver que ce dernier est exclu. Outre l'argument qui pourrait être avancé relativement à la question de savoir s'il est équitable d'avoir un ordre des interrogatoires différent lorsque le fardeau de la preuve repose sur le demandeur, il est révélateur que les auteurs des Directives n° 7 aient visiblement reconnu l'importance de l'ordre dans lequel les demandeurs d'asile sont interrogés dans certaines circonstances.

[119] I now turn to the language of Guideline 7. Viewed in its entirety, the language of Guideline 7 leaves little doubt that the thrust of the guideline indicates to Board members a mandatory process rather than a recommended but optional process. The language of Guideline 7—and not just the standard order of questioning procedure contained in paragraph 19 of the guideline—is imperative. 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. The respondent contends that paragraph 23 of the guideline provides that the Board member has discretion to change the order of questioning in exceptional circumstances. The intervenor submits that the existence of “exceptional circumstances” in paragraph 23 only reinforces the mandatory nature of the standard order of questioning. The language of paragraph 23 does provide that in “such circumstances” a Board member may vary the order of questioning. In my view, paragraph 23 establishes a high threshold as to the nature of the “exceptional circumstance”. In the examples used in paragraph 23, the claimant must be “severely” disturbed and the child must be “very” young for an exception to apply. The paragraph goes on to state that it is in “such circumstances” that an exception “could” be made. By using such language, the guideline appears to limit the member’s discretion to only those “exceptional circumstances” contemplated in paragraph 23. It may be argued that the examples offered in paragraph 23 are just that, “examples”. However, in my view, these examples restrict the sort of circumstances that may warrant an exception. 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

[119] Examinons maintenant le libellé des Directives n° 7. Considéré dans son ensemble, ce libellé laisse peu de doute quant au fait que les directives ne recommandent pas un processus facultatif, mais établissent un processus obligatoire. Le libellé des Directives n° 7—et pas seulement l’ordre normalisé des interrogatoires décrit au paragraphe 19—est impératif. Le paragraphe 19 prévoit que ce sera normalement l’APR qui commencera et, en l’absence d’un APR, le commissaire. Le défendeur fait valoir que le paragraphe 23 des directives permet au commissaire de changer l’ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles. L’intervenant répond que la mention de « circonstances exceptionnelles » au paragraphe 23 ne fait que renforcer la nature obligatoire de l’ordre normalisé des interrogatoires. Le paragraphe 23 prévoit que, dans de « telles circonstances », le commissaire peut changer l’ordre des interrogatoires. À mon avis, le paragraphe 23 fixe une norme rigoureuse quant à la nature des « circonstances exceptionnelles ». Il ressort des exemples qui y sont donnés qu’il faut que le demandeur d’asile soit « très » perturbé ou que l’enfant soit « très » jeune pour qu’une exception s’applique. Le paragraphe prévoit ensuite que c’est dans de « telles circonstances » qu’une exception « peut » s’appliquer. Les directives semblent ainsi limiter le pouvoir discrétionnaire du commissaire aux seules « circonstances exceptionnelles » envisagées par le paragraphe 23. On pourrait prétendre que les exemples donnés au paragraphe 23 ne sont que cela—des « exemples ». À mon avis cependant, ces exemples limitent le type de circonstances pouvant justifier une exception. 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 le commissaire 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

fetter the member's discretion.

[120] Guideline 7 could have been drafted using clear language indicating that the guideline was not mandatory and that the member was free to determine the order of questioning based on the particular facts of the case in the exercise of discretion. In my view, even a liberal and generous reading of Guideline 7 falls short of such an interpretation. Given the imperative language of Guideline 7, I am also of the view that it is not saved by its introductory paragraphs, which also refer to "exceptional circumstances" and "particularly vulnerable" claimants.

[121] Further, there is an expectation from those responsible for the good administration of the IRB, that the guideline be followed unless the member justifies not doing so within the parameters of exceptions contemplated in the guideline. The testimony of Paul Aterman confirms that this is indeed the position of the IRB. On cross-examination he stated:

The position of the board has been that if a guideline is issued by the chairperson of the board, then members are expected to follow it in appropriate circumstances or they have to indicate in their view why the guideline is not being followed.

[122] There is evidence on the record to support the intervenor's contention that Guideline 7 appears to have been issued with the presumption that Board members will universally conform to it. The evidence of Professor James Donald Galloway, formerly a Board member, supports this contention. At paragraph 38 of his affidavit Professor Galloway attests as follows:

38. As a Board Member, I would not have interpreted the above direction from the IRB administration as leaving me with the discretion to determine if it were appropriate to follow the Guideline on a case by case basis. Paragraphs 19 and 23 of Guideline 7 appear to have been issued with the intent, or the presumption that the Board Members will universally conform to them. I say this

un tel cas, d'entraver le pouvoir discrétionnaire du commissaire.

