

A-38-06
2007 FCA 198

A-38-06
2007 CAF 198

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Appellant*)

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

v.

c.

Daniel Thamothers (Respondent)

Daniel Thamothers (intimé)

and

et

The Canadian Council For Refugees and The Immigration Refugee Board (*Interveners*)

Le Conseil canadien pour les réfugiés et la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (*intervenants*)

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

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

Federal Court of Appeal, Décary, Sharlow and Evans J.J.A.—Toronto, April 16; Ottawa, May 25, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Sharlow et Evans, J.C.A.—Toronto, 16 avril; Ottawa, 25 mai 2007.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Appeal from Federal Court decision setting aside decision of Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board (IRB) dismissing respondent's claim for refugee protection — Cross-appeal from Federal Court's finding Guideline 7 of Guidelines Issued by the Chairperson pursuant to the Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) 159(1)(h) not invalid on ground depriving refugee claimants of right to fair hearing — Guideline 7 providing that, except in exceptional circumstances, Refugee Protection Officer (RPO) to start questioning claimant in refugee protection claim — Per Evans J.A. (Décary J.A. concurring): (1) Refugee claimants deserving high degree of procedural protection but tailored to fit inquisitorial, informal nature of hearing — Fair adjudication of individual rights compatible with inquisitorial process — Procedure in Guideline 7 not breaching IRB's duty of fairness — (2) Administrative agency not requiring express grant of statutory authority to issue guidelines, policies to structure exercise of discretion or interpretation of enabling legislation — Although language of Guideline 7 more than "recommended but optional process", not unlawful fetter on discretion, as long as deviation from normal practice in exceptional circumstances not precluded — Evidence not establishing reasonable person would think RPD members' independence unduly constrained by Guideline 7 — (3) Power granted by IRPA, s. 159(1)(h) to Chairperson to issue guidelines broad enough to include guideline concerning exercise of members' discretion in procedural, evidential or substantive matters — Chairperson's guideline-issuing, rule-making powers overlapping — Not unreasonable for Chairperson to choose to implement standard order of questioning through guideline

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel de la décision de la Cour fédérale annulant la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR), qui a rejeté la demande d'asile de l'intimé — Appel incident de la conclusion de la Cour fédérale, qui a déclaré que les Directives n° 7 des Directives données par le président en application de l'art. 159(1)(h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) ne sont pas invalides puisqu'elles ne privent pas les demandeurs d'asile du droit à une audience équitable — Les Directives n° 7 prévoient que, sauf dans des circonstances exceptionnelles, c'est l'agent de protection des réfugiés (l'APR) qui commence à interroger le demandeur d'asile dans toute demande d'asile — Le juge Evans, J.C.A. (le juge Décary, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : 1) Les demandeurs d'asile méritent un degré élevé de protection procédurale, mais les caractéristiques de la procédure doivent être adaptées à la nature inquisitoire et informelle de l'audience — La résolution équitable de demandes fondées sur des droits individuels est compatible avec un processus inquisitoire — La procédure prescrite par les Directives n° 7 ne contrevient pas à l'obligation d'agir équitablement de la CISR — 2) Un organisme administratif peut, sans disposer d'une autorisation législative expresse, donner des directives et définir des politiques visant à structurer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ou l'interprétation de sa loi habilitante — Bien que le libellé des Directives n° 7 « ne recommande pas un processus facultatif » mais suggère une norme d'observation plus stricte, il ne constitue pas une entrave illicite pour autant que les directives n'excluent pas la possibilité de déroger à la pratique générale dans des circonstances exceptionnelles —

rather than rule of procedure — Appeal allowed, cross-appeal dismissed — Per Sharlow J.A. (concurring): Chairperson's powers under IRPA to issue guidelines, make rules respecting activities, practice, procedure of Board not interchangeable — Standard procedure outlined in Guideline 7 should have been implemented by means of a rule, but neither procedurally unfair nor unlawfully fettering IRB members' discretion.

This was an appeal from a Federal Court decision granting an application for judicial review to set aside a decision of the Refugee Protection Division (RPD) dismissing the respondent's claim for refugee protection. The respondent cross-appealed the finding that Guideline 7 of the *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) is not invalid because it deprives refugee claimants of the right to a fair hearing. Guideline 7 was issued in 2003 by the Chairperson of the Board pursuant to the statutory power to "issue guidelines . . . to assist members in carrying out their duties" as outlined in the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), paragraph 159(1)(h). The IRPA also empowers the Chairperson to make rules for each of the three Divisions of Board but these rules must be approved by the Governor in Council and laid before Parliament. The key paragraphs of Guideline 7 provide that the standard practice in a refugee protection claim will be for the Refugee Protection Officer (RPO) to start questioning the claimant (paragraph 19), although paragraph 23 states that the RPD member hearing the claim may, in exceptional circumstances, vary the order of questioning. Guideline 7 was challenged on the grounds that (1) it deprives refugee claimants of the right to a fair hearing by denying them the opportunity to be questioned first by their own counsel; and (2) even if it does not breach the duty of fairness, the Chairperson should have introduced the new standard order of questioning as a rule of procedure under the IRPA, paragraph 161(1)(a). While the Federal Court held that Guideline 7 is an unlawful fetter on the exercise of discretion by individual RPD members to determine the order of questioning at a hearing in the absence of a provision in either the IRPA or the *Refugee Protection Division Rules* (Rules), it

La preuve ne démontrait pas qu'une personne raisonnable estimerait l'indépendance des commissaires de la SPR indûment limitée par les Directives n° 7 — 3) Le pouvoir conféré au président à l'art. 159(1)(h) de la LIPR de donner des directives est suffisamment large pour comprendre des directives concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires relativement à la procédure, à la preuve et aux questions de fond — Les pouvoirs du président de donner des directives et de prendre des règles se recoupent — Il n'était pas déraisonnable de la part du président de choisir d'instituer l'ordre normalisé des interrogatoires en ayant recours à des directives plutôt qu'à une règle de procédure — Appel accueilli, appel incident rejeté — La juge Sharlow, J.A.C. (motifs concourants) : Les pouvoirs que la LIPR confère au président de donner des directives et de prendre des règles visant les travaux, la procédure et la pratique de la Commission ne sont pas interchangeables — La procédure normalisée prescrite dans les Directives n° 7 aurait dû être établie au moyen d'une règle mais elle n'est pas inéquitable sur le plan de la procédure et elle n'entrave pas de manière illicite le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la CISR.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimé pour obtenir l'annulation de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) rejetant sa demande d'asile. L'intimé a interjeté un appel incident à l'égard de la conclusion selon laquelle les Directives n° 7 des *Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)(h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne sont pas invalides puisqu'elles ne privent pas les demandeurs d'asile du droit à une audience équitable. Les Directives n° 7 ont été données en 2003 par le président de la Commission en application du pouvoir que lui reconnaît l'alinéa 159(1)(h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), soit « en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions, il donne des directives [. . .] ». La LIPR autorise aussi le président à prendre des règles pour chacune des trois sections de la Commission, mais ces règles doivent être approuvées par le gouverneur en conseil et déposées devant le Parlement. Les paragraphes clés des Directives n° 7 prévoient que dans toute demande d'asile, c'est généralement l'agent de protection des réfugiés (l'APR) qui commence à interroger le demandeur d'asile (paragraphe 19), bien que le paragraphe 23 précise que le commissaire de la SPR qui préside l'audience peut changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles. Les Directives n° 7 ont été contestées au motif 1) qu'elles privent les demandeurs d'asile du droit à une audience équitable en leur refusant la possibilité d'être d'abord interrogés par leur propre procureur; et 2) que même si elles ne contreviennent pas à l'obligation d'agir équitablement, le président aurait dû instituer le nouvel ordre normalisé des interrogatoires à titre de règle de procédure prise en vertu de l'alinéa 161(1)(a) de la LIPR. Bien

rejected the respondent's argument that it deprives refugee claimants of the right to a fair hearing and distorts the "judicial" role of the member hearing the claim. It remitted the matter for re-determination on the basis that Guideline 7 is an invalid fetter on the RPD's discretion in the conduct of the hearing.

The respondent is a Sri Lankan Tamil who claimed refugee protection in Canada but his claim was rejected. Before the issue of Guideline 7, which was applied during the respondent's hearing despite the respondent's objection, neither the IRPA nor the Rules addressed the order of questioning at a hearing. The order of questioning was within the individual members' discretion and practice thereon was not uniform across Canada.

The main issues in the present case were: (1) whether Guideline 7 prescribes a hearing procedure that is in breach of claimants' right to procedural fairness; (2) whether Guideline 7 is unauthorized by paragraph 159(1)(h) because it is a fetter on RPD members' exercise of discretion in the conduct of hearings; and (3) whether Guideline 7 is invalid because it is a rule of procedure and should therefore have been issued under IRPA, paragraph 161(1)(a).

Held, the appeal should be allowed, and the cross-appeal should be dismissed.

Per Evans J.A. (Décary J.A. concurring): (1) At a general level, the seriousness of the rights involved in the determination of a refugee claim, as well as the generally "judicial" character of the oral hearings held by the RPD, militate in favour of affording claimants a high degree of procedural protection. However, its details must also be tailored to fit the inquisitorial and relatively informal nature of the hearing established by Parliament as well as the RPD's high volume case load. Although a relatively inquisitorial procedural form may reduce the degree of control over the process often exercisable by counsel in adversarial proceedings, the fair adjudication of individual rights is perfectly compatible with an inquisitorial process where the order of questioning is not as obvious as it generally is in an adversarial hearing. Furthermore, the fact that members question the claimant first when there is no RPO present does not distort the inquisitorial process established by IRPA and

que la Cour fédérale ait conclu que les Directives n° 7 constituent une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR de décider eux-mêmes de l'ordre des interrogatoires lors d'une audience étant donné qu'aucune disposition de la LIPR ni des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* (Règles) ne traite de cet aspect des audiences, elle a rejeté la prétention de l'intimé selon laquelle les Directives n° 7 privent les demandeurs d'asile du droit à une audience équitable et dénaturent le rôle « judiciaire » du commissaire saisi de la demande d'asile. Elle a renvoyé l'affaire pour réexamen au motif que les Directives n° 7 constituent une entrave invalide au pouvoir discrétionnaire de la SPR quant au déroulement de l'audience.

L'intimé est un citoyen sri lankais d'origine tamoule qui a demandé l'asile au Canada, mais dont la demande d'asile a été rejetée. Avant la mise en œuvre des Directives n° 7, qui ont été appliquées pendant l'audience de l'intimé même s'il s'y opposait, ni la LIPR ni les Règles ne traitaient de l'ordre des interrogatoires pendant l'audience. Chaque commissaire était libre de décider de l'ordre des interrogatoires et la pratique à cet égard n'était pas la même partout au Canada.

Les principales questions à trancher en l'espèce étaient celles de savoir si : 1) les Directives n° 7 imposent une procédure d'audience qui porte atteinte aux droits des demandeurs d'asile à l'équité procédurale; 2) les Directives n° 7 découlent d'un exercice non autorisé du pouvoir conféré à l'alinéa 159(1)h) en ce qu'elles entravent l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR de décider du déroulement de l'audience; et 3) les Directives n° 7 sont invalides du fait qu'elles sont des règles de procédure et, qu'à ce titre, elles auraient dû être prises en vertu de l'alinéa 161(1)a) de la LIPR.

Arrêt : l'appel doit être accueilli et l'appel incident doit être rejeté.

Le juge Evans, J.C.A. (le juge Décary, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : 1) Dans l'ensemble, la gravité des droits en cause dans la détermination du statut de réfugié ainsi que la nature généralement « judiciaire » des audiences de la SPR tendent à favoriser la reconnaissance d'un degré élevé de protection procédurale aux demandeurs d'asile. Toutefois, les caractéristiques de la procédure doivent aussi être adaptées à la nature inquisitoire et relativement informelle de l'audience décrétee par le législateur et tenir compte du volume important de causes que doit traiter la SPR. Bien qu'un modèle de procédure plutôt inquisitoire soit susceptible de diminuer le degré de contrôle que peuvent souvent exercer les procureurs sur le processus dans les instances de nature contradictoire, la résolution équitable de demandes fondées sur des droits individuels est tout à fait compatible avec un processus inquisitoire dans lequel l'ordre des interrogatoires n'est pas aussi clairement établi qu'il l'est en général dans une audience

would not give rise to a reasonable apprehension of bias on the part of the person who is informed of the facts and has thought the matter through. Guideline 7 does not curtail counsel's participation in the hearing since counsel is present throughout and may conduct an examination of the client to ensure that the claimant's testimony is before the decision maker. The right to be represented by counsel does not include the right of counsel to determine the order of questioning or any other aspect of the procedure to be followed at the hearing. Although fairness may require a departure from the standard order of questioning in some circumstances, the procedure prescribed by Guideline 7 does not, on its face, breach the Board's duty of fairness.

(2) Effective decision making by administrative agencies often involves striking a balance between general rules and the exercise of *ad hoc* discretion. Through the use of "soft law" (policy statements, guidelines, manuals and handbooks), an agency can communicate prospectively its thinking on an issue to agency members and staff as well as to the public at large and to the agency's "stakeholders" in particular. An administrative agency does not require an express grant of statutory authority in order to issue guidelines and policies to structure the exercise of its discretion or the interpretation of its enabling legislation. Although not legally binding on a decision maker, guidelines may validly influence a decision maker's conduct. The use of guidelines and other "soft law" techniques to achieve an acceptable level of consistency in administrative decisions is particularly important for tribunals exercising discretion, whether on procedural, evidential or substantive issues, in the performance of adjudicative functions. This is especially true for large tribunals, such as the Immigration and Refugee Board (IRB).

Despite the express statutory authority of the Chairperson to issue guidelines under IRPA, paragraph 159(1)(h), they do not have the same legal effects that statutory rules can have. In particular, guidelines cannot lay down a mandatory rule from which members have no meaningful degree of discretion to deviate regardless of the facts of the particular case before them. The word "guideline" itself normally suggests some operating principle or general norm, which does not necessarily determine the result of every dispute.

contradictoire. Qui plus est, le fait que les commissaires interrogent d'abord le demandeur d'asile lorsqu'il n'y a pas d'APR ne dénature pas le processus inquisitoire établi par la LIPR et ne susciterait pas une crainte raisonnable de partialité chez une personne informée des faits et qui a réfléchi à la question. Les Directives n° 7 ne limitent pas la participation du procureur à l'audience puisque celui-ci est présent durant toute l'audience et il peut interroger son client pour faire en sorte que la preuve du demandeur d'asile soit exposée au décideur. Le droit d'être représenté par un procureur n'emporte pas le droit pour le procureur de décider de l'ordre des interrogatoires ni celui de décider de tout autre aspect de la procédure qu'il convient de suivre à l'audience. Bien que l'équité puisse commander de s'écarter de l'ordre normalisé des interrogatoires dans certaines circonstances, la procédure prescrite par les Directives n° 7 ne contrevient pas a priori à l'obligation de la Commission d'agir équitablement.

2) L'efficacité dans la prise de décisions des organismes administratifs suppose souvent un juste équilibre entre des règles d'application générale et l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Le recours à des instruments législatifs non contraignants (énoncés de politique, directives, manuels et guides) donne à un organisme la possibilité de faire connaître à ses membres et à son personnel, de même qu'au public en général et aux « parties intéressées » en particulier, la position qu'il pense adopter relativement à une question. Un organisme administratif peut, sans disposer d'une autorisation législative expresse, donner des directives et définir des politiques visant à structurer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ou l'interprétation de sa loi habilitante. Même si elles ne lient pas en droit les décideurs, les directives peuvent influencer valablement sur la conduite du décideur. Le recours à des directives et à d'autres techniques n'ayant pas caractère obligatoire en vue d'assurer une cohérence raisonnable dans les décisions de nature administrative est particulièrement important pour l'exercice des fonctions décisionnelles des tribunaux auxquels la loi a conféré un pouvoir discrétionnaire sur des questions de procédure, de preuve ou de fond. Cette importance est d'autant plus marquée pour les tribunaux de grande envergure, comme la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR).

En dépit du pouvoir exprès de donner des directives conféré par l'alinéa 159(1)(h) de la LIPR, les directives n'ont pas les mêmes effets juridiques que des règles de procédure prises en vertu de la loi. Plus particulièrement, les directives ne peuvent pas établir une règle obligatoire à laquelle les commissaires n'ont aucun véritable pouvoir discrétionnaire de déroger, quels que soient les faits de l'affaire dont ils sont saisis. Le terme « directive » lui-même suggère habituellement un principe directeur ou une norme générale, qui ne dicte pas invariablement le résultat de la question à régler.

Since the language of Guideline 7 expressly permits members to depart from the standard order of questioning in exceptional circumstances, the Court should be slow to conclude that members will regard themselves as bound to follow the standard order in the absence of clear evidence to the contrary. The Federal Court correctly concluded that the language of Guideline 7 is more than “a recommended but optional process”. The fact that a guideline is intended to establish how discretion will normally be exercised is not enough to make it an unlawful fetter, as long as it does not preclude the possibility that the decision maker may deviate from normal practice in the light of particular facts. While RPD members must perform their adjudicative functions without improper influence from others, case law also recognizes that administrative agencies must be free to devise processes for ensuring an acceptable level of consistency and quality in their decisions. Evidence that the IRB “monitors” members’ deviations from the standard order of questioning does not create the kind of coercive environment that would make Guideline 7 an improper fetter on members’ exercise of their decision-making powers. Nor did the evidence establish that a reasonable person would think that RPD members’ independence was unduly constrained by Guideline 7.

(3) On its face, the power granted by IRPA, paragraph 159(1)(h) to the Chairperson to issue guidelines in writing “to assist members in carrying out their duties” is broad enough to include a guideline issued in respect of the exercise of members’ discretion in procedural, evidential or substantive matters. Structuring members’ discretion over the order of questioning is within the subject-matter of the guidelines contemplated by section 159. The exercise of the Chairperson’s power to issue guidelines is not made expressly subject to paragraph 161(1)(a), although a guideline issued under paragraph 159(1)(h) that is inconsistent with a formal rule of procedure issued under paragraph 161(1)(a) will be invalid. Thus, on procedural issues, the Chairperson’s guideline-issuing and rule-making powers overlap. Provided that it does not unlawfully fetter members’ exercise of their adjudicative discretion, that the subject of a guideline could have been enacted as a rule of procedure issued under IRPA, paragraph 161(1)(a) will not normally invalidate it. It was not unreasonable for the Chairperson to choose to implement the standard order of questioning through the guideline, rather than through a formal rule of procedure.

Puisque le libellé des Directives n° 7 permet expressément aux commissaires de déroger à l’ordre normalisé des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles, la Cour devrait hésiter à conclure que les commissaires se considèrent tenus de suivre l’ordre normalisé, à défaut d’une preuve contraire claire. La Cour fédérale avait raison de conclure que les termes employés dans les Directives n° 7 « ne recommandent pas un processus facultatif » mais suggèrent une norme d’observation plus stricte. Le fait que des directives visent à établir comment un pouvoir discrétionnaire sera généralement exercé n’est pas suffisant pour constituer une entrave illicite, pour autant que les directives n’excluent pas la possibilité pour les décideurs de déroger à la pratique générale à la lumière de situations particulières. Bien que les commissaires de la SPR doivent s’acquitter de leurs fonctions décisionnelles sans subir l’influence indue de tiers, la jurisprudence reconnaît aussi que les organismes administratifs doivent avoir la possibilité de mettre au point des processus visant à assurer un degré de cohérence et de qualité satisfaisant dans leurs décisions. La preuve selon laquelle la CISR « surveillance » les dérogations à l’ordre normalisé des interrogatoires ne dénote pas l’imposition d’un encadrement contraignant dans lequel les Directives n° 7 constitueraient une entrave illicite à l’exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires. La preuve ne démontrait pas non plus qu’une personne raisonnable estimerait l’indépendance des commissaires de la SPR indûment limitée par les Directives n° 7.

