

A-440-89

A-440-89

Minister of Employment and Immigration (*Applicant*)

v.

Norbert Timothy Letshou-Olembo (*Respondent*)

INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. LETSHOU-OLEMBO (C.A.)

Court of Appeal, Marceau, Hugessen and MacGuigan J.J.A.—Montréal, March 28; Ottawa, May 8, 1990.

Immigration — Refugee status — Application to set aside referral of refugee status claim to Refugee Division — Claimant granted refugee status in Britain — Adjudicator and member of Refugee Division finding claim admissible as credible basis for claim based on fear of persecution in Britain by former countrymen, although claimant not seeking police protection — Fear of persecution linked to means of protection — Lack of available protection essence of fear motivating refugee — Positive and credible evidence of basis of reasonable fear of persecution necessary to support finding claim eligible.

Judicial review — Applications to review — Application to set aside referral of refugee status claim to Refugee Division after claim found admissible based on fear of persecution in country of refuge — Judicial review of positive decision on eligibility based on exception in Immigration Act, s. 46.01(2) legitimized by finality of decision — Review limited to manifest error of law causing misunderstanding of purpose of inquiry.

This was an application by the Minister to set aside the referral of a claim for refugee status to the Refugee Division after it was found to have a credible basis. The respondent, a Zairian national, was granted refugee status first in the Congo and later in England. While in London, he collaborated with Amnesty International and served as secretary to the Zairian Refugee Action Group, activities not approved of by the Zaire government. He learned of a plot to kidnap and possibly kill him, but made no effort to seek protection from British police. Upon securing travel documents under the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, he came to Canada and claimed refugee status. The respondent's claim that he feared persecution in the United Kingdom was accepted and referred to adjudication. Under Canadian law, the claim of a person who has been granted refugee status elsewhere is inadmissible except in specific circumstances. Under *Immigration Act*, subsection 46.01(2), a Convention refugee claimant is eligible to have a claim determined by the Refugee Division if he has a credible basis for a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (*requérant*)

a c.

Norbert Timothy Letshou-Olembo (*intimé*)

RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) c. LETSHOU-OLEMBO (C.A.)

b

Cour d'appel, juges Marceau, Hugessen et MacGuigan, J.C.A.—Montréal, 28 mars; Ottawa, 8 mai 1990.

Immigration — Statut de réfugié — Demande d'annulation du renvoi de la revendication du statut de réfugié à la section du statut de réfugié — Le demandeur s'est vu accorder le statut de réfugié en Angleterre — L'arbitre et le membre de la section du statut de réfugié ont conclu que la revendication était recevable puisque la crainte de l'intimé d'être persécuté en Angleterre par ses anciens compatriotes avait un minimum de fondement et ce, même si le demandeur ne cherchait pas à obtenir la protection de la police — La crainte d'être persécuté est liée aux moyens de protection — Le manque de protection disponible est de l'essence même de la crainte qui anime le réfugié — Une preuve positive et digne de foi de l'existence d'un fondement du caractère raisonnable de la crainte d'être persécuté était nécessaire pour conclure à la recevabilité de la revendication.

Contrôle judiciaire — Demandes d'examen — Demande d'annulation du renvoi de la revendication du statut de réfugié à la section du statut de réfugié après que la revendication en cause fondée sur la crainte d'être persécuté dans son pays de refuge eut été déclarée recevable — Le contrôle judiciaire de la décision positive portant sur la recevabilité fondé sur l'exception de l'art. 46.01(2) de la Loi sur l'immigration est légitimée par le caractère définitif de la décision elle-même — La révision est restreinte à une erreur de droit manifeste qui aurait suscité une conception erronée de l'objet de l'enquête.