[120] Le libellé des Directives n° 7 aurait pu indiquer clairement que celles-ci ne sont pas obligatoires et que les commissaires sont libres d'exercer leur pouvoir discrétionnaire et de décider de l'ordre des interrogatoires en tenant compte des faits particuliers de chaque affaire. Or, il est impossible d'attribuer ce sens aux directives, même en leur donnant une interprétation libérale et généreuse. Je suis également d'avis que, compte tenu de son libellé contraignant, les Directives n° 7 ne peuvent être sauvegardées par leurs paragraphes introductifs, où il est également question de « circonstances exceptionnelles » et de demandeurs d'asile « particulièrement vulnérables ».

[121] En outre, les personnes chargées de la bonne administration de la Commission s'attendent à ce que les directives soient suivies, à moins que les commissaires expliquent pourquoi il s'en écartent à l'intérieur des paramètres des exceptions qui y sont prévues. Le témoignage de Paul Aterman confirme que la Commission a bien adopté cette position. Il a déclaré lors de son contre-interrogatoire :

[TRADUCTION] La position de la Section est la suivante : les commissaires doivent se conformer aux directives données par le président dans les circonstances appropriées ou expliquer pourquoi ils ne le font pas.

[122] Le dossier renferme des éléments de preuve étayant la prétention de l'intervenant selon laquelle le président semble avoir présumé, lorsqu'il a donné les Directives n° 7, que les commissaires s'y conformeraient toujours. Le témoignage du professeur James Donald Galloway, un ancien commissaire, va dans le même sens. Le professeur Galloway affirme au paragraphe 38 de son affidavit :

[TRADUCTION]

38. En tant que commissaire, je n'aurais pas considéré que les instructions dont il est question ci-dessus, qui émanaient de la direction de la Commission, me permettaient de déterminer s'il convenait de suivre les Directives n° 7 dans un cas donné. Le président semble avoir adopté les paragraphes 19 et 23 de ces directives avec l'idée que les commissaires s'y conformeraient dans

because Board Members are instructed that the “*standard*” practice, from henceforth “*will be*” for either the RPO or the Board member to proceed first. Furthermore, although an exceptional circumstances provision in theory exists, only an extremely narrow range of exceptions is provided for. Thus, waiving the standard procedure appears acceptable not for a child, not even for a young child, but only for a *very young child*. Similarly, waiver is acceptable not for a disturbed claimant, but for a *severely disturbed claimant*.

[123] Professor Galloway also attests that there is a significant difference between offering guidelines to be employed in appropriate cases and saying that a guideline shall apply except in exceptional cases. At paragraphs 40-41 of his affidavit, he states:

40. In the former case, it will [be] up to the Board Member to decide whether the Guideline should be applied. There is no presumption one way or another. Rather, the issue must be determined on a case by case basis, taking into account all relevant factors. A good example of such guidelines are the Board’s *Gender Guidelines*. Clearly the *Gender Guidelines* do not fetter the discretion of individual Board members. They merely provide an analytical framework to assist members in conceptualizing gender based claims.
41. In the case of Guideline 7, however, the guidelines presumptively apply unless the case is shown to be extremely exceptional. The Guideline’s restrictive demand for a standard mode of proceeding is inconsistent with the exercise of discretion. It deters the decision maker from considering all of the relevant factors and deciding on balance what manner of proceeding is appropriate by requiring that special reasons be provided for straying from the norm. It is, of course, always important to remember that these Guidelines are not legislation, nor are they even regulation. Because they do not have the same status as legislation, or regulation, the manner in which Guideline 7 is being implemented is thus, in my opinion, an inappropriate fettering of the discretion of Board Members.

tous les cas, ou avec la présomption qu’il en serait ainsi. J’arrive à cette conclusion parce que l’on a dit aux commissaires que c’est « généralement » l’APR ou le commissaire qui commence l’interrogatoire. En outre, même si une disposition sur les circonstances exceptionnelles existe en théorie, il n’y a que très peu d’exceptions qui sont prévues. Ainsi, s’écarter de la procédure habituelle ne semble pas acceptable dans le cas d’un enfant, ni même d’un jeune enfant, mais uniquement dans le cas d’un *très jeune enfant*. De même, il ne convient pas de ne pas appliquer la procédure habituelle dans le cas d’un demandeur perturbé, mais uniquement dans le cas d’un *demandeur très perturbé*.