3) À première vue, le pouvoir conféré au président à l’alinéa 159(1)(h) de la LIPR de donner des directives écrites « en vue d’aider les commissaires dans l’exécution de leurs fonctions » est suffisamment large pour comprendre des directives concernant l’exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires relativement à la procédure, à la preuve et aux questions de fond. Le pouvoir de donner des directives prévu à l’article 159 comporte celui de structurer le pouvoir discrétionnaire des commissaires en ce qui touche l’ordre des interrogatoires. L’exercice du pouvoir du président de donner des directives n’est pas expressément conféré sous réserve de l’alinéa 161(1)(a), quoique des directives données en vertu de l’alinéa 159(1)(h) qui entreraient en conflit avec une règle de procédure prise en vertu de l’alinéa 161(1)(a) seraient invalides. Ainsi, en matière de procédure, les pouvoirs conférés au président de donner des directives et de prendre des règles se recoupent. Le fait que l’objet des directives aurait pu être édicté au moyen d’une règle de procédure prise au titre de l’alinéa 161(1)(a) de la LIPR n’entraîne généralement pas la nullité des directives, pourvu qu’elles n’entravent pas de façon illicite l’exercice du pouvoir décisionnel discrétionnaire des commissaires. Il n’était pas déraisonnable de la part du président de choisir d’instituer l’ordre normalisé des interrogatoires en ayant recours aux directives plutôt qu’à une règle de procédure formelle.

Per Sharlow (concurring): The two powers the IRPA gives the Chairperson to issue guidelines in writing to assist members in carrying out their duties (paragraph 159(1)(h)) and to make rules respecting the activities, practice and procedure of the Board, subject to the Governor in Council's approval (paragraph 161(1)(a)) differ substantively and functionally and are not interchangeable at the will of the Chairperson. The Chairperson's determination that the standard practice in refugee hearings, barring exceptional circumstances, should be for the RPO or the member to start questioning the refugee claimant should have been implemented by means of a rule rather than a guideline. But the standard procedure outlined in Guideline 7 is not in itself procedurally unfair and Guideline 7 does not unlawfully fetter the discretion of members. Despite Guideline 7, each member continues to have the unfettered discretion to adopt any order of procedure required by the exigencies of each claim to which the member is assigned.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof, S.C. 1992, c. 49.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 27(2) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 20), (3) (as am. *idem*), 49(2) (as am. *idem*, s. 27).
Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10, s. 6.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 74(d), 159, 161, 162(2), 165, 170(a),(g),(h).
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, ss. 4, 5.
Refugee Protection Division Rules, SOR/2002-228, rr. 16(e), 25, 38, 69, 70.
Statutory Powers Procedure Act, R.S.O. 1990, c. S.22, s. 25.1(1) (as am. by S.O. 1994, c. 27, s. 56).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2007] 1 F.C.R. 107; (2006), 40 Admin. L.R. (4th) 159; 290 F.T.R. 161; 54 Imm. L.R. (3d) 27; 2006 FC 461; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; (1990), 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 105 N.R. 161; 38 O.A.C. 321.

La juge Sharlow (motifs concourants) : Les deux pouvoirs que la LIPR confère au président de donner des directives écrites aux commissaires en vue de les aider dans l'exécution de leurs fonctions (alinéa 159(1)h)) et de prendre des règles visant les travaux, la procédure et la pratique de la Commission, sous réserve de l'agrément du gouverneur en conseil (alinéa 161(1)a)) sont différents tant sur le plan du fond que de leur fonction et ne sont pas interchangeables à la discrétion du président. La décision du président de prescrire que la pratique normalisée, dans les audiences relatives aux demandes d'asile, devrait être que l'APR ou le commissaire commence à interroger le demandeur d'asile, sauf dans des circonstances exceptionnelles, aurait dû être établie au moyen d'une règle plutôt qu'au moyen de directives. Cependant, la procédure normalisée prescrite dans les Directives n° 7 n'est pas en soi inéquitable sur le plan de la procédure et les Directives n° 7 n'entravent pas de manière illicite le pouvoir discrétionnaire des commissaires. En dépit des Directives n° 7, chaque commissaire conserve toute discrétion d'adopter la procédure que commandent les circonstances propres à chaque demande d'asile dont il est saisi.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 27(2) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 20), (3) (mod., *idem*), 49(2) (mod., *idem*, art. 27).
Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence, L.C. 1992, ch. 49.
Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), ch. E-10, art. 6.
Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 4, 5.
Loi sur l'exercice des compétences légales, L.R.O. 1990, ch. S.22, art. 25.1(1) (mod. par L.O. 1994, ch. 27, art. 56).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 74d), 159, 161, 162(2), 165, 170a), g), h).
Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2002-228, règles 16e), 25, 38, 69, 70.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2007] 1 R.C.F. 107; 2006 CF 461; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282.

DISTINGUISHED:

Bell Canada v. Canadian Employees Association, [2003] 1 S.C.R. 884; (2003), 227 D.L.R. (4th) 193; [2004] 1 W.W.R. 1; 3 Admin. L.R. (4th) 163; 109 C.R.R. (2d) 65; 306 N.R. 34; 2003 SCC 36; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321.

CONSIDERED:

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; *Rajaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 135 N.R. 300 (F.C.A.); *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104; 121 D.L.R. (4th) 79; 28 Admin. L.R. (2d) 1; 77 O.A.C. 155 (C.A.).

REFERRED TO:

Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2008] 1 F.C.R. 155; 2007 FCA 199; *Can-Am Realty Ltd. v. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 1; (1993), 94 DTC 6069; 69 F.T.R. 63 (F.C.T.D.); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; 2002 SCC 3; *Sivasamboo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 741; (1994), 29 Admin. L.R. (2d) 211; 87 F.T.R. 46 (T.D.); *Shahib v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1250; *Capital Cities Communications Inc. et al. v. Canadian Radio-Television Commn.*, [1978] 2 S.C.R. 141; (1977), 81 D.L.R. (3d) 609; 36 C.P.R. (2d) 1; 18 N.R. 181; *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.); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [2000] 1 F.C. 146; (1999), 180 D.L.R. (4th) 95; [2000] CLLC 230-002; 176 F.T.R. 161 (T.D.); *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; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; (1992), 90 D.L.R. (4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 136 N.R. 5; 147 Q.A.C. 169.

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-86*,

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone, [2003] 1 R.C.S. 884; 2003 CSC 36; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Rajaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 1271 (C.A.) (QL); *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104; 121 D.L.R. (4th) 79; 28 Admin. L.R. (2d) 1; 77 O.A.C. 155 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2008] 1 R.C.F. 155; 2007 CAF 199; *Can-Am Realty Ltd. c. Canada*, [1993] A.C.F. n° 995 (1^{re} inst.) (QL); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; 2002 CSC 3; *Sivasamboo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 741 (1^{re} inst.); *Shahib c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1250; *Capital Cities Communications Inc. et autre c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Vidal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 63 (1^{re} inst.) (QL); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2000] 1 C.F. 146 (1^{re} inst.); *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 195; 2004 CAF 49; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi*

3rd Sess., 34th Parl., July 30, 1992.

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.

Canada. Immigration and Refugee Board. *Policy on the Use of Chairperson's Guidelines*, Policy No. 2003-07, October 27, 2003.

Craig, Paul P. *Administrative Law*, 5th ed. London: Thomson, 2003.

Hathaway, James C. *Rebuilding Trust: Report of the Review of Fundamental Justice in Information Gathering and Dissemination at the Immigration and Refugee Board of Canada*. Ottawa: Immigration and Refugee Board of Canada, December 1993.

Janisch, Hudson N. "The Choice of Decisionmaking Method: Adjudication, Policies and Rulemaking" in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1992: Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*. Scarborough: Carswell, 1992, at p. 259.

Mullan, David. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

APPEAL from a Federal Court decision ([2006] 3 F.C.R. 168; (2006), 40 Admin. L.R. (4th) 221) granting an application for judicial review to set aside a decision of the Refugee Protection Division ([2004] R.P.D. No. 613 (QL)) dismissing the respondent's claim for refugee protection. CROSS-APPEAL from that decision's finding that Guideline 7 of the *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act* is not invalid because it deprives refugee claimants of the right to a fair hearing. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

APPEARANCES:

Jamie R. D. Todd and *John Provart* for appellant.
John W. Davis for respondent.

Christopher D. Bredt and *Morgana Kellythorne* for intervener, the Immigration and Refugee Board.

Catherine F. Bruce and *Angus Grant* for intervener, the Canadian Council for Refugees.

C-86, 3^e sess., 34^e Lég., 30 juillet 1992.

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° 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.

Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Politique sur l'utilisation des directives du président*, Politique n° 2003-07, 27 octobre 2003.

Craig, Paul P. *Administrative Law*, 5^e éd. Londres : Thomson, 2003.

Hathaway, James C. *Vers le rétablissement de la confiance : Rapport de l'Examen de la justice fondamentale dans l'obtention et la dissémination de l'information à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié*. Ottawa, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, décembre 1993.

Janisch, Hudson N. « The Choice of Decisionmaking Method : Adjudication, Policies and Rulemaking » dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1992 : Administrative Law : Principles, Practice and Pluralism*. Scarborough : Carswell, 1992, à la p. 259.

Mullan, David. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

APPEL de la décision de la Cour fédérale ([2006] 3 R.C.F. 168; 2006 CF 16) accueillant une demande de contrôle judiciaire pour obtenir l'annulation de la décision de la Section de la protection des réfugiés ([2004] D.S.P.R. n° 613 (QL)) rejetant la demande d'asile de l'intimé. APPEL INCIDENT de la conclusion selon laquelle les Directives n° 7 des *Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne sont pas invalides puisqu'elles ne privent pas les demandeurs d'asile du droit à une audience équitable. Appel accueilli et appel incident rejeté.

ONT COMPARU :

Jamie R. D. Todd et *John Provart* pour l'appellant.
John W. Davis pour l'intimé.

Christopher D. Bredt et *Morgana Kellythorne* pour l'intervenante, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

Catherine F. Bruce et *Angus Grant* pour l'intervenant, le Conseil canadien pour les réfugiés.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Davis & Grice, Toronto, for respondent.

Borden Ladner Gervais LLP, Toronto, for intervener, the Immigration and Refugee Board.

The Law Offices of Catherine F. Bruce and Ms. Barbara Jackman, Toronto, for intervener, the Canadian Council for Refugees.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] The Chairperson of the Immigration and Refugee Board (the Board) has broad statutory powers to issue both guidelines and rules. Rules have to be approved by the Governor in Council and laid before Parliament, but guidelines do not.

[2] This appeal concerns the validity of Guideline 7 *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*, issued in 2003 by the Chairperson of the Board pursuant to the statutory power to “issue guidelines . . . to assist members in carrying out their duties”: *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), paragraph 159(1)(h). The key paragraphs of Guideline 7 provide as follows: “In a claim for refugee protection, the standard practice will be for the R[efugee] P[rotection] O[fficer] to start questioning the claimant” (paragraph 19), although the member of the Refugee Protection Division (RPD) hearing the claim “may vary the order of questioning in exceptional circumstances” (paragraph 23).

[3] The validity of Guideline 7 is challenged on two principal grounds. First, it deprives refugee claimants of

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.

Davis & Grice, Toronto, pour l'intimé.

Borden Ladner Gervais s.r.l., s.e.n.c.r.l., Toronto, pour l'intervenante, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

Les cabinets d'avocats de Catherine F. Bruce et de Barbara Jackman, Toronto, pour l'intervenant, le Conseil canadien pour les réfugiés.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

[1] La loi confère au président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) de vastes pouvoirs de donner des directives et de prendre des règles. Alors que les règles doivent être approuvées par le gouverneur en conseil et déposées devant le Parlement, cette exigence ne s'applique pas aux directives.

[2] L'appel en l'espèce porte sur la validité des Directives n° 7 (*Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)h de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés : Directive n° 7 : Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés*), données en 2003 par le président de la Commission en application du pouvoir que lui reconnaît en ces termes la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), à l'alinéa 159(1)h) : « en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions, il donne des directives ». Les paragraphes clés des Directives n° 7 prévoient ce qui suit : « Dans toute demande d'asile, c'est généralement l'APR [agent de protection des réfugiés] qui commence à interroger le demandeur d'asile » (paragraphe 19), bien que le commissaire de la Section de la protection des réfugiés (SPR) qui préside l'audience puisse « changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles » (paragraphe 23).

[3] La validité des Directives n° 7 est contestée pour deux motifs principaux. Premièrement, elles privent les

the right to a fair hearing by denying them the opportunity to be questioned first by their own counsel. Second, even if Guideline 7 does not prescribe a hearing that is in breach of the duty of fairness, the Chairperson should have introduced the new standard order of questioning as a rule of procedure under IRPA, paragraph 161(1)(a), not as a guideline under IRPA, paragraph 159(1)(h). Guideline 7 is not valid as a guideline because paragraphs 19 and 23 unlawfully fetter the discretion of members of the RPD to determine the appropriate order of questioning when hearing refugee protection claims.

[4] This is an appeal by the Minister of Citizenship and Immigration from a decision by Justice Blanchard of the Federal Court granting an application for judicial review by Daniel Thamothers to set aside a decision by the RPD dismissing his claim for refugee protection: *Thamothers v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 168 (F.C.).

[5] Justice Blanchard held that Guideline 7 is an unlawful fetter on the exercise of discretion by individual RPD members to determine the order of questioning at a hearing, in the absence of a provision in either IRPA or the *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228, dealing with this aspect of refugee protection hearings. He remitted Mr. Thamothers' refugee claim to be determined by a different member of the RPD on the basis that Guideline 7 is an invalid fetter on the exercise of decision makers' discretion.

[6] However, Justice Blanchard rejected Mr. Thamothers' argument that Guideline 7 is invalid because it deprives refugee claimants of the right to a fair hearing and distorts the "judicial" role of the member hearing the claim. Mr. Thamothers has cross-appealed this finding.

demandeurs d'asile du droit à une audience équitable en leur refusant la possibilité d'être d'abord interrogés par leur propre procureur. Deuxièmement, même si les Directives n° 7 n'imposent pas une audience qui contrevient à l'obligation d'agir équitablement, le président aurait dû instituer le nouvel ordre normalisé des interrogatoires à titre de règle de procédure prise en vertu de l'alinéa 161(1)a) de la LIPR plutôt qu'à titre de directives données en application de l'alinéa 159(1)h) de la LIPR. Les Directives n° 7 ne seraient pas valides en tant que telles, parce que les paragraphes 19 et 23 entravent irrégulièrement le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR de décider de l'ordre des interrogatoires lorsqu'ils instruisent une demande d'asile.

[4] Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a interjeté le présent appel contre la décision par laquelle le juge Blanchard de la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de Daniel Thamothers pour obtenir l'annulation de la décision de la SPR rejetant sa demande d'asile : *Thamothers c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 168 (C.F.).

[5] Le juge Blanchard a conclu que les Directives n° 7 constituent une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR de décider eux-mêmes de l'ordre des interrogatoires lors d'une audience, étant donné qu'aucune disposition de la LIPR ni des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228, ne traite de cet aspect des audiences portant sur les demandes d'asile. Il a renvoyé la demande d'asile de M. Thamothers pour qu'elle soit réexaminée par un autre commissaire de la SPR, au motif que les Directives n° 7 constituent une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des décideurs.

[6] Cependant, le juge Blanchard a rejeté la prétention de M. Thamothers selon laquelle les Directives n° 7 sont invalides parce qu'elles privent les demandeurs d'asile du droit à une audience équitable et dénaturent le rôle « judiciaire » du commissaire saisi de la demande d'asile. M. Thamothers a interjeté un appel incident à l'égard de cette conclusion.

[7] The Judge certified the following questions for appeal pursuant to paragraph 74(d) of IRPA.

1. Does the implementation of paragraphs 19 and 23 of the Chairperson's Guideline 7 violate principles of natural justice by unduly interfering with claimants' right to be heard?
2. Has the implementation of Guideline 7 led to fettering of Board Members' discretion?
3. Does a finding that Guideline 7 fetters a Refugee Protection Division Member's discretion necessarily mean that the application for judicial review must be granted, without regard to whether or not the applicant was otherwise afforded procedural fairness in the particular case or whether there was an alternate basis for rejecting the claim?

[8] Immediately after hearing the Minister's appeal in *Thamotharem*, we heard appeals by unsuccessful refugee claimants challenging the validity of Guideline 7 and, in some of the cases, impugning on other grounds the dismissal of their claim. In the Federal Court, 19 applications for judicial review concerning Guideline 7 were consolidated. Justice Mosley's decision on the Guideline 7 issue is reported as *Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 107 (F.C.). The appeals from these decisions were also consolidated, *Benitez* being designated the lead case.

[9] In *Benitez*, Justice Mosley agreed with the conclusions of Justice Blanchard on all issues, except one: he held that Guideline 7 was not an unlawful fetter on the discretion of Board members because its text permitted them to allow the claimant's counsel to question first, as, in fact, some had.

[10] For substantially the reasons that they gave, I agree with both Justices that Guideline 7 is not, on its

[7] Le juge a certifié les questions suivantes en vue de l'appel, conformément à l'alinéa 74d) de la LIPR.

1. La mise en application des paragraphes 19 et 23 des Directives n° 7 du président enfreint-elle les principes de justice naturelle en portant indûment atteinte au droit du demandeur de se faire entendre?
2. La mise en application des Directives n° 7 a-t-elle mené à une entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires?
3. Une conclusion selon laquelle les Directives n° 7 entravent l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un commissaire de la Section de la protection des réfugiés signifie-t-elle nécessairement que la demande de contrôle judiciaire doit être accueillie, sans que soit examinée la question de savoir si les principes de l'équité procédurale ont été respectés à l'égard du demandeur dans l'affaire en cause ou s'il existait un autre motif pour rejeter la demande?

[8] Tout de suite après avoir entendu l'appel du ministre dans *Thamotharem*, nous avons instruit les appels de demandeurs d'asile déboutés qui contestaient la validité des Directives n° 7 et dont certains contestaient aussi pour d'autres motifs le rejet de leur demande. La Cour fédérale a joint 19 demandes de contrôle judiciaire mettant en cause les Directives n° 7. La décision du juge Mosley sur les Directives n° 7 est publiée sous l'intitulé *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 107 (C.F.). Les appels interjetés contre ces décisions ont aussi été joints et l'affaire *Benitez*, désignée comme cas type.

[9] Dans *Benitez*, le juge Mosley a souscrit aux conclusions du juge Blanchard sur toutes les questions, sauf une : à son avis, les Directives n° 7 ne constituent pas une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire des commissaires, parce que le libellé de la directive en cause permet au commissaire d'autoriser le procureur du demandeur d'asile à interroger son client le premier et que certains commissaires ont, de fait, donné cette autorisation.