Il s'agit en l'espèce d'une demande du ministre en vue d'annuler le renvoi d'une revendication du statut de réfugié à la section du statut de réfugié après qu'il eut été décidé qu'elle possédait un minimum de fondement. L'intimé, un zaïrois, a d'abord obtenu le statut de réfugié au Congo et, par la suite, en Angleterre. Alors qu'il était à Londres, il a collaboré avec Amnesty Internationale et a été secrétaire du Zairean Refugee Action Group, activités qui étaient mal vues des autorités zaïroises. Il a appris l'existence d'un complot visant à l'enlever et même à l'assassiner, mais il n'a pas cherché à obtenir la protection des autorités policières anglaises. Après avoir obtenu un titre de voyage en vertu de la Convention des Nations-Unies relative au statut de réfugié, il est venu au Canada et a revendiqué le statut de réfugié. La prétention de l'intimé selon laquelle il craignait d'être persécuté au Royaume-Uni a été acceptée et référée pour adjudication. En vertu du droit canadien, la revendication de celui qui a obtenu ailleurs le statut de réfugié est irrecevable, sauf dans des circonstances précises. En vertu du paragraphe 46.01(2) de la *Loi sur l'immigration*, un réfugié qui revendique le statut de réfugié au sens de la

particular social group or political opinion in the country that recognized him as a Convention refugee. The respondent argued that since subparagraph 2(1)(a)(i) of the definition of "Convention refugee" (which requires an inability to seek protection of his country) is not incorporated in subsection 46.01(2), the investigators should not have been concerned with the absence of request for protection from the authorities of the country of refuge. The issues were whether the Court had jurisdiction to review a decision holding a claim admissible, and whether the decision should be set aside.

Held, the application should be allowed.

A favourable decision as to admissibility of a claim is subject to judicial review. The ruling on admissibility is not a merely preparatory ruling like the referral decision from which it results, but is itself a final decision which has immediate substantive consequences and which the Refugee Division cannot revoke. The determination of the merits of the allegation of fear on which this final decision depends must be made in accordance with the same "credible basis" standard applicable in deciding on the credibility of the claim itself. The investigators only had to determine whether they could find any basis for a fear of persecution in his country of refuge. The scope of review must be limited to a manifest error of law that may have caused a misunderstanding of the purpose of the inquiry.

The finding on the eligibility of the respondent's claim was not based on an adequate determination as to the existence of a credible basis for the reasonable fear he said he had. A fear of persecution cannot be separated from the means of protection. The lack of available protection is the very essence of the fear motivating a refugee. In order to find that the respondent's claim was eligible, some positive and credible evidence of a basis for the reasonable fear of persecution in the United Kingdom was required, not simply reasoning in the abstract as to the likelihood that the United Kingdom would be unable to provide the respondent with complete protection.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 46(1) (as am. *idem*, s. 14), 46.01 (as enacted *idem*), 46.04 (as enacted *idem*).
United Nations Convention relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, art. 28.

AUTHORS CITED

- Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983.

Convention est admis à faire déterminer sa demande par la section du statut s'il craint avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques dans le pays qui lui a reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention.

- a* L'intimé a prétendu que puisque le sous-alinéa 2(1)a(i) de la définition de «réfugié au sens de la Convention»: (qui requiert l'impossibilité de demander la protection de son pays) n'est pas repris dans le paragraphe 46.01(2), les enquêteurs n'auraient pas dû tenir compte de l'absence de demande de protection des autorités du pays de refuge. Il s'agissait de déterminer si la
b Cour avait compétence pour réviser une décision qui aurait prononcé la recevabilité d'une revendication et si cette décision devrait être annulée.

Arrêt: la demande devrait être accueillie.

- Une décision favorable quant à la recevabilité d'une réclamation est soumise à un contrôle judiciaire. Une décision favorable n'est pas une conclusion uniquement préparatoire comme la décision de renvoi dans laquelle elle s'insère, mais elle constitue en elle-même une décision finale qui produit des effets substantiels immédiatement, et sur laquelle la section du statut ne reviendra pas. La vérification du bien-fondé de l'allégation de crainte dont dépend cette décision finale doit se faire sur la base du même critère de «minimum de fondement» applicable pour juger de la crédibilité de la revendication elle-même. Les enquêteurs n'avaient qu'à rechercher s'ils pouvaient déceler un fondement quelconque d'une crainte d'être persécuté dans son pays de refuge. L'ampleur d'une révision doit être limitée à une erreur de droit manifeste qui peut avoir suscité une conception erronée de l'objet de l'enquête.