[123] Le professeur Galloway affirme également qu’il y a une différence importante entre le fait de donner des directives devant être appliquées dans les circonstances appropriées et le fait de dire que des directives doivent s’appliquer sauf dans les cas exceptionnels. Il déclare aux paragraphes 40 et 41 de son affidavit :

[TRADUCTION]

40. Dans le premier cas, il appartiendra au commissaire de décider si les directives devraient être appliquées. Il n’existe aucune présomption à cet égard. En fait, la question doit être décidée au cas par cas, en tenant compte de tous les facteurs pertinents. Les Directives concernant la persécution fondée sur le sexe sont un bon exemple de directives de ce genre. Il ne fait aucun doute que ces directives n’entravent pas le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Elles mettent simplement en place un cadre d’analyse pour aider les commissaires à conceptualiser les demandes fondées sur le sexe.
41. Les Directives n° 7, par contre, sont présumées s’appliquer, sauf si l’on démontre que le cas est extrêmement exceptionnel. L’obligation de suivre une procédure normalisée va à l’encontre de l’exercice du pouvoir discrétionnaire. Elle dissuade le décideur de tenir compte de tous les facteurs pertinents et de décider de quelle manière il convient de procéder en l’obligeant à expliquer pourquoi il s’écarte de la norme. Il est évidemment important de se rappeler que ces directives ne sont pas un texte de loi, ni même un règlement. Étant donné qu’elles n’ont pas le même statut qu’une loi ou qu’un règlement, la façon dont elles sont appliquées constitue, à mon avis, une entrave inappropriée au pouvoir discrétionnaire des commissaires.

[124] The intervener also argues that Board members are remarkably loyal to the Board and respectful of the Chairperson and his policies, and as a result would defer to the strong mandatory language of the guideline. Further it is argued that since the vast majority of members are not lawyers, they lack the confidence to make procedural determinations and will often defer to the guideline in assessing the appropriate choice of procedure. The evidence of Professor Galloway, at paragraphs 42 and 43 of his affidavit, essentially attest to the above circumstances and supports the intervener's argument.

[125] There is further evidence, adduced through the affidavit of Raoul Boulakia, indicating that certain Board members feel they have to follow the guideline. The presiding Board member during the hearing in the *Baskaran* case, stated in response to an objection to the standard-order questioning procedure (Boulakia's affidavit, exhibit B.):

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....

[126] In response, the respondent points to cases where Board members have indeed disagreed with and not applied the guideline. The respondent argues that this supports its contention that Guideline 7 is not binding on Board members. One such case is the above-mentioned decision of Board member Steve Ellis, which forms part of the record before this Court. The member strongly criticizes Guideline 7, particularly with respect to its fettering of Board members' discretion. Board member Ellis wrote that members are "strongly urged" to follow a decision rendered by the Board in *Re R.K.N.*, where it was decided that the guideline did not violate natural justice. The Board in this case, as noted above, cited from the Board's decision in *R.K.N.* in its reasons.

[127] The intervener also argues that there is evidence of "top down pressure" on Board members to follow the standard order questioning procedure and of the threat of sanctions for non compliance with Guideline 7.

[124] L'intervenant soutient en outre que les commissaires sont remarquablement loyaux à l'égard de la Section et respectueux envers le président et ses politiques, de sorte qu'ils se soumettraient au libellé fortement contraignant des directives. Il soutient de plus que, comme la grande majorité des commissaires ne sont pas des avocats, ils n'ont pas la confiance nécessaire pour décider de la procédure appropriée et s'en remettent souvent aux directives à cet égard. Le professeur Galloway confirme essentiellement ces faits aux paragraphes 42 et 43 de son affidavit et appuie l'argument de l'intervenant.

[125] Selon l'affidavit de Raoul Boulakia, certains commissaires se sentent obligés de se conformer aux directives. Le commissaire qui a présidé l'audience dans l'affaire *Baskaran* a répondu ce qui suit à une objection visant l'ordre normalisé des interrogatoires (affidavit de M. Boulakia, pièce B) :

[TRADUCTION] On nous a dit que nous devons vous interroger d'abord, après quoi votre procureur vous posera des questions. C'est la procédure que nous devons suivre [...]

[126] En réponse, le défendeur rappelle des affaires où les commissaires n'ont pas appliqué les directives parce qu'ils ne les approuvaient pas. Selon lui, cela démontre que les Directives n° 7 ne sont pas contraignantes. L'un de ces commissaires est Steve Ellis. Dans une affaire faisant partie du dossier déposé à la Cour, ce dernier critique vivement les Directives n° 7, en particulier parce qu'elles entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Le commissaire Ellis a écrit que les commissaires [TRADUCTION] « sont fortement encouragés » à se conformer à la décision rendue par la Section dans *Re R.K.N.*, où il a été décidé que les directives ne contrevenaient pas à la justice naturelle. Comme il a été indiqué précédemment, la Section a cité, dans ses motifs concernant la présente affaire, des extraits de la décision qu'elle a rendue dans *R.K.N.*

[127] L'intervenant soutient en outre que la preuve démontre que des pressions sont exercées par la direction de la Commission sur les commissaires pour qu'ils suivent l'ordre normalisé des interrogatoires et

Specifically, the intervener directs the Court's attention to the following evidence indicating that the IRB is monitoring compliance:

(1) the Board's "hearing information sheets" on which members are requested to indicate whether they followed "reverse-order questioning" and if not, why not.