[10] En grande partie pour les motifs qu'ils ont exposés, je suis d'accord avec les juges Blanchard et

face, invalid on the ground of procedural unfairness, although, as the Minister and the Board conceded, fairness may require that, in certain circumstances, particular claimants should be questioned first by their own counsel. I also agree that Guideline 7 is not incompatible with the impartiality required of a member when conducting a hearing which is inquisitorial in form.

[11] However, in my opinion, Guideline 7 is not an unlawful fetter on the exercise of members' discretion on the conduct of refugee protection hearings. The Guideline expressly directs members to consider the facts of the particular case before them to determine whether there are exceptional circumstances warranting a deviation from the standard order of questioning. The evidence does not establish that members disregard this aspect of Guideline 7 and slavishly adhere to the standard order of questioning, regardless of the facts of the case before them. Accordingly, I agree with Justice Mosley on this issue and must respectfully disagree with Justice Blanchard.

[12] Nor does it follow from the fact that Guideline 7 could have been issued as a statutory rule of procedure that it is invalid because it was not approved by the Governor in Council. In my opinion, the Chairperson's rule-making power does not invalidate Guideline 7 by impliedly excluding from the broad statutory power to issue guidelines "to assist members in carrying out their duties" changes to the procedure of any of the Board's Divisions.

[13] Accordingly, I would allow the Minister's appeal and dismiss Mr. Thamothers' cross-appeal and his application for judicial review. Although separate reasons are given in *Benitez*, [2008] 1 F.C.R. 155 (F.C.A.) dealing with issues not raised in Mr. Thamothers' appeal, a copy of the reasons in the present appeal will also be inserted in Court File No. A-164-06 (*Benitez*) and the files of the appeals

Mosley pour dire que les Directives n° 7 ne sont pas, a priori, invalides au motif qu'elles contreviennent à l'équité procédurale, même si, comme en conviennent le ministre et la Commission, l'équité peut exiger, dans certaines circonstances, que des demandeurs d'asile soient d'abord interrogés par leur propre procureur. Je partage aussi l'avis que les Directives n° 7 ne sont pas incompatibles avec l'impartialité dont doivent faire preuve les commissaires dans la tenue d'audiences de type inquisitoire.

[11] En revanche, j'estime que les Directives n° 7 n'entravent pas de façon illicite l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires dans la tenue des audiences relatives aux demandes d'asile. Les directives donnent aux commissaires la consigne expresse d'examiner les faits de l'espèce dont ils sont saisis pour décider si des circonstances exceptionnelles justifient de déroger à l'ordre normalisé des interrogatoires. La preuve n'indique pas que les commissaires passent outre à cet aspect des Directives n° 7 et se prêtent servilement à l'ordre normalisé des interrogatoires, indépendamment des faits du cas qu'ils doivent trancher. Par conséquent, je souscris à la décision du juge Mosley sur cette question et je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord avec le juge Blanchard.

[12] Le fait que les Directives n° 7 auraient pu être établies à titre de règle de procédure prise en vertu de la loi ne signifie pas non plus qu'elles sont invalides parce qu'elles n'ont pas été approuvées par le gouverneur en conseil. À mon avis, le pouvoir du président de prendre des règles n'entraîne pas la nullité des Directives n° 7 en excluant implicitement les changements à la procédure des sections de la Commission des vastes pouvoirs que reconnaît la loi au président de donner des directives « en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions ».

[13] En conséquence, j'accueillerais l'appel du ministre et rejetterais l'appel incident ainsi que la demande de contrôle judiciaire de M. Thamothers. Quoique des motifs distincts soient exposés dans l'arrêt *Benitez*, [2008] 1 R.C.F. 155 (C.A.F.) au regard de questions qui n'ont pas été soulevées dans l'appel de M. Thamothers, une copie des motifs rendus dans le présent appel sera aussi versée au dossier de la Cour

consolidated with it.

B. FACTUAL BACKGROUND

(i) Mr. Thamotharem's refugee claim

[14] Mr. Thamotharem is Tamil and a citizen of Sri Lanka. He entered Canada in September 2002 on a student visa. In January 2004, he made a claim for refugee protection in Canada, since he feared that, if forced to return to Sri Lanka, he would be persecuted by the Liberation Tigers of Tamil Eelam.

[15] In written submissions to the RPD before his hearing, Mr. Thamotharem objected to the application of Guideline 7, on the ground that it deprives refugee claimants of their right to a fair hearing. He did not argue that, on the facts of his case, he would be denied a fair hearing if he were questioned first by the refugee protection officer (RPO) and/or the member conducting the hearing. There was no evidence that Mr. Thamotharem suffered from post-trauma stress disorder or was otherwise particularly vulnerable.

[16] At the hearing of the claim before the RPD, the RPO questioned Mr. Thamotharem first. The RPD held that the duty of fairness does not require that refugee claimants always have the right to be questioned first by their counsel and that the application of Guideline 7 does not breach Mr. Thamotharem's right to procedural fairness.

[17] In a decision dated August 18, 2004 [[2004] R.P.D.D. No. 613 (QL)], the RPD dismissed Mr. Thamotharem's refugee claim and found him not to be a person in need of protection. It based its decision on documentary evidence of improved country conditions for Tamils in Sri Lanka, and on the absence of reliable evidence that Mr. Thamotharem would be persecuted as a perceived member of a political group or would, for the first time, become the target of extortion.

[18] In his application for judicial review, Mr. Thamotharem challenged this decision on the ground

portant le numéro A-164-06 (*Benitez*) ainsi qu'aux dossiers des appels qui y ont été joints.

B. FAITS À L'ORIGINE DE L'APPEL

i) La demande d'asile de M. Thamotharem

[14] M. Thamotharem est un citoyen sri lankais d'origine tamoule. Il est entré au Canada en septembre 2002, muni d'un visa d'étudiant. En janvier 2004, il a présenté une demande d'asile au Canada, craignant, s'il était forcé de rentrer au Sri Lanka, d'être persécuté par les Tigres de libération de l'Eelam tamoul.

[15] Dans des observations écrites transmises à la SPR avant son audience, M. Thamotharem s'est opposé à l'application des Directives n° 7, au motif que celles-ci privent les demandeurs d'asile du droit de bénéficier d'une audience équitable. Il n'a pas soutenu que dans sa situation particulière, le fait d'être d'abord interrogé par l'agent de protection des réfugiés (APR) ou par le commissaire présidant l'audience le priverait d'une audience équitable. Aucune preuve n'indiquait que M. Thamotharem souffrait d'un trouble de stress post-traumatique ou était particulièrement vulnérable à quelque autre égard.

[16] À l'audience de sa demande d'asile devant la SPR, M. Thamotharem a d'abord été interrogé par l'APR. La SPR a jugé que l'obligation d'agir équitablement n'exige pas que les demandeurs d'asile puissent dans tous les cas être interrogés en premier lieu par leur procureur, et statué que l'application des Directives n° 7 ne portait pas atteinte au droit de M. Thamotharem à l'équité procédurale.

[17] Dans une décision en date du 18 août 2004 [[2004] D.S.P.R. n° 613 (QL)], la SPR a rejeté la demande d'asile de M. Thamotharem et conclu qu'il n'avait pas qualité de personne à protéger. Le tribunal a fondé sa décision sur la preuve documentaire faisant état d'une amélioration de la situation des Tamouls au Sri Lanka et sur l'absence d'éléments de preuve sérieux permettant de croire que M. Thamotharem serait persécuté parce qu'il serait perçu comme un membre d'une formation politique ou du fait qu'il deviendrait, pour la première fois, une cible d'extorsion.

[18] Dans sa demande de contrôle judiciaire, M. Thamotharem conteste cette décision aux motifs que les

that Guideline 7 was invalid and that the RPD had made a reviewable error in its determination of the merits of his claim. As already noted, Mr. Thamothers' application for judicial review was granted, the RPD's decision set aside and the matter remitted to another member for redetermination on the basis that Guideline 7 is an invalid fetter on the RPD's discretion in the conduct of the hearing. In responding in this Court to the Minister's appeal, Mr. Thamothers did not argue that, even if Guideline 7 is valid, Justice Blanchard was correct to remit the matter to the RPD because it committed a reviewable error in determining the merits of the claim.

(ii) Guideline 7

[19] Before the Chairperson issued Guideline 7, the order of questioning was within the discretion of individual members; neither IRPA nor the *Refugee Protection Division Rules*, addressed it. Refugee protection claims are normally determined by a single member of the RPD. The evidence indicated that, before the issue of Guideline 7, practice on the order of questioning was not uniform across Canada. Members sitting in Toronto and, possibly, in Vancouver and Calgary, permitted claimants to be "examined in chief" by their counsel before being questioned by the RPO and/or the member. In Montréal and Ottawa, on the other hand, the practice seems to have been that the member or the RPO questioned the claimant first, although a request by counsel for a claimant to question first seems generally to have been granted.

[20] It is not surprising that the Board did not regard it as satisfactory that the order of questioning was left to be decided by individual members on an *ad hoc* basis, with variations among regions, and among members within a region. Claimants are entitled to expect essentially the same procedure to be followed at an RPD hearing, regardless of where or by whom the hearing is conducted.

[21] There was also a view that refugee protection hearings would be more expeditious if claimants were

Directives n° 7 sont nulles et que la SPR a commis une erreur susceptible de révision en se prononçant sur le bien-fondé de sa demande d'asile. Comme je l'ai dit, la demande de contrôle judiciaire de M. Thamothers a été accueillie, la décision de la SPR annulée et l'affaire renvoyée pour réexamen par un autre commissaire, au motif que les Directives n° 7 constituent une entrave invalide au pouvoir discrétionnaire de la SPR quant au déroulement de l'audience. En répondant devant la Cour à l'appel du ministre, M. Thamothers n'a pas plaidé que, même si les Directives n° 7 sont valides, le juge Blanchard a à juste titre renvoyé l'affaire à la SPR parce qu'il a commis une erreur susceptible de révision en se prononçant sur le bien-fondé de la demande.

ii) Directives n° 7

[19] Avant que le président adopte les Directives n° 7, chaque commissaire était libre de décider de l'ordre des interrogatoires; ni la LIPR, ni les *Règles de la Section de la protection des réfugiés* ne traitaient de cette question. Les demandes d'asile sont généralement réglées par un seul commissaire de la SPR. La preuve indique qu'avant la mise en œuvre des Directives n° 7, la pratique de la SPR relativement à l'ordre des interrogatoires n'était pas la même partout au Canada. Les commissaires de Toronto et, vraisemblablement, ceux de Vancouver et de Calgary autorisaient le procureur du demandeur d'asile à procéder à l'« interrogatoire principal » avant que l'APR et le commissaire posent leurs questions. À Montréal et à Ottawa, par contre, la pratique semble avoir été que le commissaire ou l'APR commence à interroger le demandeur d'asile, même si en général, le commissaire accédait apparemment à la requête du procureur, le cas échéant, pour pouvoir interroger le demandeur le premier.

[20] Il n'est pas étonnant que la Commission ait jugé inacceptable que l'ordre des interrogatoires soit décidé au cas par cas par chacun des commissaires, situation qui entraînait des variations entre les régions et entre les décideurs d'une même région. Les demandeurs d'asile ont le droit de s'attendre à ce que la procédure lors d'une audience de la SPR soit essentiellement semblable, indépendamment de l'endroit où se tient l'audience ou du commissaire qui la préside.

[21] La Commission estimait aussi que les audiences relatives aux demandes d'asile nécessiteraient moins de

generally questioned first by the RPO or the member, thus dispensing with the often lengthy and unfocused examination-in-chief of claimants by their counsel. The backlog of refugee determinations has been a major problem for the Board. For example, from 1997-1998 to 2001-2002 the number of claims referred for determination each year increased steadily from more than 23,000 to over 45,000, while, in the same period, the backlog of claims referred but not decided grew from more than 27,000 to nearly 49,000: Canada, Immigration and Refugee Board, Performance Report for the period ending March 31, 2004.

[22] Studies were undertaken to find ways of tackling this problem. For example, in a relatively early report, *Rebuilding Trust: Report of the Review of Fundamental Justice in Information Gathering and Dissemination at the Immigration and Refugee Board of Canada* (Ottawa: Immigration and Refugee Board, December 1993), refugee law scholar, Professor James C. Hathaway, made many recommendations designed to make the Board's determination of refugee claims more effective, expeditious, and efficient. The following passage from the Report (at pages 74-75) is particularly relevant to the present appeal.

The present practice of an introductory "examination in chief" by counsel should be dispensed with, the sworn testimony in the Application for Refugee Status being presumed to be true unless explicitly put in issue. Panel members should initially set out clearly the substantive matters into which they wish to inquire, and explain any concerns they may have about the sufficiency of documentary evidence presented. Members should assume primary responsibility to formulate the necessary questions, although they should feel free to invite counsel to adduce testimony in regard to matters of concern to them. Once the panel has concluded its questioning, it should allow the Minister's representative, if present, an opportunity to question or call evidence, ensuring that the tenor of the Ministerial intervention is not allowed to detract from the non-adversarial nature of the hearing. Following a brief recess, the panel should outline clearly on the record which matters it views as still in issue, generally using the Conference Report as its guide. Any matters not stated by the panel to be topics of continuing concern should be deemed to be no longer in issue. Counsel would then be invited to elicit testimony, call witnesses, and make submissions as adjudged appropriate, keeping in mind that all

temps si, dans l'ensemble, les demandeurs d'asile étaient d'abord interrogés par l'APR ou le commissaire, ce qui permettrait d'éviter l'interrogatoire principal souvent long et mal circonscrit de leur procureur. L'arriéré touchant la détermination du statut de réfugié constitue un problème de taille pour la Commission. Ainsi, entre 1997-1998 et 2001-2002, le nombre de demandes d'asiles déferées a augmenté chaque année, passant de plus de 23 000 à plus de 45 000, alors que durant la même période, l'arriéré des demandes déferées mais non réglées s'est accru, passant de plus de 27 000 à près de 49 000 : Rapport sur le rendement de 2003-2004 de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

[22] Des études ont été réalisées en vue de trouver des solutions à ce problème. Par exemple, dans un rapport établi assez tôt, *Vers le rétablissement de la confiance : Rapport de l'Examen de la justice fondamentale dans l'obtention et la dissémination de l'information à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié* (Ottawa, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, décembre 1993), le professeur James C. Hathaway, universitaire spécialisé en droit des réfugiés, a présenté de nombreuses recommandations visant à accélérer le processus de détermination des demandes d'asile et à en améliorer l'efficacité et l'efficience. Le passage suivant de ce rapport (aux pages 74 et 75) est particulièrement pertinent au regard du présent appel.

La pratique actuelle qui consiste à commencer l'audience par l'« interrogatoire principal » du demandeur de statut par son conseil devrait être éliminée, étant donné que les déclarations faites sous serment dans la Demande de statut de réfugié sont présumées vraies tant qu'elles ne sont pas expressément contestées. Les commissaires devraient dès le départ énoncer clairement les questions de fond qu'ils entendent examiner et exposer leurs préoccupations quant au caractère suffisant des éléments de preuve documentaire présentés. La responsabilité de poser les questions nécessaires devrait être assumée principalement par les commissaires, bien que ceux-ci doivent se sentir libres d'inviter les conseils à faire des interrogatoires sur des questions qui les intéressent. Une fois que le tribunal a terminé son interrogatoire, il devrait donner au représentant du ministre, s'il est présent, l'occasion de poser des questions ou de présenter des éléments de preuve, tout en veillant à ce que la teneur de l'intervention ministérielle ne déroge pas au caractère non contradictoire de l'audience. Après une brève pause, le tribunal devrait indiquer clairement, en les faisant consigner au dossier, les questions qui, à son avis, demeurent litigieuses, en se référant généralement au Rapport de conférence. Les points dont le

additional evidence must be directed to a matter which remains in issue. [Footnotes omitted.]

[23] Starting in 1999, the Board worked to develop what became Guideline 7, which was finally issued in October 31, 2003, as part of an action plan to reduce the backlog on the refugee side by increasing the efficiency of its decision-making process. In addition to the order of questioning provisions in dispute in this case, Guideline 7 also deals with the early identification of issues and disclosure of documents, procedures when a claimant is late or fails to appear, informal pre-hearing conferences, and the administration of oaths and affirmations.

[24] In addition to the consultations with the Deputy Chairperson and the Director General of the Immigration Division mandated by paragraph 159(1)(h) before the Chairperson issues a guideline, the Board held consultations on the proposed Guideline with members of the Bar and other “stakeholders.” Some, however, including the Canadian Council for Refugees, an intervener in this appeal, regarded the consultations as less than meaningful, while others characterized Guideline 7 as an overly “top-down” initiative by senior management of the Board. On the basis of the material before us, I am unable to comment on either of these observations.

[25] From December 1, 2003, the implementation of Guideline 7 was gradually phased in, becoming fully operational across the country by June 1, 2004. Like other guidelines issued by the Chairperson, Guideline 7 was published.

C. LEGISLATIVE FRAMEWORK

(i) IRPA

[26] IRPA confers on the Chairperson of the Board broad powers over the management of each Division of

tribunal ne ferait pas mention dans la liste des questions qui continuent de le préoccuper seraient réputés ne plus être litigieux. Les conseils seraient ensuite invités à interroger des témoins, à appeler des témoins et à présenter des observations, selon ce qui est jugé approprié, en se rappelant que tout élément de preuve additionnel doit porter sur une question toujours en litige. [Renvois omis.]

[23] À compter de 1999, la Commission a travaillé, dans le cadre d’un plan d’action visant à réduire l’arriéré des demandes d’asile en améliorant l’efficacité du processus décisionnel de la SPR, à l’élaboration des mesures à l’origine des Directives n° 7, lesquelles ont finalement été établies le 31 octobre 2003. En plus des dispositions concernant l’ordre des interrogatoires, en cause en l’espèce, les Directives n° 7 traitent aussi de l’identification des questions à examiner au début du processus, de la communication de documents en temps opportun, de la procédure à suivre en cas de défaut de comparaître à l’heure fixée, de la tenue de conférences informelles avant l’audience et de la prestation des déclarations ou serments.

[24] Outre la consultation du vice-président et du directeur général de la Section de l’immigration qui, aux termes de l’alinéa 159(1)h), précède l’adoption de directives par le président, la Commission a consulté les membres du Barreau et d’autres « parties intéressées » au sujet des directives projetées. Certaines de ces personnes, toutefois, notamment le Conseil canadien pour les réfugiés, qui a statut d’intervenant dans le présent appel, sont d’avis qu’il ne s’agissait pas là d’une véritable consultation, alors que d’autres ont qualifié les Directives n° 7 d’initiative de la haute direction de la Commission par trop [TRADUCTION] « venue du sommet ». La documentation dont dispose la Cour ne me permet pas de commenter ces observations.

[25] La mise en œuvre graduelle des Directives n° 7 s’est échelonnée du 1^{er} décembre 2003 au 1^{er} juin 2004, date à laquelle elles sont devenues pleinement applicables partout au Canada. À l’instar des autres directives données par le président, les Directives n° 7 ont été publiées.

C. CADRE LÉGISLATIF

i) La LIPR

[26] La LIPR confère au président de la Commission de vastes pouvoirs quant à la gestion de chacune des

the Board, including a power to issue guidelines.

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

(a) has supervision over and direction of the work and staff of the Board;

...