- La conclusion quant à la recevabilité de la revendication de l'intimé n'était pas fondée sur une vérification adéquate de l'existence d'un minimum de fondement quant au caractère raisonnable de la crainte qu'il disait avoir. La crainte d'être persécuté est indissociable des moyens de protection. Le manque de protection disponible est de l'essence même de la crainte qui anime le réfugié. Pour déclarer recevable la revendication de l'intimé, une certaine preuve positive et digne de foi du caractère raisonnable de la crainte d'être persécuté au Royaume-Uni devait exister, et non pas uniquement un simple raisonnement abstrait de vraisemblance quant à l'impuissance du Royaume-Uni de garantir à l'intimé une protection complète.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Convention des Nations-Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 28.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 1), 46(1) (mod., *idem*, art. 14), 46.01 (édicte, *idem*), 46.04 (édicte, *idem*).

DOCTRINE

- Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983.

COUNSEL:

Joanne Granger for applicant.
William Sloan for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Sloan, Deveaux & Associés, Montréal, for respondent.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

MARCEAU J.A.: The decision at issue in this application to review and set aside was rendered pursuant to the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended. It comes from an adjudicator and a member of the Refugee Division, who after finding that the respondent's claim for refugee status was admissible, referred it to the Refugee Division since it had the credible basis necessary for reference to adjudication. It is thus a decision made pursuant to subsection 46(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] of the *Immigration Act* (hereinafter "the Act"), which reads as follows:

46. (1) Where an inquiry is continued or a hearing is held before an adjudicator and a member of the Refugee Division,

- (a) the adjudicator shall, in the case of an inquiry, determine whether the claimant should be permitted to come into Canada or to remain therein, as the case may be;
- (b) the adjudicator and the member shall determine whether the claimant is eligible to have the claim determined by the Refugee Division; and
- (c) if either the adjudicator or the member or both determine that the claimant is so eligible, they shall determine whether the claimant has a credible basis for the claim.

It is the first part of the decision, that dealing with eligibility, which the Minister is specifically challenging, but the challenge naturally affects indirectly the second part which under the Act was directly subject to it. This will become clearer on reviewing the facts.

The respondent was born in Zaire, in Africa, in 1954 and has always retained his Zairian nationality. In 1980 he left his country through fear of reprisals by the authorities and sought refuge in the Congo, where the Office of the United Nations

AVOCATS:

Joanne Granger pour le requérant.
William Sloan pour l'intimé.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada, pour le requérant.
Sloan, Deveaux & Associés, Montréal, pour l'intimé.

Voici les motifs du jugement rendu en français par

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: La décision qu'attaque cette demande d'examen et d'annulation a été rendue en vertu de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, telle qu'amendée. Elle vient d'un arbitre et d'un membre de la section du statut qui, après avoir déclaré recevable la revendication de l'intimé au statut de réfugié, l'ont référée à la section du statut puisqu'elle possédait le minimum de fondement requis pour être soumise à adjudication. Il s'agit donc d'une décision rendue en vertu du paragraphe 46(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14] de la *Loi sur l'immigration* (ci-après la Loi) dont je rappelle le texte:

46. (1) Les règles suivantes s'appliquent aux enquêtes ou audiences tenues devant un arbitre et un membre de la section du statut:

- a) dans le cas d'une enquête, l'arbitre détermine si le demandeur de statut doit être autorisé à entrer au Canada ou à y demeurer, selon le cas;
- b) l'arbitre et le membre déterminent si la revendication est recevable par la section du statut;
- c) si au moins l'un des deux conclut à la recevabilité, ils déterminent ensuite si la revendication a un minimum de fondement.

C'est la première partie de la décision, celle qui avait trait à la recevabilité, que le ministre précisément conteste, mais l'attaque rejoint naturellement, par ricochet, la deuxième partie qui lui était, de par la Loi, directement assujettie. On verra mieux une fois les faits connus.