(2) a series of e-mail correspondence which indicate that the Deputy Chair of IRB requested copies of decisions where a Board member allowed counsel to question first, and that "counsel-first" hearings were being flagged and the individual member who proceeded that way was asked to explain whether exceptional circumstances were cited, or if there were other reasons for the member not following "reverse-order questioning": Boulakia's affidavit, Exhibit A.

(3) the Board's "performance appraisal forms" which indicate that one factor considered in the reappointment process is whether the member has applied the guidelines in "appropriate circumstances".

[128] Finally, the intervener points out that in cross-examination, Paul Aterman admitted that the Deputy Chair of the IRB requires managers to monitor individual member's compliance with Guideline 7, and that he further admitted that individuals who were not complying with Guideline 7 were called to a personal accounting for failing to do so.

[129] Professor Galloway's affidavit evidence supports the contention that the "top down pressure" from the IRB fetters Board members' discretion. At page 43 of his cross-examination he stated:

The difficulty that I would have as a board member that I try and express is I think that following the guideline would actually interfere with my ability to do the job really well, and my concern would be that that would put me in a position

qu'ils sont menacés de sanctions s'ils ne se conforment pas aux Directives n° 7. Il attire plus particulièrement l'attention de la Cour sur les éléments de preuve suivants qui démontrent que la Commission surveille l'observation des directives :

1) les « fiches de renseignements sur l'audience » de la Section, sur lesquelles les membres doivent indiquer s'ils ont suivi l'ordre inversé des interrogatoires et, le cas échéant, pourquoi ils ne l'ont pas fait;

2) une série de courriels qui indiquent que le vice-président de la Commission a demandé des copies des décisions dans lesquelles le commissaire a permis au conseil d'interroger le demandeur en premier, que ces affaires étaient signalées et que le commissaire concerné devait expliquer si des circonstances exceptionnelles avaient été invoquées ou s'il avait des raisons de ne pas suivre l'ordre inversé des interrogatoires : affidavit de M. Boulakia, pièce A;

3) les formulaires d'évaluation du rendement utilisés par la Section, qui indiquent que l'un des critères pris en compte aux fins du renouvellement d'une nomination consiste à savoir si le commissaire a appliqué les directives dans les [TRADUCTION] « circonstances appropriées ».

[128] Finalement, l'intervenant rappelle que Paul Aterman a admis, lors de son contre-interrogatoire, que le vice-président de la Commission demande aux gestionnaires de vérifier que chaque membre applique les Directives n° 7 et que les commissaires qui ne se conforment pas à ces directives doivent expliquer pourquoi.

[129] Dans son affidavit, le professeur Galloway confirme que les pressions exercées par la direction de la Commission entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Il est indiqué ce qui suit à la page 43 de son contre-interrogatoire :

[TRADUCTION]

La difficulté que j'aurais en tant que commissaire et que j'essaie d'exprimer, c'est qu'en suivant les directives je serais moins en mesure de vraiment bien faire mon travail. Je craindrais de me trouver devant un dilemme, l'organisation

where I would feel a dilemma that there is a—that there is a—a requirement that I do something, that the institution is saying this is the best practice and my personal experience is saying, no, it's not; and that confrontation with the board is something that I see as being a[n] uncomfortable and unhappy and unfortunate situation to put myself into and I would say to put other—other like-minded board members into.

In that sense I think we have fettering in the—in the sense that there is pressure to—there is institutional pressure to abide by a practice that you don't actually think is the best way of making the determination.

[130] I accept the evidence adduced by the intervenor to support the following findings: (1) that the IRB engages in monitoring the implementation of its guidelines; (2) that in respect to Guideline 7, there is a clear expectation that the guideline be followed; (3) that the monitoring exercise would in the minds of Board members serve to reinforce this expectation; (4) that compliance with the guideline is a factor considered in a member's performance appraisal. In my view, these findings combined, constitute institutional pressure on Board members to abide by the practice.