(g) takes any action that may be necessary to ensure that the members of the Board carry out their duties efficiently and without undue delay;

(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; [Underlining added.]

[27] IRPA also empowers the Chairperson of the Board to make rules for each of the three Divisions of Board. The rules, however, must be approved by the Governor in Council and laid before Parliament.

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

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

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

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

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

(2) The Minister shall cause a copy of any rule made under subsection (1) to be laid before each House of Parliament on any of the first 15 days on which that House is sitting after the approval of the rule by the Governor in Council. [Underlining added.]

sections de la Commission, notamment celui de donner des directives.

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

a) il assure la direction et contrôle la gestion des activités et du personnel de la Commission;

[...]

g) il prend les mesures nécessaires pour que les commissaires remplissent leurs fonctions avec diligence et efficacité;

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

[27] La LIPR autorise aussi le président de la Commission à prendre des règles pour chacune des trois sections de la Commission. Les règles doivent toutefois être approuvées par le gouverneur en conseil et déposées devant le Parlement.

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

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

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

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

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

(2) Le ministre fait déposer le texte des règles devant chacune des chambres du Parlement dans les quinze premiers jours de séance de celle-ci suivant leur agrément par le gouverneur en conseil. [Soulignement ajouté.]

[28] IRPA emphasizes the importance of informality, promptness and fairness in the Board's proceedings.

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.

[29] In keeping with the inquisitorial nature of the RPD's process, IRPA confers broad discretion on members in their conduct of a hearing.

165. The Refugee Protection Division and the Immigration Division and each member of those Divisions have the powers and authority of a commissioner appointed under Part I of the *Inquiries Act* and may do any other thing they consider necessary to provide a full and proper hearing. .

[30] Part I of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, empowers commissioners of inquiry as follows:

4. The commissioners have the power of summoning before them any witnesses, and of requiring them to

(a) give evidence, orally or in writing, and on oath or, if they are persons entitled to affirm in civil matters on solemn affirmation; and

(b) produce such documents and things as the commissioners deem requisite to the full investigation of the matters into which they are appointed to examine.

5. The commissioners have the same power to enforce the attendance of witnesses and to compel them to give evidence as is vested in any court of record in civil cases.

[31] The following provisions of IRPA respecting the decision-making process of the RPD are also relevant.

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;

. . .

(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;

[28] La LIPR met l'accent sur l'absence de formalisme, la célérité et l'équité dans la procédure devant la Commission.

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.

[29] Conformément à la nature inquisitoire du processus de la SPR, la LIPR confère un pouvoir discrétionnaire étendu aux commissaires dans la tenue des audiences.

165. La Section de la protection des réfugiés et la Section de l'immigration et chacun de ses commissaires sont investis des pouvoirs d'un commissaire nommé aux termes de la partie I de la *Loi sur les enquêtes* et peuvent prendre les mesures que ceux-ci jugent utiles à la procédure.

[30] La partie I de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, investit les commissaires d'enquête des pouvoirs suivants :

4. Les commissaires ont le pouvoir d'assigner devant eux des témoins et de leur enjoindre de :

a) déposer oralement ou par écrit sous la foi du serment, ou d'une affirmation solennelle si ceux-ci en ont le droit en matière civile;

b) produire les documents et autres pièces qu'ils jugent nécessaires en vue de procéder d'une manière approfondie à l'enquête dont ils sont chargés.

5. Les commissaires ont, pour contraindre les témoins à comparaître et à déposer, les pouvoirs d'une cour d'archives en matière civile.

[31] Les dispositions suivantes de la LIPR, qui traitent du processus décisionnel de la SPR, sont également pertinentes.

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;

[. . .]

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;

(ii) Guideline 7

[32] Paragraphs 19 and 23 of Guideline 7, issued by the Chairperson under IRPA, paragraph 159(1)(h), are of immediate relevance in this appeal, while paragraphs 20-22 provide context.

19. In a claim for refugee protection, the standard practice will be for the RPO to start questioning the claimant. If there is no RPO participating in the hearing, the member will begin, followed by counsel for the claimant. 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. [Underlining added; endnote omitted.]

ii) Les Directives n° 7

[32] Les paragraphes 19 et 23 des Directives n° 7, données par le président en application de l'alinéa 159(1)h) de la LIPR, sont directement pertinents pour le présent appel, alors que les paragraphes 20 à 22 établissent le contexte.

19. Dans toute demande d'asile, c'est généralement l'APR qui commence à interroger le demandeur d'asile. En l'absence d'un APR à l'audience, le commissaire commence l'interrogatoire et est suivi par le conseil du demandeur d'asile. 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. [Soulignement ajouté; note omise.]

D. ISSUES AND ANALYSIS

Issue 1: Standard of review

[33] The questions of law raised in this appeal about the validity of Guideline 7 are reviewable on a standard of correctness: they concern procedural fairness, statutory interpretation, and the unlawful fettering of discretion. The exercise of discretion by the Chairperson to choose a guideline rather than a formal rule as the legal instrument for amending the procedure of any of the Board's Divisions by is reviewable for patent unreasonableness.

Issue 2: Does Guideline 7 prescribe a hearing procedure that is in breach of claimants' right to procedural fairness?

[34] Justice Blanchard dealt thoroughly with this issue at paragraphs 36-92 of his reasons. He concluded that the jurisprudence did not require that, as a matter of fairness, claimants always be given the opportunity to be questioned first by their counsel (at paragraphs 38-53). He then considered (at paragraphs 68-90) the criteria set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraphs 21-28 (*Baker*), for determining where to locate refugee protection hearings on the procedural spectrum from the informal to the judicial. Largely on the basis of the adjudicative nature of the RPD's functions, the finality of its decision, and the importance of the individual rights at stake, he concluded (at paragraph 75) that "a higher level of procedural protection is warranted."

[35] However, recognizing also that the content of the duty of fairness varies with context, Justice Blanchard noted that Parliament had chosen an inquisitorial procedural model for the determination of refugee claims by the RPD, in the sense that there is no party opposing the claim, except in the rare cases when the

D. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Question 1 : Norme de contrôle

[33] La norme de contrôle applicable aux questions de droit soulevées dans le présent appel quant à la validité des Directives n° 7 est celle de la décision correcte : ces questions ont trait à l'équité procédurale, à l'interprétation législative et à l'entrave illicite du pouvoir discrétionnaire. L'exercice par le président de son pouvoir discrétionnaire d'avoir recours à des directives plutôt qu'à une règle formelle comme instrument juridique pour modifier la procédure de toute section de la Commission, est assujéti à la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable.

Question 2 : Les Directives n° 7 imposent-elles une procédure d'audience qui porte atteinte au droit des demandeurs d'asile à l'équité procédurale?

[34] Le juge Blanchard a traité de cette question en profondeur dans les paragraphes 36 à 92 de ses motifs. À son avis, la jurisprudence n'exige pas qu'au nom de l'équité, les demandeurs d'asile aient toujours la possibilité d'être d'abord interrogés par leur procureur (paragraphes 38 à 53). Il s'est ensuite penché (aux paragraphes 68 à 90) sur les critères énoncés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 21 à 28 (*Baker*), afin de déterminer à quel endroit, dans le continuum entre la procédure informelle et la procédure judiciaire, il convient de situer les audiences relatives aux demandes d'asile. Se fondant en grande partie sur la nature décisionnelle des fonctions de la SPR, sur le caractère définitif de ses décisions et sur l'importance des droits individuels en jeu, il a conclu (au paragraphe 75) qu'« un degré élevé de protection procédurale est justifié ».

[35] Cependant, reconnaissant par ailleurs que le contenu de l'obligation d'agir équitablement varie selon le contexte, le juge Blanchard a fait remarquer que le législateur a choisi un modèle de procédure inquisitoire pour la détermination du statut de réfugié par la SPR, en ce sens qu'aucune partie ne s'oppose à la demande, si ce

Minister intervenes to oppose a claim on exclusion grounds. Consequently, in the overwhelming majority of cases, the task of probing the legitimacy of claims inevitably falls to the RPO, who questions the claimant on behalf of the member, and/or to the member of the RPD conducting the hearing, especially when no RPO is present. This is an important reason for concluding that not all the elements of the adversarial procedural model followed in the courts are necessarily required for a fair hearing of a refugee claim: see paragraphs 72-75.

[36] Justice Blanchard also acknowledged that claimants may derive tactical advantages from being taken through their story by their own lawyer before being subjected to questioning by the RPO, who will typically focus on inconsistencies, gaps, and improbabilities in the narrative found in the claimant's Personal Information Form (PIF) and any supporting documentation, as well as any legal weaknesses in the claim. The tactical advantage of questioning first may be particularly significant in refugee hearings because of the vulnerability and anxiety of many claimants, as a result of: their inability to communicate except through an interpreter; their cultural backgrounds; the importance for them of the RPD's ultimate decision; and the psychological effects of the harrowing events experienced in their country of origin.

[37] Nonetheless, Justice Blanchard concluded that these considerations do not necessarily rise to the level of unfairness. Indeed, in addition to shortening the hearing, questioning by the RPO may also serve to improve the quality of the hearing by focusing it and enabling a claimant's counsel to make sure that aspects of the claim troubling the member are fully dealt with when the claimant comes to tell his or her story. Consequently, in order to be afforded their right to procedural fairness, claimants need not normally be given the opportunity to be questioned by their counsel

n'est dans les rares cas où le ministre intervient et s'oppose à la demande en invoquant des motifs d'exclusion. Par conséquent, dans la très grande majorité des cas, la responsabilité de vérifier le bien-fondé de la demande d'asile incombe inévitablement à l'APR qui interroge le demandeur pour le compte du commissaire ainsi qu'au commissaire de la SPR qui préside l'audience ou encore à ce dernier, particulièrement lorsqu'aucun APR ne prend part à l'audience. C'est là un motif important pour conclure qu'il n'est pas absolument nécessaire que tous les éléments du modèle contradictoire suivi par les tribunaux judiciaires soient présents pour assurer l'audience équitable d'une demande d'asile : voir les paragraphes 72 à 75.

[36] Le juge Blanchard a également relevé que les demandeurs d'asile peuvent trouver un avantage stratégique à exposer leur récit avec l'aide de leur propre procureur avant de devoir répondre aux questions de l'APR, qui concentre ordinairement son attention sur les incohérences, lacunes et invraisemblances de l'exposé circonstancié contenu dans le Formulaire de renseignements personnels (FRP) du demandeur et dans ses documents à l'appui, et qui relève les faiblesses de la demande d'asile sur le plan juridique. L'avantage tactique de pouvoir commencer l'interrogatoire peut être particulièrement important dans les audiences portant sur la détermination du statut de réfugié, du fait de la vulnérabilité et de l'anxiété que peuvent générer, chez de nombreux demandeurs d'asile, l'incapacité de communiquer autrement que par l'intermédiaire d'un interprète, les antécédents culturels, l'importance que revêt pour eux la décision finale de la SPR et les répercussions psychologiques des événements pénibles qu'ils ont vécus dans leur pays d'origine.

[37] Néanmoins, le juge Blanchard a conclu que ces facteurs n'occasionnent pas nécessairement un déni d'équité. En effet, en plus d'abrégé l'audience, le fait que l'interrogatoire soit mené par l'APR peut contribuer à améliorer la qualité de l'audience en la canalisant davantage et en permettant au procureur du demandeur de s'assurer de traiter en profondeur les aspects de la demande qui préoccupent le commissaire, lorsque le demandeur expose son récit. Par conséquent, le respect du droit à l'équité procédurale n'implique pas qu'il faille, comme question de principe, donner aux

before being questioned by the RPO and/or RPD member.

[38] Justice Blanchard noted, for example, that RPD members receive training to sensitize them to the accommodations needed when questioning vulnerable claimants, that claimants may supplement or modify the information in their PIF and adduce evidence before the hearing, and that expert evidence indicated that vulnerable claimants' ability to answer questions fully, correctly and clearly is likely to depend more on the tone and style of questioning than on the order in which it occurs.

[39] Moreover, the duty of fairness forbids members from questioning in an overly aggressive and badgering manner, or in a way that otherwise gives rise to a reasonable apprehension of bias. Fairness also requires that claimants be given an adequate opportunity to tell their story in full, to adduce evidence in support of their claim, and to make submissions relevant to it. To this end, fairness may also require that, in certain circumstances, a claimant be afforded the right to be questioned first by her or his counsel. In addition, Guideline 7 recognizes that there will be exceptional cases in which, even though not necessarily required by the duty of fairness, it will be appropriate for the RPD to depart from the standard order of questioning.

[40] I agree with Justice Blanchard's conclusion on this issue and have little useful to add to his reasons. Before us, counsel did not identify any error of principle in the applications Judge's analysis nor produce any binding judicial authority for the proposition that it is a breach of the duty of fairness to deny claimants the right to be questioned first by their own counsel. Criticisms were directed more to the weight that Justice Blanchard gave to some of the evidence and the factors to be considered. I can summarize as follows the principal points made in this Court by counsel.

demandeurs d'asile la possibilité d'être interrogés en premier lieu par leur procureur avant d'être interrogés par l'APR et/ou par le commissaire de la SPR.

[38] Le juge Blanchard a souligné, par exemple, que les commissaires de la SPR reçoivent une formation qui vise à les sensibiliser aux adaptations requises lors de l'interrogatoire d'un demandeur d'asile vulnérable; il a aussi relevé que les demandeurs peuvent compléter ou modifier l'information consignée dans leur FRP et déposer des éléments de preuve avant l'audience, et que suivant une preuve d'expert, la capacité des demandeurs d'asile vulnérables de répondre aux questions pleinement, correctement et clairement est susceptible de dépendre davantage du ton et du style de l'interrogatoire que de l'ordre dans lequel il survient.

[39] En outre, l'obligation d'agir équitablement interdit aux commissaires d'interroger un témoin de manière exagérément agressive et musclée ou de manière à donner autrement naissance à une crainte raisonnable de partialité. L'équité commande aussi que les demandeurs d'asile aient une possibilité suffisante d'exposer toute leur histoire, de présenter des éléments de preuve au soutien de leur demande et de formuler des observations pertinentes au regard de leur cas. À cette fin, l'équité peut dicter, dans certaines circonstances, que le demandeur d'asile se voie accorder la possibilité d'être interrogé d'abord par son procureur. De surcroît, les Directives n° 7 reconnaissent qu'il est approprié, dans certains cas exceptionnels, que la SPR déroge à l'ordre normalisé des interrogatoires, même si ce changement n'est pas imposé par l'obligation d'agir équitablement.

[40] Je souscris aux conclusions du juge Blanchard sur cette question et je n'ai pas grand-chose d'utile à ajouter à ses motifs. Devant nous, l'avocat n'a relevé aucune erreur de principe dans l'analyse du juge des requêtes ni présenté aucun arrêt obligatoire établissant que le refus de reconnaître à des demandeurs d'asile le droit d'être d'abord interrogés par leur propre procureur constitue un manquement à l'obligation d'agir équitablement. Il a surtout contesté le poids que le juge Blanchard a accordé à certains éléments de preuve et traité des facteurs dont il convient de tenir compte. Voici un résumé des principaux arguments avancés par l'avocat devant notre Cour.

[41] First, the importance of the individual rights potentially at stake in refugee protection proceedings indicates a court-like hearing, in which the party with the burden of proof goes first: see, for example, *Can-Am Realty Ltd. v. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 1 (F.C.T.D.), at page 1. I agree at a general level that the seriousness of the rights involved in the determination of a refugee claim, as well as the generally “judicial” character of the oral hearings held by the RPD, militate in favour of affording claimants a high degree of procedural protection. However, its details must also be tailored to fit the inquisitorial and relatively informal nature of the hearing established by Parliament, as well as the RPD’s high volume case load, considerations which reduce the power of the claim to aspects of the adversarial model used in courts, including the order of questioning.

[42] Second, the procedure set out in Guideline 7 is derived from the erroneous notion that the RPD is a board of inquiry, not an adjudicator. Unlike those appearing at inquiries, refugee claimants have the burden of proving a claim, which the RPD adjudicates.

[43] I do not agree. The Board correctly recognizes that the RPD’s procedural model is more inquisitorial in nature, unlike that of the Immigration Appeal Division (*Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraph 82). I cannot conclude on the basis of the evidence as a whole that the Board adopted the standard order of questioning in the mistaken view that the RPD is a board of inquiry, even though it decides claimants’ legal rights in the cases which they bring to it for adjudication and claimants bear the burden of proof. This conclusion is not undermined by a training document “Questioning 101”, prepared by the Board’s Professional Development Branch in 2004 for members and RPOs, which contains a somewhat misleading reference to the compatibility of the standard order of questioning with “a board of inquiry model.”

[41] Premièrement, l’importance des droits individuels qui peuvent être en cause dans les demandes d’asile suggère une audience semblable à celle d’un tribunal judiciaire, dans laquelle la partie responsable de la preuve procède la première : voir, par exemple, *Can-Am Realty Ltd. c. Canada*, [1993] A.C.F. n° 995 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 1. Je suis d’accord, dans l’ensemble, pour dire que la gravité des droits en cause dans la détermination du statut de réfugié ainsi que la nature généralement « judiciaire » des audiences de la SPR tendent à favoriser la reconnaissance d’un degré élevé de protection procédurale aux demandeurs d’asile. Toutefois, les caractéristiques de la procédure doivent aussi être adaptées à la nature inquisitoire et relativement informelle de l’audience décrétée par le législateur et tenir compte du volume important de causes que doit traiter la SPR, facteurs qui réduisent la force de l’argument en faveur de certains aspects du modèle contradictoire utilisé dans les tribunaux judiciaires, parmi lesquels l’ordre des interrogatoires.

[42] Deuxièmement, la procédure établie dans les Directives n° 7 découle de l’idée erronée que la SPR est une commission d’enquête, et non un organisme juridictionnel. À la différence des personnes qui comparaissent à des enquêtes, les demandeurs d’asile ont la responsabilité d’établir le bien-fondé de leur demande, sur laquelle la SPR doit se prononcer.

[43] Je ne suis pas d’accord. La Commission convient avec justesse que le modèle de procédure suivi à la SPR s’apparente à un processus inquisitoire, contrairement à la procédure de la Section d’appel de l’immigration (*Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, au paragraphe 82). Je ne saurais conclure, à partir de la preuve dans son ensemble, que la Commission a fondé l’adoption de l’ordre normalisé des interrogatoires sur la perception erronée que la SPR constitue une commission d’enquête en dépit du fait qu’elle statue sur les droits légaux de demandeurs d’asile qui lui soumettent leur cas pour obtenir une décision et en dépit du fait que le fardeau de la preuve incombe aux demandeurs. Cette conclusion n’est pas compromise par le document de formation (intitulé [TRADUCTION] « Interrogatoire 101 ») préparé en 2004 par la Direction générale du perfectionnement professionnel de la Commission à l’intention des

commissaires et des APR, qui évoque en termes quelque peu trompeurs la compatibilité entre l'ordre normalisé des interrogatoires et [TRADUCTION] « le modèle d'une commission d'enquête ».

[44] A relatively inquisitorial procedural form may reduce the degree of control over the process often exercisable by counsel in adversarial proceedings, especially before inexperienced tribunal members or those who lack the confidence that legal training can give. Nonetheless, the fair adjudication of individual rights is perfectly compatible with an inquisitorial process, where the order of questioning is not as obvious as it generally is in an adversarial hearing.