L'intimé est né au Zaïre, en Afrique, en 1954 et il a toujours conservé sa nationalité zairoise. Au cours de l'année 1980, il quitta son pays par crainte de représailles de la part des autorités et chercha asile au Congo où le Haut Commissariat

High Commissioner for Refugees granted him refugee status. In June 1986 he left the Congo with his wife and their child for England, and immediately claimed official refugee status from the British authorities. His claim was finally allowed in 1988. Soon afterwards, he obtained travel documents under Article 28 of the *United Nations Convention relating to the Status of Refugees* and left for Canada without his family.¹

The respondent arrived in Canada in February 1989. Although he had a valid travel document, he promptly claimed refugee status again. Under Canadian law (which is also consistent with the practice of several other jurisdictions²), in principle the claim of a person who has already had his refugee status recognized elsewhere is inadmissible, and this inadmissibility can only be lifted in specific circumstances, the rules applicable to the situation being contained in paragraph 46.01(1)(a) [as enacted *idem*] and subsection 46.01(2) [as enacted *idem*] of the Act, which reads as follows:

46.01 (1) A person who claims to be a Convention refugee is not eligible to have the claim determined by the Refugee Division if

(a) the claimant has been recognized by any country, other than Canada, as a Convention refugee and has been issued a

¹ Article 28 of the Convention, signed at Geneva on July 28, 1951, states the following:

Article 28

TRAVEL DOCUMENTS

1. The Contracting States shall issue to refugees lawfully staying in their territory travel documents for the purpose of travel outside their territory, unless compelling reasons of national security or public order otherwise require, and the provisions of the Schedule to this Convention shall apply with respect to such documents. The Contracting States may issue such a travel document to any other refugee in their territory; they shall in particular give sympathetic consideration to the issue of such a travel document to refugees in their territory who are unable to obtain a travel document from the country of their lawful residence.

2. Travel documents issued to refugees under previous international agreements by parties thereto shall be recognized and treated by the Contracting States in the same way as if they had been issued pursuant to this article.

² See Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (Oxford University Press, 1983), at p. 52, under the heading "THE COUNTRY OF FIRST ASYLUM PRINCIPLE".

des Nations-Unies pour les réfugiés lui accorda un statut de réfugié. En juin 1986, il laissa le Congo avec sa femme et leur enfant pour se rendre en Angleterre, et aussitôt réclama des autorités du pays le statut officiel de réfugié. Sa réclamation fut finalement accordée en 1988. Peu après, il se faisait délivrer un titre de voyage aux termes de l'article 28 de la *Convention des Nations-Unies relative au statut des réfugiés*, et partait sans sa famille pour le Canada¹.

L'intimé arriva au Canada en février 1989. Bien que muni d'un titre de voyage en cours de validité, il s'empressa de revendiquer de nouveau le statut de réfugié. Or il existe, en vertu de la loi canadienne (ce qui d'ailleurs est conforme à la pratique de plusieurs autres juridictions²), une irrecevabilité de principe à l'égard de la revendication de celui qui s'est déjà fait reconnaître ailleurs le statut de réfugié et cette irrecevabilité ne peut être levée que dans des circonstances précises, les règles applicables en l'espèce étant contenues à l'alinéa 46.01(1)a [édicte, *idem*] et au paragraphe 46.01(2) [édicte, *idem*] de la Loi qui se lisent comme suit:

46.01 (1) La revendication de statut n'est pas recevable par la section du statut si le demandeur se trouve dans l'une ou l'autre des situations suivantes:

a) il s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention par un autre pays, lequel lui a délivré un titre de

¹ Cet article 28 de la Convention, signée à Genève le 28 juillet 1951, prévoit comme suit:

Article 28

TITRES DE VOYAGE

1. Les États Contractants délivreront aux réfugiés résidant régulièrement sur leur territoire, des titres de voyage destinés à leur permettre de voyager hors de ce territoire à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ou d'ordre public ne s'y opposent; les dispositions de l'Annexe à cette Convention s'appliqueront à ces documents. Les États Contractants pourront délivrer un tel titre de voyage à tout autre réfugié se trouvant sur leur territoire; ils accorderont une attention particulière aux cas de réfugiés se trouvant sur leur territoire et qui ne sont pas en mesure d'obtenir un titre de voyage du pays de leur résidence régulière.

2. Les documents de voyage délivrés aux termes d'accords internationaux antérieurs par les Parties à ces accords seront reconnus par les États Contractants, et traités comme s'ils avaient été délivrés aux réfugiés en vertu du présent article.

² Voir: Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (Oxford University Press, 1983), à la p. 52 sous le titre «THE COUNTRY OF FIRST ASYLUM PRINCIPLE».

valid and subsisting travel document by that country pursuant to Article 28 of the Convention;

(2) Notwithstanding paragraph (1)(a), a person is eligible to have a claim determined by the Refugee Division if, in the opinion of the adjudicator or the member of the Refugee Division considering the claim, the person has a credible basis for a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion in the country that recognized the person as a Convention refugee.