[131] However, I find there to be no evidence to suggest that the Chairperson of the IRB has sanctioned any Board member for non-compliance with Guideline 7 or that he has or had any intention of doing so. Nor do I find there to be any merit to the allegation that the IRB threatened compliance. Moreover, I note that the Chairperson does not have the statutory authority to sanction individual members. Members are appointed, reappointed or dismissed by the Governor in Council and not the Chairperson of the IRB: subsection 153(1) [as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 173] of the IRPA. The Chairperson can only request that the Minister of Citizenship and Immigration consider taking remedial or disciplinary measures against a member on a limited number of grounds pursuant to section 176 of the IRPA. The section provides as follows:

**176.** (1) The Chairperson may request the Minister to decide whether any member, except a member of the Immigration Division, should be subject to remedial or disciplinary measures for a reason set out in subsection (2)

exigeant que je fasse quelque chose qui, à ses yeux, constitue la meilleure pratique et mon expérience personnelle me convainquant du contraire. Cette confrontation avec la Commission me placerait—moi et les autres commissaires partageant mon opinion—dans une situation inconfortable, regrettable et malheureuse.

En ce sens, je pense que nous entravons—en ce sens qu'il y a des pressions—que l'organisation exerce des pressions pour que les commissaires se conforment à une pratique qui, selon eux, n'est pas la meilleure.

[130] La preuve produite par l'intervenant me permet de tirer les conclusions suivantes : 1) la Commission surveille l'application de ses directives; 2) en ce qui concerne les Directives n° 7, on s'attend clairement à ce qu'elles soient suivies; 3) dans l'esprit des commissaires, la surveillance aurait pour but de renforcer cette attente; 4) le respect des directives est un facteur qui est pris en considération lors de l'évaluation des commissaires. À mon avis, ces conclusions, lorsque combinées, constituent des pressions exercées par la direction sur les commissaires pour qu'ils se conforment à la pratique.

[131] J'estime toutefois que la Cour ne dispose d'aucune preuve permettant de croire que le président de la Commission a déjà sanctionné un commissaire pour ne pas avoir suivi les Directives n° 7 ou qu'il a ou a eu l'intention de le faire. J'estime également que l'allégation selon laquelle la Commission a menacé de prendre des mesures en cas de non-respect des directives n'est pas fondée. En outre, je souligne que le président n'a pas le pouvoir de sanctionner les commissaires. Ces derniers sont nommés, renommés ou révoqués par le gouverneur en conseil et non par le président de la Commission : paragraphe 153(1) [mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 173] de la LIPR. Le président peut seulement demander au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de décider si des mesures correctives ou disciplinaires s'imposent à l'égard d'un commissaire dans les quelques cas prévus à l'article 176 de la LIPR. Cette disposition prévoit ce qui suit :

**176.** (1) Le président peut demander au ministre de décider si des mesures correctives ou disciplinaires s'imposent à l'égard d'un commissaire non rattaché à la Section de l'immigration.

(2) The request is to be based on the reason that the member has become incapacitated from the proper execution of that office by reason of infirmity, has been guilty of misconduct, has failed in the proper execution of that office or has been placed, by conduct or otherwise, in a position that is incompatible with due execution of that office.

[132] I do acknowledge that the Chairperson does have some power over individual Board members in that the Chairperson may move members between Divisions of the IRB or assign administrative functions to members or apportion work among the members. However, the intervener does not allege that the Chairperson exercises such authority in order to sanction members for not complying with Guideline 7. Nor is there any evidence that the Chairperson has conducted himself in such a manner, which would raise concern about abuse of such authority.

[133] The evidence of Mr. Aterman indicates that the IRB has not instituted any formal or mandatory mechanisms regarding the extent to which the provisions relating to the order of questioning have been followed. He attests that the IRB did modify its hearing information sheet to allow the capturing of this information but only on a voluntary basis. His evidence is that the response rate is inconsistent and low. However, as mentioned above, Mr. Aterman did testify on cross-examination that the Deputy Chair of the Board required managers to monitor Board members' compliance with the guideline and admitted that individuals who were not complying were called upon to indicate why the guideline was not followed.

[134] There may well be good reasons for the IRB to monitor the implementation of a guideline. The Board may wish to assess the effectiveness of the change, whether there is a need to correct course or not, how it is being received, and what people's needs are in terms of training and professional development. No one would take issue with the Chairperson conducting such an exercise with respect to the Gender Guidelines. Evidence would indicate that similar monitoring was carried out at the time the Gender Guidelines were implemented. The monitoring exercise conducted by the

(2) La demande est fondée sur le fait que le commissaire n'est plus en état de s'acquitter efficacement de ses fonctions pour cause d'invalidité, s'est rendu coupable de manquement à l'honneur ou à la dignité, a manqué aux devoirs de sa charge ou s'est placé en situation d'incompatibilité, par sa propre faute ou pour toute autre cause.

[132] Je reconnais que le président peut exercer certains pouvoirs à l'égard des commissaires. Ainsi, il peut les muter à une autre section de la Commission, leur assigner des fonctions administratives ou répartir le travail entre eux. L'intervenant ne prétend pas cependant que le président exerce ces pouvoirs pour sanctionner les commissaires qui ne se conforment pas aux Directives n° 7. La Cour ne dispose pas d'ailleurs d'une preuve indiquant que le président a sanctionné des commissaires, ce qui ferait craindre un abus de pouvoir.