[44] Un modèle de procédure plutôt inquisitoire est susceptible de diminuer le degré de contrôle que peuvent souvent exercer les procureurs sur le processus dans les instances de nature contradictoire, particulièrement lorsqu'ils comparaissent devant des commissaires inexpérimentés ou des commissaires qui n'ont pas l'assurance que peut donner une formation juridique. Néanmoins, la résolution équitable de demandes fondées sur des droits individuels est tout à fait compatible avec un processus inquisitoire, dans lequel l'ordre des interrogatoires n'est pas aussi clairement établi qu'il l'est en général dans une audience contradictoire.

[45] Third, placing RPD members in the position of asking the claimant questions first, when no RPO is present, distorts their judicial role by thrusting them into the fray, thereby creating a reasonable apprehension of bias by making them appear to be acting as both judge and prosecutor. Guideline 7 is particularly burdensome for members now that panels normally comprise a single member, and there is often no RPO present to assume the primary responsibility for questioning the claimant on behalf of the Board.

[45] Troisièmement, le fait de placer les commissaires dans la position de commencer l'interrogatoire du demandeur d'asile, quand aucun APR n'est présent, dénature leur fonction judiciaire en les poussant dans l'arène et suscite une crainte raisonnable de partialité en donnant l'impression qu'ils agissent à la fois comme juge et poursuivant. Les Directives n° 7 imposent un fardeau particulièrement lourd aux commissaires, maintenant que le tribunal est généralement formé d'un seul commissaire et considérant que, bien souvent, aucun APR n'est présent pour assumer la responsabilité première d'interroger le demandeur d'asile pour le compte de la Commission.

[46] I disagree. Adjudicators can and should normally play a relatively passive role in an adversarial process, because the parties are largely responsible for adducing the evidence and arguments on which the adjudicator must decide the dispute. In contrast, members of the RPD, sometimes assisted by an RPO, do not have this luxury. In the absence in most cases of a party to oppose the claim, members are responsible for making the inquiries necessary, including questioning the claimant, to determine the validity of the claim: see IRPA, paragraph 170(a); *Sivasambo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 741 (T.D.), at pages 757-778; *Shahib v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1250, at paragraph 21. The fact that the member or the RPO may

[46] Je ne partage pas cet avis. Les décideurs peuvent et devraient normalement jouer un rôle relativement passif dans un processus contradictoire, où il incombe principalement aux parties de présenter la preuve et les arguments à partir desquels le décideur tranche le litige. En revanche, les membres de la SPR, parfois assistés d'un APR, n'ont pas ce luxe. À défaut, dans la grande majorité des cas, d'une partie qui s'oppose à la demande, les commissaires ont la responsabilité de faire les vérifications qui s'imposent, et notamment d'interroger le demandeur d'asile, pour pouvoir statuer sur le bien-fondé de la demande : voir l'alinéa 170a) de la LIPR; *Sivasambo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 741 (1^{re} inst.), aux pages 757 à 778; *Shahib c. Canada (Ministre*

ask probing questions does not make the proceeding adversarial in the procedural sense.

[47] To the extent that statements in *Rajaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 135 N.R. 300 (F.C.A.), suggest that a member of the RPD hearing a refugee claim is restricted to asking the kind of questions that a judge in a civil or criminal proceeding may ask, they are, in my respectful opinion, incorrect, especially when no RPO is present.

[48] The fact that members question the claimant first when there is no RPO present does not distort the inquisitorial process established by IRPA and would not give rise to a reasonable apprehension of bias on the part of a person who was informed of the facts and had thought the matter through in a practical manner. Inquisitorial processes of adjudication are not unfair simply because they are relatively unfamiliar to common lawyers.

[49] Fourth, Guideline 7 interferes with claimants' right to the assistance of counsel because it prevents them from being taken through their story by their counsel before being subject to the typically more sceptical questioning by the RPO. I do not agree. Guideline 7 does not curtail counsel's participation in the hearing; counsel is present throughout and may conduct an examination of the client to ensure that the claimant's testimony is before the decision maker. The right to be represented by counsel does not include the right of counsel to determine the order of questioning or, for that matter, any other aspect of the procedure to be followed at the hearing.

[50] Finally, no statistical evidence was adduced to support the allegation that Guideline 7 jeopardizes the ability of the RPD accurately to determine claims for refugee protection. There is simply no evidence to establish what impact, if any, the introduction of Guideline 7 has had on acceptance rates.

de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 1250, au paragraphe 21. Le fait que le commissaire ou l'APR puisse procéder à un interrogatoire serré ne fait pas de l'audience un processus contradictoire sur le plan de la procédure.

[47] Dans la mesure où certains énoncés dans *Rajaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 1271 (C.A.) (QL), laissent entendre qu'un commissaire de la SPR qui instruit une demande d'asile doit se limiter à poser le genre de questions qu'un juge peut poser dans une instance civile ou criminelle, j'estime respectueusement que ces énoncés sont erronés, particulièrement dans les cas où aucun APR n'assiste à l'audience.

[48] Le fait que les commissaires interrogent d'abord le demandeur d'asile lorsqu'il n'y a pas d'APR ne dénature pas le processus inquisitoire établi par la LIPR et ne susciterait pas une crainte raisonnable de partialité chez une personne informée des faits et qui a réfléchi à la question avec un esprit pratique. Les processus décisionnels inquisitoires ne sont pas inéquitables du seul fait qu'ils sont plutôt méconnus des avocats de common law.

[49] Quatrièmement, les Directives n° 7 portent atteinte au droit des demandeurs d'asile à l'assistance d'un procureur, puisqu'elles les empêchent de présenter leur récit avec l'aide de leur procureur avant d'être assujettis à l'interrogatoire habituellement plus méfiant de l'APR. Je ne suis pas d'accord. Les Directives n° 7 ne limitent pas la participation du procureur à l'audience; celui-ci est présent durant toute l'audience et il peut interroger son client pour faire en sorte que la preuve du demandeur soit exposée au décideur. Le droit d'être représenté par un procureur n'emporte pas le droit pour le procureur de décider de l'ordre des interrogatoires ni, d'ailleurs, celui de décider de tout autre aspect de la procédure qu'il convient de suivre à l'audience.

[50] Enfin, aucune statistique n'a été soumise en preuve pour étayer la prétention selon laquelle les Directives n° 7 compromettent la capacité de la SPR de statuer adéquatement sur les demandes d'asile. Aucun élément de preuve n'indique quelle incidence, s'il en est, la mise en œuvre des Directives n° 7 a eu sur les taux d'acceptation.

[51] In summary, the procedure prescribed by Guideline 7 is not, on its face, in breach of the Board's duty of fairness. However, in some circumstances, fairness may require a departure from the standard order of questioning. In those circumstances, a member's refusal of a request that the claimant be questioned first by her counsel may render the determination of the claim invalid for breach of the duty of fairness.

[52] Consequently, if the Chairperson had implemented the reform to the standard order of questioning at refugee determination hearings in a formal rule of procedure issued in accordance with paragraph 161(1)(a), it would have been beyond challenge on the grounds advanced in this appeal respecting the duty of fairness, including bias. The somewhat technical question remaining is whether the Chairperson's choice of legislative instrument (that is, a guideline rather than a formal rule of procedure) to implement the procedural change was in law open to him.

Issue 3: Is Guideline 7 unauthorized by paragraph 159(1)(h) because it is a fetter on RPD members' exercise of discretion in the conduct of hearings?

[53] As already noted, Justice Blanchard and, in *Benitez*, Justice Mosley, reached different conclusions on whether Guideline 7 unlawfully fettered the discretion of members of the RPD in deciding the order of questioning at a refugee determination hearing. The records in the two applications were not identical. In particular, there was more evidence before Justice Mosley, comprising some 40 decisions and excerpts from transcripts of RPD hearings, that RPD members are willing to recognize exceptional cases in which it is appropriate to depart from the standard order of questioning.

[51] En résumé, la procédure prescrite par les Directives n° 7 ne contrevient pas a priori à l'obligation d'agir équitablement de la Commission. Dans certaines circonstances, cependant, l'équité peut commander de s'écarter de l'ordre normalisé des interrogatoires. En de tels cas, le refus du commissaire d'acquiescer à une demande pour que le demandeur d'asile soit interrogé en premier lieu par son procureur est susceptible d'invalider la décision relative à la demande d'asile pour manquement à l'obligation d'agir équitablement.

[52] Par conséquent, si le président avait choisi de prendre une règle de procédure formelle conformément à l'alinéa 161(1)a) pour mettre en œuvre la réforme instaurant l'ordre normalisé des interrogatoires dans les audiences portant sur la détermination du statut de réfugié, cette règle n'aurait pas pu être contestée pour les motifs invoqués dans le présent appel quant à l'obligation d'agir équitablement, notamment en ce qui concerne la partialité. Reste à trancher la question quelque peu technique de savoir s'il était loisible au président, en droit, de choisir l'instrument législatif que sont les directives plutôt que celui de la règle de procédure pour donner effet au changement procédural envisagé.

Question 3 : Les Directives n° 7 découlent-elles d'un exercice non autorisé du pouvoir conféré à l'alinéa 159(1)h) en ce qu'elles entravent l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR de décider du déroulement de l'audience?

[53] Comme il a été mentionné, le juge Blanchard et, dans la décision *Benitez*, le juge Mosley sont parvenus à des conclusions différentes sur la question de savoir si les Directives n° 7 entravent de manière illicite le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR d'arrêter l'ordre des interrogatoires dans les audiences portant sur la détermination du statut de réfugié. Les dossiers dans l'une et l'autre affaire présentaient des différences. En particulier, le juge Mosley disposait d'une preuve plus étoffée, comprenant quelque 40 décisions et extraits de transcriptions d'audiences de la SPR, pour démontrer que les commissaires de la SPR sont disposés à reconnaître les cas exceptionnels dans

[54] In the circumstances of these appeals, it is appropriate to consider all the evidence before both judges. From a practical point of view, it would be anomalous if this Court were to reach different conclusions about the validity of Guideline 7 in two cases set down to be heard one after the other. However, I do not attach much, if any, significance to the differences in the records. Justice Blanchard properly based his conclusion, for the most part, on what he saw as the mandatory language of Guideline 7.

(i) Rules, discretion and fettering

[55] Effective decision making by administrative agencies often involves striking a balance between general rules and the exercise of *ad hoc* discretion or, to put it another way, between the benefits of certainty and consistency on the one hand, and of flexibility and fact-specific solutions on the other. Legislative instruments (including such non-legally binding “soft law” documents as policy statements, guidelines, manuals, and handbooks) can assist members of the public to predict how an agency is likely to exercise its statutory discretion and to arrange their affairs accordingly, and enable an agency to deal with a problem comprehensively and proactively, rather than incrementally and reactively on a case-by-case basis.

[56] Through the use of “soft law” an agency can communicate prospectively its thinking on an issue to agency members and staff, as well as to the public at large and to the agency’s “stakeholders” in particular. Because “soft law” instruments may be put in place relatively easily and adjusted in the light of day-to-day experience, they may be preferable to formal rules requiring external approval and, possibly, drafting appropriate for legislation. Indeed, an administrative agency does not require an express grant of statutory authority in order to issue guidelines and policies to structure the exercise of its discretion or the

lesquels il convient de ne pas suivre l’ordre normalisé des interrogatoires.

[54] Dans les circonstances des appels portant sur ces affaires, il importe de tenir compte de toute la preuve mise à la disposition des deux juges. D’un point de vue pratique, il ne serait pas normal que notre Cour parvienne à des conclusions différentes sur la validité des Directives n° 7 dans deux affaires qu’elle doit entendre l’une après l’autre. Cela dit, j’attache peu d’importance, s’il en est, aux différences entre les deux dossiers. Le juge Blanchard, à juste titre, a surtout fondé sa conclusion sur ce qu’il percevait être le libellé impératif des Directives n° 7.

i) Règles, pouvoir discrétionnaire et entrave au pouvoir discrétionnaire

[55] L’efficacité dans la prise de décisions des organismes administratifs suppose souvent un juste équilibre entre des règles d’application générale et l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire dans les cas appropriés ou, autrement dit, entre les avantages de la certitude et de la cohérence, d’une part, et ceux de la flexibilité et des solutions adaptées à la situation, d’autre part. Certains instruments législatifs (notamment les documents qui ne sont pas obligatoires en droit, comme les énoncés de politique, directives, manuels et guides) peuvent aider les membres du public à prévoir la façon dont un organisme est susceptible d’exercer son pouvoir discrétionnaire et à organiser leurs affaires en conséquence; ces instruments peuvent aussi permettre aux organismes de régler l’ensemble d’un problème de manière proactive, plutôt que de l’aborder de manière partielle et réactive, au cas par cas.

[56] Le recours à ces instruments législatifs non contraignants donne à un organisme la possibilité de faire connaître à ses membres et à son personnel, de même qu’au public en général et aux « parties intéressées » en particulier, la position qu’il pense adopter relativement à une question. Ces instruments non contraignants pouvant être mis en place assez facilement, puis modifiés à la lumière de l’expérience acquise graduellement, ils peuvent être préférables à l’adoption de règles formelles qui nécessitent une autorisation externe et qui peuvent exiger une rédaction adaptée à un texte de nature législative. En effet, un

interpretation of its enabling legislation: *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104 (C.A.) at pages 108-109 (*Ainsley*).

[57] Both academic commentators and the courts have emphasized the importance of these tools for good public administration and have explored their legal significance. See, for example, Hudson N. Janisch, “The Choice of Decision Making Method: Adjudication, Policies and Rule Making” in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992, Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*, Scarborough: Carswell, 1992, page 259; David J. Mullan, *Administrative Law* (Toronto: Irwin Law, 2001), at pages 374-379; Craig, Paul P., *Administrative Law*, 5th ed. (London: Thomson, 2003), at pages 398-405, 536-540; *Capital Cities Communications Inc. et al. v. Canadian radio-Telivision Commn.*, [1978] 2 S.C.R. 141, at page 171; *Vidal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 49 Admin. L.R. 118 (F.C.T.D.), at page 131; *Ainsley*, at pages 107-109.

[58] Legal rules and discretion do not inhabit different universes, but are arrayed along a continuum. In our system of law and government, the exercise of even the broadest grant of statutory discretion which may adversely affect individuals is never absolute and beyond legal control: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at page 140 (*per* Rand J.). Conversely, few, if any, legal rules admit of no element of discretion in their interpretation and application: *Baker*, at paragraph 54.

[59] Although not legally binding on a decision maker in the sense that it may be an error of law to misinterpret or misapply them, guidelines may validly influence a decision maker’s conduct. Indeed, in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, McIntyre J., writing for the Court, said (at page 6):

organisme administratif peut, sans disposer d’une autorisation législative expresse, donner des directives et définir des politiques visant à structurer l’exercice de son pouvoir discrétionnaire ou l’interprétation de sa loi habilitante : *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104 (C.A.), aux pages 108-109 (*Ainsley*).

[57] Tant les observateurs du milieu universitaire que les tribunaux ont souligné l’importance de ces outils pour une saine administration publique et en ont étudié la portée juridique. Voir, par exemple, Hudson N. Janisch, « The Choice of Decision Making Method : Adjudication, Policies and Rule Making » dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992, Administrative Law : Principles, Practice and Pluralism* Scarborough : Carswell, 1992, page 259; David J. Mullan, *Administrative Law* (Toronto, Irwin Law, 2001) aux pages 374 à 379; Craig, Paul P., *Administrative Law*, 5^e éd. (Londres : Thomson, 2003), aux pages 398 à 405 et 536 à 540; *Capital Cities Communications Inc. et autre c. Conseil de la radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, à la page 171; *Vidal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 63 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 11; *Ainsley*, aux pages 107 à 109.

[58] Les règles de droit et le pouvoir discrétionnaire ne font pas partie d’univers distincts, mais prennent place dans un continuum. Dans notre système de droit et de gouvernement, l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi et susceptible d’avoir des répercussions défavorables sur des particuliers, fût-il considérable, n’est jamais absolu ni soustrait au contrôle juridique : *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la page 140 (le juge Rand). À l’inverse, il est peu de règles de droit, s’il en est, dont l’interprétation et l’application n’admettent l’exercice d’aucune latitude : arrêt *Baker*, au paragraphe 54.

[59] Même si elles ne lient pas en droit les décideurs, dans le sens qu’une mauvaise interprétation ou une mauvaise application peut constituer une erreur de droit, les directives peuvent néanmoins influencer valablement sur la conduite du décideur. De fait, dans l’arrêt *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, le juge McIntyre, s’exprimant au nom de la Cour, a déclaré (à la page 6) :

The fact that the Minister in his policy guidelines issued in the Notice to Importers employed the words: “If Canadian product is not offered at the market price, a permit will normally be issued; . . .” does not fetter the exercise of that discretion. [Emphasis added.]

The line between law and guideline was further blurred by *Baker*, at paragraph 72, where, writing for a majority of the Court, L’Heureux-Dubé J. said that the fact that administrative action is contrary to a guideline “is of great help” in assessing whether it is unreasonable.

[60] The use of guidelines, and other “soft law” techniques, to achieve an acceptable level of consistency in administrative decisions is particularly important for tribunals exercising discretion, whether on procedural, evidential or substantive issues, in the performance of adjudicative functions. This is especially true for large tribunals, such as the Board, which sit in panels; in the case of the RPD, as already noted, a panel typically comprises a single member.

[61] It is fundamental to the idea of justice that adjudicators, whether in administrative tribunals or courts, strive to ensure that similar cases receive the same treatment. This point was made eloquently by Gonthier J. when writing for the majority in *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at page 327 (*Consolidated-Bathurst*):

It is obvious that coherence in administrative decision making must be fostered. The outcome of disputes should not depend on the identity of the persons sitting on the panel for this result would be [TRANSLATION] “difficult to reconcile with the notion of equality before the law, which is one of the main corollaries of the rule of law, and perhaps also the most intelligible one”. [Citation omitted.]

[62] Nonetheless, while agencies may issue guidelines or policy statements to structure the exercise of statutory discretion in order to enhance consistency, administrative decision makers may not apply them as if they were

Le fait que le Ministre ait employé dans ses lignes directrices contenues dans l’avis aux importateurs les mots : « Si le produit canadien n’est pas offert au prix du marché, une licence est émise. . . » n’entrave pas l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire. [Non souligné dans l’original.]

La frontière entre le droit et les directives s’est encore estompée dans l’arrêt *Baker*, où la juge L’Heureux-Dubé, s’exprimant au nom de la majorité de la Cour, a fait remarquer, au paragraphe 72, que le fait que l’administration a agi de manière contraire aux directives « est d’une grande utilité » pour évaluer si la décision était déraisonnable.

[60] Le recours à des directives et à d’autres techniques n’ayant pas caractère obligatoire en vue d’assurer une cohérence raisonnable dans les décisions de nature administrative est particulièrement important pour l’exercice des fonctions décisionnelles des tribunaux auxquels la loi a conféré un pouvoir discrétionnaire sur des questions de procédure, de preuve ou de fond. Cette importance est d’autant plus marquée pour les tribunaux de grande envergure, comme la Commission, qui siègent en formations; dans le cas de la SPR, comme il a été précisé, le tribunal est généralement formé d’un seul commissaire.