At the initial hearing of his claim the respondent naturally argued that he fell within the exception contained in subsection 46.01(2). The member of the Refugee Division taking part in the hearing with the adjudicator accepted the respondent's claim that he feared persecution in the United Kingdom so that, although the adjudicator took the opposite view, the claim was at once referred to adjudication, and the Minister formally admitted that there was a credible basis for the respondent's fear of persecution in his own country.³ A decision of referral to the Refugee Division was thus made immediately.

The Minister then asked this Court to vacate the decision of referral, arguing that the member's favourable conclusion was in error and resulted from a misunderstanding of the parameters of the exception in subsection 46.01(2) of the Act.

This is to my knowledge the first time that the Court has had before it an application relating to this provision in subsection 46.01(2) of the Act, a provision allowing a person who has already found a country of refuge to claim refugee status here, one contemplating in its present form the very first version of Bill C-55, as tabled in 1987. It is thus understandable that the Court should consider for a moment the meaning of judicial review of a decision which has held a claim admissible under this exceptional provision: for while a negative decision on the admissibility of a claim or its credibility is certainly subject to review under

voyage en cours de validité aux termes de l'article 28 de la Convention;

(2) L'alinéa (1)a ne fait pas obstacle à la recevabilité de la revendication si l'arbitre ou le membre de la section du statut estime que le demandeur craint—et cette crainte a un minimum de fondement—d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques dans le pays qui lui a reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention.

a

b

c

d

e

f

g

h

À l'enquête initiale sur sa revendication, l'intimé fit valoir naturellement qu'il tombait sous le coup de l'exception du paragraphe 46.01(2). Le membre de la section du statut qui procédait à l'enquête avec l'arbitre accepta la prétention de l'intimé qu'il craignait d'être persécuté au Royaume-Uni de sorte que, même si l'arbitre était d'opinion contraire, la revendication fut immédiatement référée pour adjudication, le ministre reconnaissant formellement que la crainte de l'intimé d'être persécuté dans son propre pays avait un minimum de fondement³. Une décision de renvoi à la section du statut fut donc immédiatement rendue.

e

f

g

h

Le ministre s'adressa alors à cette Cour pour demander la nullité de la décision de renvoi en invoquant que la conclusion favorable du membre était erronée et venait d'une mauvaise appréciation des exigences d'application de l'exception du paragraphe 46.01(2) de la Loi.

C'est la première fois, à ma connaissance, que la Cour est saisie d'une demande en rapport avec cette disposition du paragraphe 46.01(2) de la Loi qui permet exceptionnellement à celui qui a déjà trouvé un pays de refuge de réclamer ici le statut de réfugié, disposition que prévoyait sous sa forme actuelle la toute première version du projet de loi C-55, tel que déposé en 1987. Aussi est-il compréhensible que l'on soit porté à s'interroger un moment sur le sens d'une révision judiciaire portant sur une décision qui aurait prononcé la recevabilité d'une revendication en application de cette disposition d'exception. Car si une décision néga-

³ As he was authorized to do by s. 46.01(7) [as enacted *idem*]:

46.01 . . .

(7) If the Minister is of the opinion that the claimant has a credible basis for the claim and informs the adjudicator and the member of the Refugee Division of that opinion, the adjudicator and the member shall determine that the claimant has a credible basis for the claim.

³ Comme l'y autorisait le paragraphe 46.01(7) [édicte, *idem*]:

46.01 . . .

(7) Si le ministre informe l'arbitre et le membre de la section du statut qu'il est d'avis que la revendication du demandeur a un minimum de fondement ceux-ci concluent que la revendication a un minimum de fondement.

section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], this may definitely be doubted in the case of a favourable decision. In view of the procedure in the Act, which for the sake of administrative efficiency is simply seeking at the initial stage to identify applications which deserve consideration because they have some chance of success, and for this purpose is prepared to accept the favourable opinion of only one of two officials, it is at first sight difficult to see why it is necessary to have judicial review before the Refugee Division has made a ruling. It is understandable, however, when we realize that the ruling by the adjudicator and the member of the Refugee Division on admissibility is not—strange as it may seem—a simply preparatory ruling like the referral decision from which it results, but is itself a final decision which has substantive consequences at once and which the Refugee Division cannot revoke.⁴