[133] Le témoignage de M. Aterman révèle que la Commission n'a pris aucune mesure officielle ou obligatoire concernant le respect des dispositions relatives à l'ordre des interrogatoires. M. Aterman affirme que la Commission a modifié sa fiche de renseignements sur l'audience afin d'obtenir des renseignements sur cette question, mais ces renseignements sont fournis seulement de façon volontaire. Selon lui, le taux de réponse est faible et variable. Comme il a été mentionné précédemment cependant, M. Aterman a déclaré dans son contre-interrogatoire que le vice-président de la Section exigeait des gestionnaires qu'ils surveillent le respect des directives par les commissaires et a reconnu que les commissaires qui ne s'y conformaient pas devaient expliquer pourquoi.

[134] La Commission peut avoir de bonnes raisons de surveiller l'application de directives. Elle peut vouloir évaluer l'efficacité du changement et savoir s'il est nécessaire d'apporter des correctifs, comment le changement est reçu et quels sont les besoins du personnel en matière de formation et de perfectionnement professionnel. Personne ne s'insurgerait contre le fait que le président mène un tel exercice à l'égard des Directives concernant la persécution fondée sur le sexe. La preuve indiquerait qu'une surveillance similaire a été effectuée au moment de la mise en application de ces

IRB cannot, in my view, be said to be inappropriate or, on its own, constitute a clear indicator of fettering of a Board member's discretion. It is a factor that must be considered in the circumstances of a particular case.

[135] 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. As stated earlier, the essence of discretion is that it can be exercised differently in different cases on the merits of the case. A guideline should not have 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. There is uncontroverted evidence that for at least certain Board members this is the case. Guideline 7 in my view has the effect of dictating a certain procedure and allowing few exceptions, on a procedural issue that could potentially

directives. On ne peut pas, à mon avis, dire que la surveillance effectuée par la Commission est inappropriée ou qu'elle est en soi une indication claire de l'entrave au pouvoir discrétionnaire des commissaires. Il s'agit d'un facteur qu'il faut soupeser en tenant compte des circonstances particulières de chaque affaire.

[135] 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. Comme il a été mentionné précédemment, la caractéristique fondamentale du pouvoir discrétionnaire, c'est qu'il peut être exercé différemment dans différents cas, en fonction des particularités de chacun. Des directives ne devraient pas avoir pour effet d'amener un commissaire qui entend une affaire à se demander s'il peut adopter une procédure particulière ou un ordre particulier d'interrogatoires lorsqu'il a raison de croire que l'ordre normalisé prescrit par les directives n'est pas la meilleure façon ou la façon la plus équitable de procéder dans les circonstances. La Cour dispose d'une preuve

affect the fairness of the hearing. Put another way, Guideline 7, for the most part, requires a member to exercise her or his discretion in a particular way. In the result, I find that Guideline 7 fetters the discretion of Board members.

(iii) Does the Chairperson's standard-order of questioning procedure unlawfully distort the adjudicative role of the Board?

[136] The intervener asserts that the Chairperson's standard order of questioning procedure infringes on the legislatively mandated role of Board members in refugee determination hearings. The intervener submits that the change in the order of questioning changes the role of Board members. Coupled with the shift to one-member panels, this adds to the members' responsibilities. The intervener argues that courts have held that such added duty is incompatible with a decision maker's primary responsibility. The intervener cites *Rajaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 135 N.R. 300, where the Federal Court of Appeal expressed concerns as to the propriety of a Board member intervening in the questioning of a claimant: "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."

[137] The respondent argues that the intervener's contention that Board members will be distracted from their adjudicative role and drawn into the fray if they are required to ask questions before counsel is based on opinion and speculation, not on evidence, and in any event, does not establish a breach of the Board's duty of fairness. The respondent submits that the Court in *Rajaratnam* held that the Board must behave fairly and impartially—that is, judiciously; the Court did not state that Board members must behave like a judge. In my opinion, the intervener's argument has little merit. I agree with the respondent that the evidence is insufficient to establish a breach of natural justice or

non contredite qui démontre qu'au moins certains commissaires se sont trouvés dans cette situation. Les Directives n° 7 ont pour effet, à mon avis, de dicter une certaine procédure, sous réserve de quelques exceptions, concernant un aspect procédural susceptible d'avoir une incidence sur l'équité de l'audience. En d'autres termes, les Directives n° 7 exigent principalement des commissaires qu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire d'une manière particulière. Par conséquent, j'estime qu'elles entravent leur pouvoir discrétionnaire.

iii) Les Directives n° 7 déforment-elles illégalement le rôle de décideur de la Section?