[61] Le principe même de la justice exige que les décideurs, tant dans les tribunaux administratifs que dans les cours de justice, s’efforcent de veiller à ce que des cas semblables soient traités de la même façon. Le juge Gonthier, s’exprimant au nom de la majorité de la Cour dans l’arrêt *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, à la page 327 (*Consolidated-Bathurst*), a exposé ce point avec éloquence :

Il est évident qu’il faut favoriser la cohérence des décisions rendues en matière administrative. L’issue des litiges ne devrait pas dépendre de l’identité des personnes qui composent le banc puisque ce résultat serait « difficile à concilier avec la notion d’égalité devant la loi, l’un des principaux corollaires de la primauté du droit, et peut-être aussi le plus intelligible ». [Citation omise.]

[62] Néanmoins, si les organismes sont libres de donner des directives ou de formuler des énoncés de politique visant à coordonner l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi afin de favoriser la

law. Thus, a decision made solely by reference to the mandatory prescription of a guideline, despite a request to deviate from it in the light of the particular facts, may be set aside, on the ground that the decision maker's exercise of discretion was unlawfully fettered: see, for example, *Maple Lodge Farms*, at page 7. This level of compliance may only be achieved through the exercise of a statutory power to make "hard" law, through, for example, regulations or statutory rules made in accordance with statutorily prescribed procedure.

[63] In addition, the validity of a rule or policy itself has sometimes been impugned independently of its application in the making of a particular decision. *Ainsley* is the best known example. That case concerned a challenge to the validity of a non-statutory policy statement issued by the Ontario Securities Commission setting out business practices which would satisfy the public interest in the marketing of penny stocks by certain securities dealers. The policy also stated that the Commission would not necessarily impose a sanction for non-compliance on a dealer under its "public interest" jurisdiction but would consider the particular circumstances of each case.

[64] Writing for the Court in *Ainsley*, Doherty J.A. adopted [at page 110] the criteria formulated by the trial Judge for determining if the policy statement was "a mere guideline" or was "mandatory," namely, its language, the practical effect of non-compliance, and the expectations of the agency and its staff regarding its implementation. On the basis of these criteria, Doherty J.A. concluded that the policy statement was invalid. He emphasized, in particular, its minute detail, which "reads like a statute or regulation" (at page 111), and the threat of sanctions for non-compliance. He found this threat to be implicit in the Commission's pronouncement that the business practices it described complied with the public interest, and was evident in the attitude of enforcement staff, who treated the policy as if it were a statute or regulation, breach of which was liable to trigger

cohérence, les décideurs administratifs ne peuvent pas appliquer ces directives et politiques comme si elles constituaient le droit. Aussi une décision fondée uniquement sur les consignes impératives d'une directive malgré une demande pour qu'il y soit fait exception en raison d'une situation particulière, pourra-t-elle être annulée au motif que le décideur a illicitement entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire : voir, par exemple, l'arrêt *Maple Lodge Farms*, à la page 7. Un tel degré d'observation ne peut être imposé que par l'exercice d'un pouvoir légal de prendre des dispositions contraignantes, par exemple un règlement ou des règles établies au titre de la loi et conformément à la procédure qu'elle prescrit.

[63] En outre, la validité même d'une règle ou d'une politique est parfois contestée indépendamment de son application dans la prise d'une décision particulière. L'exemple le plus connu est celui de l'arrêt *Ainsley*. Cette affaire mettait en cause la validité d'un énoncé de politique non prévu par la loi, établi par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario pour définir des pratiques commerciales qui protégeraient l'intérêt public en matière de commercialisation, par certains courtiers en valeurs mobilières, d'actions cotées en cents. La politique précisait que la Commission n'imposerait pas automatiquement à un courtier en défaut une sanction fondée sur sa compétence en matière d'« intérêt public », mais examinerait plutôt les circonstances particulières de chaque cas.

[64] Le juge Doherty, s'exprimant au nom de la Cour d'appel dans *Ainsley* [à la page 110], a souscrit aux critères retenus par le juge de première instance pour décider si l'énoncé de politique donnait [TRADUCTION] « de simples directives » ou prescrivait des consignes [TRADUCTION] « impératives », à savoir les termes utilisés dans l'énoncé de politique, les conséquences pratiques du défaut de s'y conformer et les attentes de l'organisme et de son personnel relativement à sa mise en œuvre. À la lumière de ces critères, le juge Doherty a conclu que l'énoncé de politique était invalide. Il a insisté plus particulièrement sur la précision des énoncés, [TRADUCTION] « rédigés à la manière d'une loi ou d'un règlement » (à la page 111), et sur la menace de sanctions en cas de non-respect. Cette menace, à son avis, était implicite dans la déclaration de la

enforcement proceedings.

(ii) Guideline 7 and the fettering of discretion

(a) Is Guideline 7 delegated legislation?

[65] An initial question is whether guidelines issued under IRPA, paragraph 159(1)(h) constitute delegated legislation, having the full force of law “hard law”. If they do, Guideline 7 can no more be characterized as an unlawful fetter on members’ exercise of discretion with respect to the order of questioning than could a rule of procedure to the same effect issued under IRPA, paragraph 161(1)(a): *Bell Canada v. Canadian Employees Association*, [2003] 1 S.C.R. 884, at paragraph 35 (*Bell Canada*).

[66] In my view, despite the express statutory authority of the Chairperson to issue guidelines, they do not have the same legal effects that statutory rules can have. In particular, guidelines cannot lay down a mandatory rule from which members have no meaningful degree of discretion to deviate, regardless of the facts of the particular case before them. The word “guideline” itself normally suggests some operating principle or general norm, which does not necessarily determine the result of every dispute.

[67] However, the meaning of “guideline” in a statute may depend on context. For example, in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pages 33-37, La Forest J. upheld the validity of mandatory environmental assessment guidelines issued under section 6 of the *Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10, which, he held, constituted delegated legislation and, as such, were legally binding.

Commission portant que les pratiques commerciales décrites dans la politique correspondaient à l’intérêt public, et ressortait clairement de l’attitude du personnel responsable de son application, qui assimilait la politique à une loi ou un règlement dont l’inobservation était de nature à déclencher des mesures d’application.

ii) Directives n° 7 et entrave au pouvoir discrétionnaire

a) Les Directives n° 7 constituent-elles une législation déléguée?

[65] Il convient de se demander, au départ, si les directives données au titre de l’alinéa 159(1)(h) de la LIPR constituent une mesure de législation déléguée, qui a force de loi. Si tel est le cas, l’on ne saurait qualifier les Directives n° 7 d’entrave illicite à l’exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires en ce qui touche l’ordre des interrogatoires davantage qu’on ne le pourrait à l’égard d’une règle de procédure de la même teneur prise en application de l’alinéa 161(1)(a) de la LIPR : *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884, au paragraphe 35 (*Bell Canada*).

[66] J’estime qu’en dépit du pouvoir exprès de donner des directives conféré par la LIPR au président, les directives n’ont pas les mêmes effets juridiques que des règles de procédure prises en vertu de la loi. Plus particulièrement, les directives ne peuvent pas établir une règle obligatoire à laquelle les commissaires n’ont aucun véritable pouvoir discrétionnaire de déroger, quels que soient les faits de l’affaire dont ils sont saisis. Le terme « directive » lui-même suggère habituellement un principe directeur ou une norme générale, qui ne dicte pas invariablement le résultat de la question à régler.

[67] Toutefois, la signification du terme « directives » dans une loi peut dépendre du contexte. Ainsi, dans l’arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pages 33 à 37, le juge La Forest a confirmé la validité de lignes directrices impératives en matière d’évaluation environnementale instituées en vertu de l’article 6 de la *Loi sur le ministère de l’Environnement*, L.R.C. (1985), ch E-10, lesquelles, a-t-il conclu, consistaient en une législation déléguée et, à ce titre, avaient force obligatoire.

[68] In my view, *Oldman River* is distinguishable from the case before us. Section 6 of the *Department of the Environment Act* provided that guidelines were to be issued by an “order” “*arrêté*” of the Minister and approved by the Cabinet. In contrast, only rules issued by the Chairperson require Cabinet approval, guidelines “*directives*” do not. It would make little sense for IRPA to have conferred powers on the Chairperson to issue two types of legislative instrument, guidelines and rules, specified that rules must have Cabinet approval, and yet given both the same legal effect.

[69] Guidelines issued by the Human Rights Commission pursuant to subsection 27(2) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 20] of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, have also been treated as capable of having the full force of law, even though they are made by an independent administrative agency and are not subject to Cabinet approval: *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [2000] 1 F.C. 146 (T.D.), at paragraphs 136-141; *Bell Canada*, at paragraphs 35-38.

[70] In *Bell Canada*, LeBel J. held (at paragraph 37), “[a] functional and purposive approach to the nature” of the Commission’s guidelines, that they were “akin to regulations.” a conclusion supported by the use of the word “*ordonnance*” in the French text of subsection 27(2) of the *Canadian Human Rights Act*. In addition, subsection 27(3) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 20] expressly provides that guidelines issued under subsection 27(2) are binding on the Commission and on the person or panel assigned to inquire into a complaint of discrimination referred by the Commission under subsection 49(2) [as am. *idem*, s. 27] of the Act.

[71] In my opinion, the scheme of IRPA is different, particularly the inclusion of a potentially overlapping rule-making power and the absence of a provision that guidelines are binding on adjudicators. In addition, the

[68] À mon avis, l’arrêt *Oldman River* peut être distingué du présent appel. Suivant l’article 6 de la *Loi sur le ministère de l’Environnement*, les directives devaient être établies par « arrêté » du ministre et approuvées par le gouverneur en conseil. En revanche, en l’espèce, seules les règles prises par le président sont assujetties à l’agrément du gouverneur en conseil; les directives (*guidelines*) ne le sont pas. Il ne serait pas logique que la LIPR, qui confère au président le pouvoir d’avoir recours à deux genres d’instruments législatifs, des directives et des règles, ait précisé que les règles devaient être approuvées par le gouverneur en conseil, si règles et directives avaient les mêmes conséquences juridiques.

[69] Les directives données par la Commission des droits de la personne en application du paragraphe 27(2) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 20] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, ont aussi été considérées comme des instruments pouvant avoir force de loi, bien qu’elles soient prises par un organisme administratif indépendant et qu’elles ne requièrent pas l’approbation du gouverneur en conseil : *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2000] 1 C.F. 146 (1^{re} inst.), aux paragraphes 136 à 141; arrêt *Bell Canada*, aux paragraphes 35 à 38.

[70] Dans l’arrêt *Bell Canada*, le juge LeBel a conclu (au paragraphe 37) que « [u]ne analyse fonctionnelle de la nature » des ordonnances (*guidelines*) de la Commission révélait qu’elles constituent « une forme de mesures législatives apparentées aux règlements », une conclusion étayée par l’emploi du mot « ordonnance » dans la version française du paragraphe 27(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. De plus, le paragraphe 27(3) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 20] prévoit expressément que les ordonnances prises en vertu du paragraphe 27(2) lient la Commission et la personne ou le tribunal désigné en vertu du paragraphe 49(2) [mod., *idem*, art. 27] de la Loi pour instruire une plainte de discrimination déferée par la Commission.

[71] Je suis d’avis que le régime de la LIPR est différent, particulièrement quant à l’inclusion d’un pouvoir de prendre des règles qui pourrait se superposer à celui de prendre des directives et quant à l’absence

word “*directives*” in the French text of paragraph 159(1)(*h*) suggests a less legally authoritative instrument than “*ordonnance*.”

[72] I conclude, therefore, that, even though issued under an express statutory grant of power, guidelines issued under IRPA, paragraph 159(1)(*h*) cannot have the same legally binding effect on members as statutory rules may.

(b) Is Guideline 7 an unlawful fetter on members’ discretion?

[73] Since guidelines issued by the Chairperson of the Board do not have the full force of law, the next question is whether, in its language and effect, Guideline 7 unduly fetters RPD members’ discretion to determine for themselves, case-by-case, the order of questioning at refugee protection hearings. In my opinion, language is likely to be a more important factor than effect in determining whether Guideline 7 constitutes an unlawful fetter. It is inherently difficult to predict how decision makers will apply a guideline, especially in an agency, like the Board, with a large membership sitting in panels.

[74] Consequently, since the language of Guideline 7 expressly permits members to depart from the standard order of questioning in exceptional circumstances, the Court should be slow to conclude that members will regard themselves as bound to follow the standard order, in the absence of clear evidence to the contrary, such as that members have routinely refused to consider whether the facts of particular cases require an exception to be made.

[75] I turn first to language. The *Board’s Policy on the Use of Chairperson’s Guidelines*, issued in 2003 [Policy No. 2003-07], states that guidelines are not legally binding on members: section 6. The introduction

d’une disposition établissant que les directives lient les décideurs. En outre, le terme « directives », dans la version française de l’alinéa 159(1)*h*), permet de penser que cet instrument législatif est moins contraignant, sur le plan juridique, qu’une « ordonnance ».

[72] Je conclus en conséquence que même si elles sont établies en vertu d’un pouvoir expressément conféré par la loi, les directives données au titre de l’alinéa 159(1)*h*) de la LIPR ne peuvent lier en droit les commissaires comme s’il s’agissait de règles prises au titre de la Loi.

b) Les Directives n° 7 constituent-elles une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire des commissaires?

[73] Les directives du président de la Commission n’ayant pas force de loi, il convient de se demander si le libellé et l’effet des Directives n° 7 entravent indûment le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR de décider eux-mêmes, dans chaque cas d’espèce, l’ordre des interrogatoires qu’il convient d’adopter dans les audiences relatives aux demandes d’asile. À mon avis, le libellé est susceptible de constituer un facteur plus important que l’effet des directives pour arrêter si celles-ci constituent une entrave illicite. Il est, par essence, difficile de prévoir comment des décideurs appliqueront des directives, particulièrement dans le cas d’un organisme qui, comme la Commission, compte un grand nombre de commissaires qui siègent en formations.

[74] Par conséquent, puisque le libellé des Directives n° 7 permet expressément aux commissaires de déroger à l’ordre normalisé des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles, la Cour devrait hésiter à conclure que les commissaires se considèrent tenus de suivre l’ordre normalisé, à défaut d’une preuve contraire claire, par exemple une preuve établissant que les commissaires refusent régulièrement d’examiner si les faits de cas individuels commandent une exception à la directive.

[75] J’examinerai d’abord le libellé. La *Politique sur l’utilisation des directives du président*, établie par la Commission en 2003 [Politique n° 2003-07], précise à l’article 6 que les commissaires ne sont pas liés par les

to Guideline 7 states: “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.”

[76] The text of the provisions of Guideline 7 are of most immediate relevance to this appeal. Paragraph 19 states that it “will be” standard practice for the RPO to question the claimant first; this is less obligatory than “must” or some similarly mandatory language. The discretionary element of Guideline 7 is emphasized in paragraph 19, which provides that, while “the standard practice will be for the RPO to start questioning the claimant” (emphasis added), a member may vary the order [at paragraph 23] “in exceptional circumstances.”

[77] Claimants who believe that exceptional circumstances exist in their case must apply to the RPD, before the start of the hearing, for a change in the order of questioning. The examples, and they are only examples, of exceptional circumstances given in paragraph 23 suggest that only the most unusual cases will warrant a variation. However, the parameters of “exceptional circumstances” will no doubt be made more precise, and likely expanded incrementally, on a case-by-case basis.

[78] I agree with Justice Blanchard’s conclusion (at paragraph 119) that the language of Guideline 7 is more than “a recommended but optional process.” However, as *Maple Lodge Farms* makes clear, the fact that a guideline is intended to establish how discretion will normally be exercised is not enough to make it an unlawful fetter, as long as it does not preclude the possibility that the decision maker may deviate from normal practice in the light of particular facts: see *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 195 (F.C.A.).

directives. L’introduction des Directives n° 7 spécifie : « 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 ».

[76] Le libellé des dispositions des Directives n° 7 est d’une grande pertinence pour le présent appel. Le paragraphe 19 établit que « c’est » généralement l’APR qui commence à interroger le demandeur d’asile; ce libellé est moins contraignant que si l’on avait employé le verbe « devoir » ou un autre terme aussi impératif. Le paragraphe 19 des Directives n° 7 souligne l’aspect discrétionnaire des directives; après avoir posé que « c’est généralement l’APR qui commence à interroger le demandeur d’asile » (non souligné dans l’original), les directives précisent que [au paragraphe 23] « [l]e commissaire peut changer l’ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles ».

[77] Les demandeurs qui estiment qu’il existe dans leur cas des circonstances exceptionnelles doivent soumettre une demande à la SPR, avant le début de l’audience, pour changer l’ordre des interrogatoires. Les exemples de circonstances exceptionnelles—et ce ne sont que des exemples—fournis au paragraphe 23 semblent indiquer que seuls les cas les plus inhabituels justifieront un changement dans l’ordre des interrogatoires. Cependant, les paramètres des « circonstances exceptionnelles » se préciseront sans doute et s’étendront probablement peu à peu, au fil des cas d’espèce.

[78] Je souscris à la conclusion du juge Blanchard (au paragraphe 119) selon laquelle les termes employés dans les Directives n° 7 « ne recommandent pas un processus facultatif » mais suggèrent une norme d’observation plus stricte. Toutefois, comme il ressort clairement de l’arrêt *Maple Lodge Farms*, le fait que des directives visent à établir comment un pouvoir discrétionnaire sera généralement exercé n’est pas suffisant pour constituer une entrave illicite, pour autant que les directives n’excluent pas la possibilité pour les décideurs de déroger à la pratique générale à la lumière de situations particulières : voir *Ha c. Canada (Ministre de la*

[79] To turn to the effect of Guideline 7, there was evidence that, when requested by counsel, members of the RPD had exercised their discretion and varied the standard order of questioning in cases which they regarded as exceptional. No such request was made on behalf of Mr. Thamothers. In any event, members must permit a claimant to be questioned first by her or his counsel when the duty of fairness so requires.

[80] In at least one case, however, a member wrongly regarded himself as having no discretion to vary the standard order of questioning prescribed in Guideline 7. On July 3, 2005, this decision was set aside on consent on an application for judicial review, on the ground that the member had fettered the exercise of his discretion, and the matter remitted for re-determination by a different member of the RPD: *Baskaran v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (Court File No. IMM-7189-04). Nonetheless, the fact that some members may erroneously believe that Guideline 7 removes their discretion to depart from the standard practice in exceptional circumstances does not warrant invalidating the Guideline. In such cases, the appropriate remedy for an unsuccessful claimant is to seek judicial review to have the RPD's decision set aside.

[81] There was also evidence from Professor Donald Galloway, an immigration and refugee law scholar, a consultant to the Board and a former Board member, that RPD members would feel constrained from departing from the standard order of questioning. However, he did not base his opinion on the actual conduct of members with respect to Guideline 7.

[82] In short, those challenging the validity of Guideline 7 did not produce evidence establishing on a balance of probabilities that members rigidly apply the

Citoyenneté et de l'Immigration), [2004] 3 R.C.F. 195 (C.A.F.).

[79] Quant à l'effet des Directives n° 7, des éléments de preuve démontrent que, sur demande du procureur, des commissaires de la SPR ont exercé leur pouvoir discrétionnaire et changé l'ordre normalisé des interrogatoires dans les cas qu'ils jugeaient exceptionnels. Aucune demande à cet égard n'a été présentée pour le compte de M. Thamothers. Quoi qu'il en soit, les commissaires doivent permettre que le demandeur d'asile soit d'abord interrogé par son procureur lorsque l'obligation d'agir équitablement l'exige.