It should also be clearly noted at the outset that the determination of the merits of the allegation of fear on which this final decision depends must be made in accordance with the same “credible basis” standard applicable in deciding on the credibility of the claim itself. The investigators did not have to determine whether the claimant had a well-founded fear of persecution in his country of refuge, only whether they could find any basis for his argument. This also is somewhat surprising, but I suppose the thinking was that the speedy and summary determination they wished to associate

⁴ The fact that the Refugee Division is not empowered to revoke the eligibility ruling is indicated by the fact that in subs. 46.01(2) the Act does not mention any search for evidence “on which the Refugee Division might determine”, as it does in subs. 46.01(6) dealing with credibility. It can also be seen that in subs. 46.04(2) [as enacted *idem*] the Act refers to the opinion not of the Refugee Division but of the investigators at the initial stage; it reads as follows:

46.04 . . .

(2) Notwithstanding paragraph (1)(b), a person is eligible to apply for landing under subsection (1) if, in the opinion of the adjudicator or the member of the Refugee Division who considered the person's claim to be a Convention refugee, the person has a credible basis for a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion in the country that recognized the person as a Convention refugee. [My emphasis.]

tive quant à la recevabilité d'une réclamation ou sa crédibilité est certes sujette à révision en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7], il est sans doute permis d'en douter pour une décision favorable. Étant donné le processus de la Loi qui, pour fin d'efficacité administrative, cherche simplement, à ce premier stade, à repérer les demandes qui méritent considération parce qu'elles ont quelque chance de réussite et entend se contenter pour cela de l'opinion favorable d'un seul de deux officiels, il est, au premier abord, difficile de voir pourquoi il faudrait procéder à un contrôle judiciaire avant que la section du statut ne se soit prononcée. On comprend cependant dès qu'on réalise que la conclusion de l'arbitre et du membre de la section du statut sur la recevabilité n'est pas—aussi inattendu que ce soit—une conclusion uniquement préparatoire comme la décision de renvoi dans laquelle elle s'insère, mais qu'elle constitue en elle-même une décision finale qui produit des effets substantifs immédiatement et sur laquelle la section du statut ne reviendra pas⁴.

Il importe de bien noter aussi, au départ, que la vérification du bien-fondé de l'allégation de crainte dont dépend cette décision finale doit se faire sur la base du même critère de «minimum de fondement» applicable pour juger de la crédibilité de la revendication elle-même. Les enquêteurs n'ont pas à rechercher si le revendicateur a une crainte bien fondée de persécution dans son pays de refuge, mais uniquement s'ils peuvent déceler quelque fondement à sa prétention. Cela aussi est quelque peu étonnant, mais on a pensé, je suppose, que le caractère expéditif et sommaire que l'on voulait

⁴ Que la section du statut ne soit pas habilitée à revenir sur la conclusion de recevabilité ressort de ce que la Loi, à l'art. 46.01(2), ne parle pas d'une recherche d'éléments de preuve «sur lesquels la section du statut peut se fonder», comme elle le fait à l'art. 46.01(6) relatif à la crédibilité. On peut voir aussi qu'à l'art. 46.04(2) [édicte, *idem*] on se réfère à l'avis, non de la section du statut, mais des enquêteurs de l'étape initiale; en voici le texte:

46.04 . . .

(2) L'alinéa (1)(b) ne fait pas obstacle à la demande du droit d'établissement si, de l'avis de l'arbitre ou du membre de la section du statut qui ont étudié la revendication du demandeur, celui-ci craint—et cette crainte a un minimum de fondement—d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques dans le pays qui lui a reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention. [Je souligne.]

with this preliminary stage of the process would otherwise be imperilled and that it was best in cases of uncertainty to favour the claimant, as there was basically no reason in cases of strict necessity to be careful to admit only refugees coming directly from their own countries.

In any case, what is clear in this Court is that while judicial review of a positive decision on eligibility based on the exception in subsection 46.01(2) of the Act is legitimized by the fact that the decision is final, this review can still only be very limited in scope. Only the finding of a manifest error of law that may have caused a misunderstanding of the purpose of the inquiry could authorize the Court to intervene.