[136] L'intervenant affirme que l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président empiète sur le mandat confié par la loi aux commissaires lors des audiences relatives au statut de réfugié. Il soutient qu'en changeant l'ordre des interrogatoires, le président de la Section modifie le rôle des commissaires. Tout comme la création de tribunaux comptant seulement un membre, cette mesure alourdit les responsabilités des commissaires. L'intervenant fait valoir que les tribunaux ont statué que cette charge supplémentaire est incompatible avec la principale fonction d'un décideur. Il cite à cet égard *Rajaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 1271 (QL), où la Cour d'appel fédérale s'est demandée s'il était opportun pour une commissaire d'intervenir en questionnant la demanderesse : « La Cour craignait que la commissaire ait, par ses questions, quitté son rôle judiciaire pour prendre celui d'un avocat. »

[137] Le défendeur soutient que la prétention de l'intervenant selon laquelle les commissaires s'écarteront de leur rôle de décideur et entreront dans l'arène s'ils doivent interroger le demandeur avant le procureur repose sur une opinion et des hypothèses, et non sur des éléments de preuve, et ne traduit pas de toute façon un manquement à l'obligation d'équité de la Section. Le défendeur fait valoir que la Cour d'appel fédérale a statué dans *Rajaratnam* que la Section doit agir de manière équitable et impartiale, c'est-à-dire de manière judicieuse. Elle n'a pas dit que les commissaires doivent se comporter comme des juges. À mon avis, la prétention de l'intervenant a peu de valeur. Je suis

procedural fairness on the basis of the intervener's submissions on this issue.

[138] The Board is an administrative tribunal empowered by statute with an inquisitorial mandate. It is not improper for a Board member to engage in a probing examination of a claimant in order to assess the well-foundedness of a claim. There are, however, certain parameters within which a Board member must conduct her or himself. When these are exceeded, the Court in exercising its jurisdiction on judicial review can intervene and has done so on occasion, in the appropriate circumstance. In my view, the Chairperson's standard order of questioning procedure does not infringe on or adversely affect a Board member's role in refugee determination hearings.

9. Did the Board err in finding the applicant not to be a Convention refugee or a person in need of protection?

[139] Before proceeding to consider the arguments of the parties on the merits of the case, it is necessary to consider how my above findings with respect to natural justice and procedural fairness impact on the outcome of this application for judicial review. I find that Guideline 7 did not operate to deny the applicant a meaningful opportunity to present his case fully and fairly. I did however find that Guideline 7 does fetter the discretion of Board members.

[140] Procedural fairness in the refugee determination process requires at a minimum the right to a fair hearing: see *Singh*. 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. Fettering of a Board member's discretion to decide the most appropriate process in the circumstances of each case constitutes undue influence and violates the principles of procedural fairness.

[141] The Supreme Court of Canada has held that once a breach of the principles of natural justice or

d'accord avec le défendeur que la preuve est insuffisante pour conclure qu'il y a eu manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale comme le prétend l'intervenant.

[138] La Section est un tribunal administratif à qui la loi confie le mandat d'un tribunal d'enquête. Il n'est pas inacceptable qu'un commissaire procède à un interrogatoire poussé d'un demandeur dans le but d'évaluer le bien-fondé de sa demande. Il y a cependant certains paramètres à respecter. Lorsqu'il excède ces paramètres, la Cour peut intervenir en exerçant son pouvoir en matière de contrôle judiciaire dans les cas appropriés, ce qu'elle a d'ailleurs fait à l'occasion. À mon avis, l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président n'empiète pas sur le rôle incombant aux commissaires lors des audiences relatives au statut de réfugié et n'a aucune incidence défavorable sur celui-ci.

9. La Section a-t-elle commis une erreur en concluant que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger?

[139] Avant d'étudier les arguments des parties sur le bien-fondé de l'affaire, il est nécessaire d'évaluer l'incidence des conclusions que j'ai tirées précédemment relativement à la justice naturelle et à l'équité procédurale sur l'issue de la présente demande de contrôle judiciaire. J'estime que les Directives n° 7 n'ont pas privé le demandeur d'une possibilité raisonnable d'exposer sa cause de manière équitable et complète. J'estime, par contre, qu'elles entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires.

[140] L'équité procédurale dans le processus de détermination du statut de réfugié exige à tout le moins que le demandeur ait droit à une audition impartiale : voir *Singh*. Ce droit exige à son tour qu'un commissaire statue sur le bien-fondé d'une affaire de manière indépendante, sans aucune influence indue. Or, entraver le pouvoir discrétionnaire d'un commissaire de décider de la meilleure procédure à suivre compte tenu des circonstances de chaque cas constitue une influence indue et viole les principes d'équité procédurale.