[80] Par contre, dans un cas tout au moins, un commissaire a erronément considéré qu'il n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de changer l'ordre des interrogatoires établi dans les Directives n° 7. Le 3 juillet 2005, cette décision a été annulée sur consentement à la suite d'une demande de contrôle judiciaire, au motif que le commissaire avait entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, et l'affaire a été renvoyée pour réexamen par un autre commissaire de la SPR : *Baskaran c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (dossier de la Cour n° IMM-7189-04). Cela dit, le fait que certains commissaires puissent croire, à tort, que les Directives n° 7 les privent du pouvoir discrétionnaire de déroger à la pratique normalisée dans des circonstances exceptionnelles ne justifie pas d'invalider les directives. Dans un tel cas, la démarche appropriée pour le demandeur d'asile débouté consiste à demander le contrôle judiciaire en vue de faire annuler la décision de la SPR.

[81] Le professeur Donald Galloway, universitaire spécialisé en droit de l'immigration et des réfugiés, consultant pour la Commission et ancien membre de la Commission, a aussi fait valoir, dans sa déposition, que des commissaires se sentiraient intimidés de ne pas suivre l'ordre normalisé des interrogatoires. Toutefois, son opinion ne repose pas sur la conduite réelle des commissaires au regard des Directives n° 7.

[82] Bref, les personnes qui contestent la validité des Directives n° 7 n'ont pas présenté la preuve requise pour établir, selon la prépondérance de la preuve, que les

standard order of questioning without regard to its appropriateness in particular circumstances.

[83] I recognize that members of the RPD must perform their adjudicative functions without improper influence from others, including the Chairperson and other members of the Board. However, the jurisprudence also recognizes that administrative agencies must be free to devise processes for ensuring an acceptable level of consistency and quality in their decisions, a particular challenge for large tribunals which, like the Board, sit in panels.

[84] Most notably, the Supreme Court of Canada in *Consolidated-Bathurst* upheld the Ontario Labour Relations Board's practice of inviting members of panels who had heard but not yet decided cases to bring them to "full Board meetings," where the legal or policy issues that they raised could be discussed in the absence of the parties. This practice was held not to impinge improperly on members' adjudicative independence, or to breach the principle of procedural fairness that those who hear must also decide. Writing for the majority of the Court, Gonthier J. said (at page 340):

The institutionalization of the consultation process adopted by the Board provides a framework within which the experience of the chairman, vice-chairmen and members of the Board can be shared to improve the overall quality of its decisions. Although respect for the judicial independence of Board members will impede total coherence in decision making, the Board through this consultation process seeks to avoid inadvertent contradictory results and to achieve the highest degree of coherence possible under these circumstances.

The advantages of an institutionalized consultation process are obvious and I cannot agree with the proposition that this practice necessarily conflicts with the rules of natural justice. The rules of natural justice must have the flexibility required to take into account the institutional pressures faced by

commissaires appliquent la directive relative à l'ordre des interrogatoires avec rigidité, sans se demander s'il est approprié de la suivre dans certaines circonstances particulières

[83] Je conviens que les commissaires de la SPR doivent s'acquitter de leurs fonctions décisionnelles sans subir l'influence indue de tiers, y compris du président et d'autres membres de la Commission. Néanmoins, la jurisprudence reconnaît aussi que les organismes administratifs doivent avoir la possibilité de mettre au point des processus visant à assurer un degré de cohérence et de qualité satisfaisants dans leurs décisions, un défi particulier pour les tribunaux de taille importante qui, comme la Commission, siègent en formations.

[84] Plus particulièrement, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst*, a maintenu la pratique de la Commission des relations de travail de l'Ontario d'inviter les commissaires de formations qui avaient entendu des cas sur lesquels ils n'avaient pas encore statué, à parler de ces cas lors d'une « réunion plénière de la Commission », où, en l'absence des parties, l'on pouvait discuter des questions juridiques ou des questions de politique soulevées par ces cas. La Cour a jugé que cette pratique n'entravait pas de façon inacceptable l'indépendance décisionnelle des commissaires ni ne violait le principe d'équité procédurale selon lequel il appartient à celui qui entend une cause de la trancher. S'exprimant au nom de la majorité de la Cour, le juge Gonthier a écrit (à la page 340) :

L'institutionnalisation du processus de consultation adopté par la Commission fournit un cadre qui permet au président, aux vice-présidents et aux commissaires de mettre leur expérience en commun et d'améliorer la qualité globale de leurs décisions. Quoique le respect de l'indépendance judiciaire des commissaires empêche d'obtenir la cohérence parfaite des décisions de la Commission, celle-ci cherche, par ce processus de consultation à éviter les décisions contradictoires rendues par inadvertance et à atteindre le niveau de cohérence le plus élevé possible dans les circonstances.

Les avantages d'un processus institutionnalisé de consultation sont manifestes et je ne puis souscrire à la proposition que cette pratique contrevient forcément aux règles de justice naturelle. Les règles de justice naturelle doivent avoir la souplesse nécessaire pour tenir compte à la

modern administrative tribunals as well as the risks inherent in such a practice.

[85] However, the arrangements made for discussions within an agency with members who have heard a case must not be so coercive as to raise a reasonable apprehension that members' ability to decide cases free from improper constraints has been undermined: *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952.

[86] Evidence that the Immigration and Refugee Board "monitors" members' deviations from the standard order of questioning does not, in my opinion, create the kind of coercive environment which would make Guideline 7 an improper fetter on members' exercise of their decision-making powers. On a voluntary basis, members complete, infrequently and inconsistently, a hearing information sheet asking them, among other things, to explain when and why they had not followed "standard practice" on the order of questioning. There was no evidence that any member had been threatened with a sanction for non-compliance. Given the Board's legitimate interest in promoting consistency, I do not find it at all sinister that the Board does not attempt to monitor the frequency of members' compliance with the "standard practice."

[87] Nor is it an infringement of members' independence that they are expected to explain in their reasons why a case is exceptional and warrants a departure from the standard order of questioning. Such an expectation serves the interests of coherence and consistency in the Board's decision making in at least two ways. First, it helps to ensure that members do not arbitrarily ignore Guideline 7. Second, it is a way of developing criteria for determining if circumstances are "exceptional" for the purpose of paragraph 23 and of providing guidance to other members, and to the Bar, on the exercise of discretion to depart from the standard order of questioning in future cases.

fois des pressions institutionnelles qui s'exercent sur les tribunaux administratifs modernes et des risques inhérents à cette pratique.

[85] Toutefois, les dispositions prises par un organisme pour discuter avec des membres qui ont entendu une affaire ne doivent pas être contraignantes au point de faire craindre raisonnablement que la capacité des membres de se prononcer sans contrainte indue est compromise : *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952.

[86] La preuve selon laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié [TRADUCTION] « surveille » les dérogations à l'ordre normalisé des interrogatoires ne dénote pas, à mon avis, l'imposition d'un encadrement contraignant dans lequel les Directives n° 7 constitueraient une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires. Les commissaires remplissent parfois, sporadiquement et à titre volontaire, une fiche de renseignements sur l'audience dans laquelle on leur demande d'expliquer notamment à quelle occasion et pour quel motif ils n'ont pas suivi la pratique normalisée quant à l'ordre des interrogatoires. Aucune preuve n'indique que des membres aient été menacés de sanctions pour ne s'être pas conformés aux directives. La Commission ayant un intérêt légitime à favoriser la cohérence, je ne vois rien de répréhensible au fait qu'elle ne tente pas de vérifier à quel point les commissaires observent la pratique normalisée quant à l'ordre des interrogatoires.

[87] Ne constitue pas non plus une atteinte à l'indépendance des commissaires le fait qu'on s'attende à ce que ceux-ci expliquent dans leurs motifs les raisons pour lesquelles un cas présente des circonstances exceptionnelles justifiant de ne pas appliquer l'ordre normalisé des interrogatoires. Cette mesure favorise la cohérence et l'harmonie dans la prise de décisions au sein de la Commission de deux façons au moins. D'abord, elle contribue à éviter que les commissaires ignorent à leur guise les Directives n° 7. De plus, elle permet d'élaborer des critères pour évaluer si des circonstances sont « exceptionnelles » aux fins du paragraphe 23 et de fournir, aux autres commissaires ainsi qu'au Barreau, des orientations pour les cas futurs quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de déroger à l'ordre normalisé des interrogatoires.

[88] In my opinion, therefore, the evidence in the present case does not establish that a reasonable person would think that RPD members' independence was unduly constrained by Guideline 7, particularly in view of: the terms of the Guideline; the evidence of members' deviation from "standard practice"; and the need for the Board, the largest administrative agency in Canada, to attain an acceptable level of consistency at hearings, conducted mostly by single members.

[89] Adjudicative "independence" is not an all or nothing thing, but is a question of degree. The independence of judges, for example, is balanced against public accountability, through the Canadian Judicial Council, for misconduct. The independence of members of administrative agencies must be balanced against the institutional interest of the agency in the quality and consistency of the decisions, from which there are normally only limited rights of access to the courts, rendered by individual members in the agency's name.

(iii) Is Guideline 7 invalid because it is a rule of procedure and should therefore have been issued under IRPA, paragraph 161(1)(a)?

[90] On its face, the power granted by IRPA, paragraph 159(1)(h) to the Chairperson to issue guidelines in writing "to assist members in carrying out their duties" is broad enough to include a guideline issued in respect of the exercise of members' discretion in procedural, evidential or substantive matters. Members' "duties" include the conduct of hearings "as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit": IRPA, subsection 162(2). In my view, structuring members' discretion over the order of questioning is within the subject-matter of the guidelines contemplated by section 159.

[88] En conséquence, à mon avis, la preuve en l'espèce ne démontre pas qu'une personne raisonnable estimerait l'indépendance des commissaires de la SPR indûment limitée par les Directives n° 7, particulièrement au regard des facteurs suivants : le libellé des directives; la preuve établissant que des commissaires dérogent à la pratique normalisée; l'importance pour la Commission, le plus grand tribunal administratif du Canada, d'obtenir un niveau acceptable de cohérence dans ses audiences, tenues le plus souvent par un seul commissaire.

[89] L'« indépendance » décisionnelle n'est pas un concept monolithique, mais une question de degrés. Par exemple, l'indépendance des juges, en matière d'inconduite, est soupesée par le Conseil canadien de la magistrature en fonction de leur responsabilité à l'égard du public. L'indépendance des membres d'organismes administratifs doit être soupesée en fonction de l'intérêt qu'a l'organisme, comme institution, à veiller à la qualité et à la cohérence des décisions rendues en son nom par chacun de ses membres, décisions à l'égard desquelles, généralement, la possibilité de contestation judiciaire est limitée.

iii) Les Directives n° 7 sont-elles invalides du fait qu'elles sont des règles de procédure et qu'à ce titre, elles auraient dû être prises en vertu de l'alinéa 161(1)a) de la LIPR?

[90] À première vue, le pouvoir conféré au président à l'alinéa 159(1)h) de la LIPR de donner des directives écrites « en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions » est suffisamment large pour comprendre des directives concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires relativement à la procédure, à la preuve et à des questions de fond. Les « fonctions » des commissaires incluent la tenue d'audiences tenues, « dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité [...] le permettent, sans formalisme et avec célérité », ainsi qu'il est énoncé au paragraphe 162(2) de la LIPR. À mon sens, le pouvoir de donner des directives prévu à l'article 159 comporte celui de structurer le pouvoir discrétionnaire des commissaires en ce qui touche l'ordre des interrogatoires.

[91] In any event, the Chairperson did not need an express grant of statutory authority to issue guidelines to members. Paragraph 159(1)(h) puts the question beyond dispute, establishes a duty to consult before a guideline is issued, and, perhaps, enhances their legitimacy.

[92] An express statutory power to issue guidelines was first conferred on the Chairperson of the Board in 1993, as a result of an amendment to the former *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] by Bill C-86 [*An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 49]. Appearing before the Committee of the House examining the Bill, Mr. Gordon Fairweather, the then Chairperson of the Board welcomed this addition to the Board's powers (Canada, House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-86*, 3rd Sess., 34th Parl., July 30, 1992, at page 80.):

I'm also pleased that the minister has responded to the need for new tools for managing the board itself. In the board's desire to ensure consistency of decision-making, we welcome the legislative provision allowing for guidelines.... The provision will reinforce my authority, after appropriate consultations, and the courts have been very specific about saying, no guidelines until you have consulted widely with the caring agencies, the immigration bar, and other non-governmental organizations. But the courts have given the green light for such provision provided we go through those consultations.

This provision will reinforce my authority, or the chair's authority—that is a little less pompous—after appropriate consultations to direct members toward preferred positions and therefore foster consistency in decisions. [Emphasis added.]

[93] In my view, the present appeal raises an important question about the relationship between the Chairperson's powers to issue guidelines and rules. In particular, are these grants of legal authority cumulative so that, for the most part, the scope of each is to be determined independently of the other? Or, is the

[91] De toute façon, le président pouvait donner des directives aux commissaires sans que la loi le lui permette expressément. Or, l'alinéa 159(1)h règle cette question sans équivoque, établit une obligation de consulter préalable à l'adoption de directives et, peut-on penser, consolide la légitimité des directives.

[92] Le pouvoir exprès de donner des directives a été pour la première fois reconnu au président de la Commission en 1993, à la suite d'une modification à l'ancienne *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] comprise dans le Projet de loi C-86 [*Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1992, ch. 49]. Comparissant devant le comité de la Chambre des communes qui étudiait le projet de loi, M. Gordon Fairweather, alors président de la Commission, a accueilli favorablement cet ajout aux pouvoirs de la Commission (Canada, Chambre de communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-86*, 3^e sess., 34^e Lég., 30 juillet 1992, à la page 80.):

Je suis également heureux que le ministre accepte de donner des nouveaux outils de gestion à la commission. Comme celle-ci tient à garantir la cohérence de ses décisions, il est bon que le législateur lui donne le droit d'établir des lignes directrices. [...] Cette réforme renforcera mon pouvoir, en m'obligeant toutefois à tenir des consultations, étant donné que les tribunaux ont clairement indiqué que la Commission ne peut publier de lignes directrices sans consulter largement les organismes qui viennent en aide aux réfugiés, les spécialistes de l'immigration et d'autres organismes non gouvernementaux. Si nous tenons ces consultations, les tribunaux nous donnent le feu vert pour oublier des lignes directrices.

Cette nouvelle disposition du projet de loi renforcera mon pouvoir, comme je viens de le dire, ou celui du président de la Commission—ce qui est sans doute un peu moins pompeux—ce qui veut dire que le président pourra, après avoir tenu des consultations, orienter les décisions des membres selon les principes fondamentaux, ce qui favorisera la cohérence des décisions. [Soulignement ajouté.]

[93] À mon avis, le présent appel soulève une question importante au sujet du rapport entre le pouvoir du président de donner des directives et son pouvoir de prendre des règles. Notamment, l'octroi de ces pouvoirs, dans la loi, est-il cumulatif de telle sorte que, dans l'ensemble, la portée de chacun doit être déterminée

Chairperson's power to issue guidelines implicitly limited by the power to make rules of procedure? If it is, then a change to the procedure of any Division of the Board may only be effected through a rule of procedure issued under paragraph 161(1)(a) which has been approved by Cabinet and subjected to Parliamentary scrutiny in accordance with subsection 161(2).

[94] The argument in the present case is that Guideline 7 is a rule of procedure and, since it reforms the existing procedure of the RPD, should have been issued under paragraph 161(1)(a), received Cabinet approval and been laid before Parliament. The power of the Chairperson to issue guidelines may not be used to avoid the political accountability mechanisms applicable to statutory rules issued under subsection 161(1).

[95] For this purpose, the fact that Guideline 7 permits RPD members to exercise their discretion in "exceptional circumstances" to deviate from "standard practice" in the order of questioning does not prevent it from being a rule of procedure: rules of procedure commonly confer discretion to be exercised in the light of particular facts.

[96] An analogous line of reasoning is found in the Ontario Court of Appeal's decision in *Ainsley*, where it was said that the Ontario Securities Commission's policy statement prescribing business practices of penny stock dealers which would satisfy the statutory public interest standard was invalid, because it was in substance and effect "a mandatory provision having the effect of law" (at page 110). In my opinion, however, *Ainsley* should be applied to the present case with some caution.

[97] First, when *Ainsley* was decided, the Commission had no express statutory power to issue guidelines and no statutorily recognized role in the regulation-making process. In contrast, the Chairperson of the Board has a

indépendamment de l'autre? Ou bien le pouvoir du président de donner des directives est-il limité implicitement par son pouvoir de prendre des règles de procédure? Dans cette dernière hypothèse, tout changement à la procédure de toute section de la Commission ne peut être effectué qu'au moyen d'une règle de procédure établie en vertu de l'alinéa 161(1)a), approuvée par le gouverneur en conseil et soumise à l'examen du Parlement conformément au paragraphe 161(2).

[94] L'argument, en l'espèce, est que les Directives n° 7 établissent une règle de procédure qui, modifiant la procédure existante de la SPR, aurait dû être prise au titre de l'alinéa 161(1)a), recevoir l'agrément du gouverneur en conseil et être déposée devant le Parlement. Le pouvoir de donner des directives conféré au président ne peut pas être utilisé pour éviter les mécanismes de responsabilité politique applicables aux règles prises sous le régime du paragraphe 161(1).

[95] Dans cette optique, le fait que les Directives n° 7 permettent aux commissaires de la SPR d'exercer, dans des « circonstances exceptionnelles », leur pouvoir discrétionnaire de déroger à la pratique normalisée quant à l'ordre des interrogatoires n'empêche pas cette mesure d'être une règle de procédure : les règles de procédure confèrent fréquemment un pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé en fonction des faits particuliers de l'espèce.

[96] La Cour d'appel de l'Ontario a suivi un raisonnement semblable dans l'arrêt *Ainsley*, où la Cour a jugé invalide un énoncé de politique de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario prescrivant aux courtiers d'actions cotées en cents des pratiques commerciales visant à respecter la norme relative à l'intérêt public prévue dans la loi, parce que, sur le plan du contenu et de l'effet, la politique constituait une [TRADUCTION] « disposition obligatoire ayant force de loi » (à la page 110). À mon avis, toutefois, l'arrêt *Ainsley* ne devrait être appliqué au présent appel qu'avec réserve.

[97] En premier lieu, à l'époque où l'arrêt *Ainsley* a été rendu, la loi ne reconnaissait à la Commission aucun pouvoir exprès de donner des directives ni aucun rôle dans le processus réglementaire. En l'espèce, par contre,

broad statutory power to issue guidelines and, subject to Cabinet approval, to make rules respecting a broad range of topics, including procedure.

[98] Admittedly, the Board's rules of procedure (as well, of course, as IRPA itself and regulations made under it by the Governor in Council) have a higher legal status than guidelines, in the sense that, if a guideline and a rule conflict, the rule prevails.

[99] Second, the policy statement considered in *Ainsley* was directed at businesses regulated by the Commission and was designed to modify their practices by linking compliance with the policy to the Commission's prosecutorial power to institute enforcement proceedings, which could result in the loss of a licence by businesses not operating in "the public interest." Guideline 7, on the other hand, is directed at the practice of RPD members in the conduct of their proceedings. It does not impose *de facto* duties on members of the public or deprive them of an existing right. Guideline 7 lacks the kind of coercive threat, against either claimants or members, in the event of non-compliance, which was identified as important to the decision in *Ainsley*.