[141] La Cour suprême du Canada a statué que la décision rendue par un organisme administratif est

procedural fairness is established, the decision of an administrative agency is invalid. In *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 661, Mr. Justice Le Dain wrote:

... the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision. The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have. It is not for a court to deny that right and sense of justice on the basis of speculation as to what the result might have been had there been a hearing. [My emphasis.]

This approach was also adopted by Chief Justice Lamer in *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471. At page 493 of the Supreme Court's decision, the Chief Justice wrote:

Secondly, and more fundamentally, the rules of natural justice have enshrined certain guarantees regarding procedure, and it is the denial of those procedural guarantees which justifies the courts in intervening. The application of these rules should thus not depend on speculation as to what the decision on the merits would have been had the rights of the parties not been denied.

[142] The Federal Court of Appeal applied the same principles in *Gale v. Canada (Treasury Board)* (2004), 316 N.R. 395. In that decision at paragraph 13, the Court of Appeal, citing *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, at pages 228-229, acknowledged that: "a court may exercise its discretion not to grant a remedy for a breach of procedural fairness where the result is inevitable." As was the case in *Gale*, the result is not inevitable here.

[143] In this case, since Guideline 7 fetters the discretion of the Board member, it consequently breaches the applicant's right to procedural fairness. Following the principle of law set out by the Supreme Court of Canada in *Cardinal* and in *Université du Québec*, I therefore find the Board's decision to be

invalide si l'on démontre qu'il y a eu manquement aux principes de justice naturelle ou d'équité procédurale. Dans *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, le juge Le Dain a écrit à la page 661 :

[...] la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente. Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit. Il n'appartient pas aux tribunaux de refuser ce droit et ce sens de la justice en fonction d'hypothèses sur ce qu'aurait pu être le résultat de l'audition. [Non souligné dans l'original.]

La même approche a été adoptée par le juge en chef Lamer, de la Cour suprême du Canada, dans *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471. Le juge en chef a écrit à la page 493 :

En second lieu, et de façon plus fondamentale, les règles de justice naturelle consacrent certaines garanties au chapitre de la procédure, et c'est la négation de ces garanties procédurales qui justifie l'intervention des tribunaux supérieurs. L'application de ces règles ne doit par conséquent pas dépendre de spéculations sur ce qu'aurait été la décision au fond n'eût été la négation des droits des intéressés.

[142] La Cour d'appel fédérale a appliqué les mêmes principes dans *Gale c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2004 CAF 13, où, citant *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, aux pages 228 et 229, elle a reconnu au paragraphe 13 qu'« une cour peut exercer son pouvoir discrétionnaire et décider de ne pas accorder un redressement par suite d'un manquement à l'équité procédurale lorsque le résultat est inéluctable ». Comme dans *Gale*, le résultat n'est pas inéluctable en l'espèce.

[143] En entravant le pouvoir discrétionnaire des commissaires, les Directives n° 7 portent atteinte au droit du demandeur à l'équité procédurale en l'espèce. Suivant le principe de droit établi par la Cour suprême du Canada dans *Cardinal* et *Université du Québec*, j'arrive à la conclusion que la décision de la Section est

unlawful. Given this determination, it is unnecessary to consider the issues raised by the applicant in respect of the merits of the Board's decision rejecting his claim.

#### 10. Conclusion

[144] In conclusion, for the above reasons, I will quash the Board's decision and remit the applicant's claim back to the Board for redetermination by a differently constituted panel in accordance with these reasons.

#### 11. Certified question

[145] Counsel are requested to serve and file any submissions with respect to certification of a question of general importance, if any, no later than Thursday, January 12, 2006. Each party will have until Tuesday, January 17, 2006 to serve and file any reply to the submission of the opposite party. Following consideration of those submissions, an order will issue allowing the application for judicial review and disposing of the issue of a serious question of general importance as contemplated by paragraph 74(d) of the IRPA.

illégale. En conséquence, il n'est pas nécessaire d'examiner les questions soulevées par le demandeur quant au bien-fondé de la décision de la Section de rejeter sa demande.

#### 10. Conclusion

[144] Pour les motifs qui précèdent, j'annulerai la décision de la Section et je lui renverrai la demande du demandeur afin qu'un tribunal différemment constitué rende une nouvelle décision en conformité avec les présents motifs.

#### 11. Certification d'une question

[145] Les avocats sont priés de signifier et de déposer leurs observations, le cas échéant, au sujet de la certification d'une question de portée générale au plus tard le 12 janvier 2006. Chaque partie aura ensuite jusqu'au mardi 17 janvier 2006 pour signifier et déposer une réponse aux observations de la partie adverse. Après examen de ces observations et réponses, une ordonnance accueillant la demande de contrôle judiciaire et disposant de la question de l'existence d'une question grave de portée générale, tel que prévu à l'alinéa 74d) de la LIPR, sera rendue.