[100] The Commission's promulgation of detailed industry standards, other than through enforcement proceedings against individuals, when it lacked any legislative power, raised rule of law concerns. In my opinion, the same cannot plausibly be said of the Chairperson's decision to introduce a standard order of questioning through the statutory power to issue guidelines, rather than his power to issue rules.

[101] Third, while the Board can only issue formal statutory rules of procedure with Cabinet approval, tribunals often do not require Cabinet approval of their rules. In Ontario, for example, the procedural rules of

le président de la Commission dispose d'un vaste pouvoir de donner des directives et, sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil, de prendre des règles touchant un large éventail de sujets, y compris la procédure.

[98] Assurément, les règles de procédure de la Commission (ainsi, naturellement, que la LIPR elle-même et les règlements pris sous son régime par le gouverneur en conseil) ont un statut juridique supérieur à celui des directives, en ce sens que, en cas de conflit entre des directives et une règle, la règle a préséance.

[99] Deuxièmement, l'énoncé de politique en cause dans l'affaire *Ainsley* visait des entreprises commerciales assujetties à la réglementation de la Commission et avait pour but de modifier la pratique de ces entreprises en établissant un lien entre le respect de la politique et le pouvoir de la Commission d'engager des mesures d'application pouvant conduire à la perte de la licence pour les entreprises dont les activités ne servaient pas [TRADUCTION] « l'intérêt public ». Les Directives n° 7, en revanche, vise la pratique des commissaires de la SPR en ce qui concerne la tenue de leurs audiences. Elles n'imposent pas d'obligations de fait à des personnes du public ni ne prive celles-ci d'un droit existant. Les Directives n° 7 ne comportent ni à l'égard des demandeurs d'asile, ni à l'égard des commissaires, le genre de menace coercitive, en cas de non-respect, décrite comme un facteur de décision important dans l'arrêt *Ainsley*.

[100] La mise en place par la Commission de normes de l'industrie détaillées autrement que par des mesures d'exécution prises contre des particuliers, alors que la Commission ne disposait d'aucun pouvoir conféré par la loi, soulevait des questions quant au respect de la règle de droit. J'estime qu'on ne saurait raisonnablement dire de même de la décision du président d'établir un ordre normalisé des interrogatoires par le truchement de son pouvoir légal de donner des directives plutôt que par celui de prendre des règles.

[101] Troisièmement, bien que la Commission doive obtenir l'agrément du gouverneur en conseil pour prendre des règles de procédure au titre de la loi, de nombreux tribunaux ne sont pas tenus de faire approuver

tribunals to which the province's general code of administrative procedure applies are not subject to Cabinet approval: *Statutory Powers Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. S.22, subsection 25.1(1) [as am. by S.O. 1994, c. 27, s. 56]. Hence, it cannot be said to be a principle of our system of law and government that administrative tribunals' rules of procedure require political approval.

[102] Fourth, while Guideline 7 changed the way in which the Board conducts most of its hearings, it represents, in my view, more of a filling in of detail in the procedural model established by IRPA and the *Refugee Protection Division Rules*, than "fundamental procedural change" or "sweeping procedural reform," to use the characterization in the memorandum of the intervenor, the Canadian Council for Refugees.

[103] For example, paragraph 16(e) includes the questioning of witnesses in the RPO's duties, but is silent on the precise point in the hearing when the questioning is to occur. Similarly, while rule 25 deals with the intervention of the Minister, it does not specify when the Minister will lead evidence and make submissions. Rule 38 permits a party to call witnesses, but does not say when they will testify.

[104] Fifth, the differences in the legal characteristics of statutory rules of procedure and Guideline 7 should not be overstated. Rules of procedure commonly permit those to whom they are directed to depart from them in the interests of justice and efficiency. Thus, rule 69 of the *Refugee Protection Division Rules* permits a member to change a requirement of a rule or excuse a person from it, and to extend or shorten a time period. Failure to comply with a requirement of the Rules does not make a proceeding invalid: rule 70.

leurs règles par le gouverneur en conseil. En Ontario, par exemple, les règles de procédure des tribunaux assujettis au code général de procédure administrative de la province ne nécessitent pas l'approbation du gouverneur en conseil : *Loi sur l'exercice des compétences légales*, L.R.O. 1990, ch. S.22, paragraphe 25.1(1) [mod. par L.O. 1994, ch. 27, art. 56]. On ne peut donc pas dire que l'approbation politique des règles de procédure des tribunaux administratifs constitue un principe inhérent à notre régime de droit et de gouvernement.

[102] Quatrièmement, si les Directives n° 7 ont modifié la façon dont la Commission tient la plupart de ses audiences, ce changement, à mon avis, consiste davantage en des précisions apportées au modèle procédural établi par la LIPR et par les *Règles de la Section de la protection des réfugiés* qu'en un [TRADUCTION] « changement fondamental de procédure » ou une [TRADUCTION] « réforme en profondeur de la procédure », pour employer la description relevée dans le mémoire de l'intervenant, le Conseil canadien pour les réfugiés.

[103] Ainsi, l'alinéa 16e) des Règles fait état de l'interrogatoire des témoins dans l'énumération des tâches qui incombent à l'APR, mais il ne précise pas à quel moment, au cours de l'audience, l'APR doit poser ses questions. De même, la règle 25 traite de l'intervention du ministre, sans toutefois spécifier à quel stade de l'audience le ministre présente sa preuve et fait ses observations. La règle 38 permet aux parties d'assigner des témoins, mais n'indique pas quand ils doivent témoigner.

[104] Cinquièmement, il ne faut pas surestimer les différences dans les caractéristiques juridiques des règles de procédures prises en vertu de la loi et celles des Directives n° 7. Les règles de procédure permettent couramment aux personnes qui doivent les appliquer d'y déroger dans l'intérêt de la justice et de l'efficacité. Ainsi la règle 69 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* prévoit-elle qu'un commissaire peut modifier une exigence d'une règle ou permettre à une partie de ne pas suivre une règle ainsi que proroger ou abrégé un délai. Par ailleurs, la règle 70 établit que le non-respect d'une exigence des Règles ne rend pas l'affaire invalide.

[105] Finally, as I have already indicated, the Chairperson's power to issue guidelines extends, on its face, to matters of procedure. Its exercise is not made expressly subject to paragraph 161(1)(a), although a guideline issued under paragraph 159(1)(h) which is inconsistent with a formal rule of procedure issued under paragraph 161(1)(a) will be invalid.

[106] On the basis of the foregoing analysis, I conclude that, on procedural issues, the Chairperson's guideline-issuing and rule-making powers overlap. That the subject of a guideline could have been enacted as a rule of procedure issued under paragraph 161(1)(a) will not normally invalidate it, provided that it does not unlawfully fetter members' exercise of their adjudicative discretion, which, for reasons already given, I have concluded that it does not.

[107] In my opinion, the Chairperson may choose through which legislative instrument to introduce a change to the procedures of any of the three Divisions of the Board. Parliament should not be taken to have implicitly imposed a rigidity on the administrative scheme by preventing the Chairperson from issuing a guideline to introduce procedural change or clarification.

[108] I do not say that the Chairperson's discretion to choose between a guideline or a rule is beyond judicial review. However, it was not unreasonable for the Chairperson to choose to implement the standard order of questioning through the more flexible legislative instrument, the guideline, rather than through a formal rule of procedure.

[109] First, Guideline 7 is not a comprehensive code of procedure nor, when considered in the context of the refugee determination process as a whole, is it inconsistent with the existing procedural model for RPD hearings. Second, the procedural innovation of standard order questioning may well require modification in the light of cumulated experience. Fine-tuning and

[105] Enfin, comme je l'ai déjà indiqué, le pouvoir du président de donner des directives s'étend, à première vue, aux questions de procédure. L'exercice de ce pouvoir n'est pas expressément conféré sous réserve de l'alinéa 161(1)a), quoique des directives données en vertu de l'alinéa 159(1)h) qui entreraient en conflit avec une règle de procédure prise en vertu de l'alinéa 161(1)a) seraient invalides.

[106] L'analyse qui précède m'amène à conclure qu'en matière de procédure, les pouvoirs conférés au président de donner des directives et de prendre des règles se recourent. Le fait que l'objet de directives aurait pu être édicté au moyen d'une règle de procédure prise au titre de l'alinéa 161(1)a) n'entraîne généralement pas la nullité des directives, pourvu qu'elles n'entravent pas de façon illicite l'exercice du pouvoir décisionnel discrétionnaire des commissaires; or, pour les motifs exposés ci-dessus, j'ai conclu que les directives, en l'espèce, n'entravent pas illicitement l'exercice du pouvoir décisionnel discrétionnaire des commissaires.

[107] À mon avis, le président est libre de choisir l'instrument législatif qui lui convient pour apporter un changement à la procédure de n'importe quelle des trois sections de la Commission. Il faut se garder de supposer que le législateur a implicitement imposé un régime administratif rigide en empêchant le président d'établir des directives pour introduire un changement ou un éclaircissement à la procédure.

[108] Je ne dis pas que le pouvoir discrétionnaire du président de choisir entre des directives ou une règle échappe à tout contrôle judiciaire. Néanmoins, il n'était pas déraisonnable de la part du président de choisir d'instituer l'ordre normalisé des interrogatoires en ayant recours à l'instrument législatif le plus flexible, les directives, plutôt qu'à une règle de procédure formelle.

[109] Tout d'abord, les Directives n° 7 ne constituent pas un code de procédure complet; de plus, lorsqu'on les examine dans le contexte du processus global de détermination du statut de réfugié, elles ne sont pas incompatibles avec le modèle de procédure déjà en place dans les audiences de la SPR. En outre, l'on peut penser que le changement procédural établissant l'ordre

adjustments of this kind are more readily accomplished through a guideline than a formal rule. Parliament should not be taken to have intended the Chairperson to obtain Cabinet approval for such changes.

E. CONCLUSIONS

[110] For these reasons, I would allow the Minister's appeal, dismiss Mr. Thamothers' cross-appeal, set aside the order of the Federal Court, and dismiss the application for judicial review. I would answer the first two certified questions as follows:

1. Does the implementation of paragraphs 19 and 23 of the Chairperson's Guideline 7 violate principles of natural justice by unduly interfering with claimants' right to be heard? No
2. Has the implementation of Guideline 7 led to fettering of Board Members' discretion? No.

[111] Since I would dismiss the application for judicial review, the third question does not arise and need not be answered.

DÉCARY J.A.: I agree.

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

[112] Sharlow J.A.: I agree with my colleague Justice Evans that this appeal should be allowed, but I reach that conclusion by a different route.

[113] As Justice Evans explains, IRPA gives the Chairperson two separate powers. One is the power in paragraph 159(1)(h) to issue guidelines in writing to

normalisé des interrogatoires nécessitera à son tour des changements, à la lumière de l'expérience acquise. Il est plus facile d'effectuer des mises au point et des ajustements de cette nature au moyen de directives qu'en ayant recours à une règle de procédure formelle. Il n'y a pas lieu de présumer que le législateur a voulu imposer au président l'obligation d'obtenir l'agrément du gouverneur en conseil pour mettre en œuvre de tels changements.

E. CONCLUSIONS

[110] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel du ministre, de rejeter l'appel incident de M. Thamothers, d'annuler l'ordonnance de la Cour fédérale et de rejeter la demande de contrôle judiciaire. Je répondrais comme suit aux deux premières questions certifiées :

1. La mise en application des paragraphes 19 et 23 des Directives n° 7 du président enfreint-elle les principes de justice naturelle en portant indûment atteinte au droit du demandeur de se faire entendre? Non.
2. La mise en application des Directives n° 7 a-t-elle mené à une entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires? Non.

[111] Puisque je suis d'avis de rejeter la demande de contrôle judiciaire, la troisième question ne se pose pas et il n'est pas nécessaire d'y répondre.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

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

[112] LA JUGE SHARLOW : Je suis d'accord avec mon collègue le juge Evans pour dire que le présent appel devrait être accueilli, mais je parviens à cette conclusion en suivant un raisonnement différent.

[113] Ainsi que l'explique le juge Evans, la LIPR confère au président deux pouvoirs distincts. Le premier, formulé à l'alinéa 159(1)h), lui permet de

assist members in carrying out their duties. The other is the power in paragraph 161(1)(a) to make rules respecting the activities, practice and procedure of the Board, subject to the approval of the Governor in Council. Both powers are to be exercised in consultation with the Deputy Chairpersons and the Director General of the Immigration Division. In my view, these two powers are different in substantive and functional terms and are not interchangeable at the will of the Chairperson.

[114] The subject of Guideline 7 is the order of proceeding in refugee hearings. That is a matter respecting the activities, practice and procedure of the Board, analogous to the subject-matter of the procedural rules of courts. In my view, the imposition of a standard practice for refugee determination hearings should have been the subject of a rule of procedure, not a guideline.

[115] I make no comment on the wisdom of the Chairperson's determination that the standard practice in refugee hearings, barring exceptional circumstances, should be for the RPO or the member to start questioning the refugee claimant. That is a determination that the Chairperson was entitled to make. However, to put that determination into practice while respecting the limits of the statutory authority of the Chairperson, the Chairperson should have drafted a rule to that effect, in consultation with the Deputy Chairpersons and the Director General of the Immigration Division, and sought the approval of the Governor in Council.

[116] Justice Evans notes that some commentators have suggested that the implementation of a rule under paragraph 161(1)(a) is more onerous in administrative and bureaucratic terms than the implementation of a guideline under paragraph 159(1)(h). That appears to me to be an unduly negative characterization of the legislated requirement for the approval of the Governor in Council, Parliament's chosen mechanism of oversight for the Chairperson's rule-making power under paragraph 161(1)(a). It is also belied by the facts of this case, which indicates that the development of Guideline

donner des directives écrites aux commissaires en vue d'aider ceux-ci dans l'exécution de leurs fonctions. Le second, énoncé à l'alinéa 161(1)a), est le pouvoir de prendre des règles visant les travaux, la procédure et la pratique de la Commission, sous réserve de l'agrément du gouverneur en conseil. Chacun de ces pouvoirs doit être exercé en consultation avec les vice-présidents et le directeur général de la Section de l'immigration. À mon avis, ces deux pouvoirs sont différents tant sur le plan du fond que de leur fonction et ne sont pas interchangeables à la discrétion du président.

[114] Les Directives n° 7 portent sur le déroulement des audiences relatives aux demandes d'asile. Cette question concerne les travaux, la procédure et la pratique de la Commission, à la manière des règles de procédure des tribunaux judiciaires. J'estime que l'imposition d'une pratique normalisée dans les audiences relatives à la détermination du statut de réfugié aurait dû se faire au moyen d'une règle de procédure, non de directives.

[115] Je ne ferai aucun commentaire sur le bien-fondé de la décision du président de prescrire que la pratique normalisée, dans les audiences relatives aux demandes d'asile, devrait être que l'APR ou le commissaire commence à interroger le demandeur d'asile, sauf dans des circonstances exceptionnelles. Il était loisible au président de prendre cette décision. Toutefois, le président aurait dû, pour donner effet à cette décision tout en respectant les limites des pouvoirs conférés par la loi au président, établir une règle en consultation avec les vice-présidents et le directeur général de la Section de l'immigration, puis solliciter l'agrément du gouverneur en conseil.

[116] Le juge Evans fait remarquer que de l'avis de certains observateurs, la mise en application d'une règle aux termes de l'alinéa 161(1)a) est plus lourde, du point de vue administratif, que celle de directives suivant l'alinéa 159(1)h). Il me semble qu'il s'agit là d'une description exagérément négative de l'exigence, posée par la loi, d'obtenir l'agrément du gouverneur en conseil, mécanisme choisi par le Parlement pour surveiller le pouvoir conféré au président de prendre des règles au titre de l'alinéa 161(1)a). Cette position est aussi démentie par les faits de l'espèce, qui indiquent

7 took approximately four years. I doubt that a rule with the same content would necessarily have taken longer than that.

[117] The more important question in this case is whether the Chairperson's erroneous decision to implement a guideline rather than a rule to establish a standard practice for refugee hearings provides a sufficient basis in itself for setting aside a negative refugee determination made by a member who requires a refugee claimant to submit to questions from the RPO or the member before presenting his or her own case.

[118] I agree with Justice Evans that the standard procedure outlined in Guideline 7 is not in itself procedurally unfair and that Guideline 7, properly understood, does not unlawfully fetter the discretion of members. In my view, despite Guideline 7, each member continues to have the unfettered discretion to adopt any order of procedure required by the exigencies of each claim to which the member is assigned.

[119] It may be the case that a particular member may conclude incorrectly that Guideline 7 deprives the member of the discretion to permit a refugee claimant to present his or her case before submitting to questioning from the RPO or the member. If so, it is arguable that a negative refugee determination by that member is subject to being set aside if (1) the member refused the request of a refugee claimant to proceed first and required the refugee claimant to submit to questioning by the RPO or the member before presenting his or her case, and (2) it is established that, but for Guideline 7, the member would have permitted the refugee claimant to present his or her case first. In the case of Mr. Thamothers, those conditions have not been met.

[120] For these reasons, I would dispose of this appeal as proposed by Justice Evans, and I would answer the certified questions as he proposes.

qu'il a fallu environ quatre ans pour mettre au point les Directives n° 7. Je doute qu'une règle au contenu identique eût nécessairement entraîné un délai plus long.

[117] La question principale, dans le cas qui nous occupe, consiste à se demander si la décision erronée du président de donner des directives plutôt que de prendre une règle pour établir une pratique normalisée dans les audiences relatives aux demandes d'asile, constitue en soi un motif suffisant pour annuler une décision défavorable relativement à une demande d'asile, lorsque cette décision est rendue par un commissaire qui impose au demandeur d'asile de répondre aux questions de l'APR ou du commissaire avant de lui permettre d'exposer lui-même les faits de son cas.

[118] J'estime, en accord avec le juge Evans, que la procédure normalisée décrite dans les Directives n° 7 n'est pas en soi inéquitable sur le plan de la procédure et que ces directives, correctement interprétées, n'entravent pas de manière illicite le pouvoir discrétionnaire des commissaires. J'estime qu'en dépit des Directives n° 7, chaque commissaire conserve toute discrétion d'adopter la procédure que commandent les circonstances propres à chaque demande d'asile dont il est saisi.

[119] Il peut arriver qu'un commissaire conclue erronément que les Directives n° 7 le privent du pouvoir discrétionnaire d'autoriser un demandeur d'asile à présenter sa preuve avant de devoir répondre aux questions de l'APR ou du commissaire. Dans un tel cas, il est possible de soutenir qu'une décision défavorable sur la demande d'asile est susceptible d'être annulée si 1) le commissaire a refusé d'accéder à la demande du demandeur d'asile de présenter sa preuve d'abord et l'a obligé à répondre aux questions de l'APR ou du commissaire avant d'exposer son cas, et 2) il est démontré que, n'eût été des Directives n° 7, le commissaire aurait permis au demandeur d'asile d'exposer son cas le premier. En ce qui concerne M. Thamothers, ces conditions ne sont pas remplies.

[120] Pour ces motifs, je me prononcerais sur l'appel en l'espèce ainsi que le propose le juge Evans, et je répondrais aux questions certifiées comme il propose de le faire.