I had great hesitation before agreeing with the applicant Minister that the case at issue here is one which does in fact require the intervention of this Court. The difficulty arises from the fact that the error of law or comprehension that must finally be attributed to the member of the Refugee Division not only was not committed by him overtly but is even indicated in his initial remarks as something to be avoided. We will see presently what I mean.

The respondent told the investigators that he was engaged in the Congo and in England in social and humanitarian activities with political consequences, which were not approved by the Zaire government. He acted as representative in London of a movement known as "Massada"; he also collaborated with Amnesty International, and most importantly, he was the secretary of an organization of Zairian refugees known as "Zairag" (Zairian Refugee Action Group). The president of Zairag and he learned of the existence of a plan by a former Zaire military attaché to kidnap and possibly kill them. The respondent never sought special protection from the British police. It was the president of Zairag who undertook to apply for a weapons permit for himself and all members of his group, but the application for the group was not granted and respondent took no further action himself. He was unable to say whether the British police would or could protect

donner à ce stade préliminaire du processus serait autrement mis en péril et qu'il valait mieux en cas d'incertitude favoriser le revendicateur, car rien n'exigeait en somme que l'on prenne soin de n'admettre que dans les cas de stricte nécessité le réfugié qui ne viendrait pas directement de son pays.

En tout cas, ce qui est certain pour nous c'est que si la révision judiciaire d'une décision positive d'admissibilité basée sur l'exception du paragraphe 46.01(2) de la Loi est légitimée par le fait que la décision est finale, l'ampleur de cette révision ne peut néanmoins qu'en être fort restreinte. Seule l'identification d'une erreur de droit manifeste qui aurait suscité une conception erronée de l'objet de l'enquête pourrait autoriser la Cour à intervenir.

J'ai beaucoup hésité avant d'admettre avec le ministre requérant que le cas ici en cause en était un qui, effectivement, requérait l'intervention de cette Cour. La difficulté vient de ce que l'erreur de droit ou de conception que l'on doit finalement reprocher au membre de la section du statut, non seulement n'est pas commise par lui ouvertement, mais est même présentée dans ses remarques initiales comme étant à éviter. On verra tout de suite ce que je veux dire.

L'intimé expliqua aux enquêteurs qu'il avait poursuivi au Congo et en Angleterre des activités sociales et humanitaires à incidences politiques qui étaient mal vues des autorités du Zaïre. Il avait agi comme représentant à Londres d'un mouvement connu sous le nom de Massada; il avait aussi collaboré avec Amnesty Internationale et, surtout, il avait été secrétaire d'une organisation groupant les réfugiés zairois appelée Zairag (Zairian Refugee Action Group). Or, le président du Zairag et lui-même avaient appris l'existence d'un plan d'un ancien attaché militaire du Zaïre visant à les enlever et même à les assassiner. L'intimé lui n'avait jamais cherché à obtenir une protection spéciale de la part des autorités policières anglaises. C'est le président du Zairag qui s'était chargé de demander pour lui et tous les membres de son groupe un permis de port d'arme, mais la demande pour le groupe n'avait pas été accordée et lui-même l'intimé n'avait pas fait d'autres démarches. Quant à savoir si les autorités policières de l'Angleterre voulaient ou pouvaient le protéger contre les dangers qu'il appréhendait, il était incapable de

him against the dangers he feared, but in any case he felt safer in Canada.

It was the fact that he made no effort to seek protection in his country of refuge that struck the two investigators and became the focus of their concern, as neither doubted the credibility of the respondent as a witness or the plausibility of his story.

Counsel for the respondent argued that this concern by the investigators was not legitimate. His argument—repeated in this Court—was that the question of protection had nothing to do with the case, since subparagraph (a)(i) of the definition of “Convention refugee” in subsection 2(1) [as am. *idem*, s. 1],⁵ which deals with the question of whether the claimant can or may seek the protection of his country, is not incorporated by reference or otherwise in subsection 46.01(2). In his submission, the determination the investigators at the initial stage were required to make on the credible basis standard should be concerned only with the other aspects of the definition of “refugee”, namely the existence of a fear of persecution, its reasonableness, its basis, namely his race, religion, nationality, political opinions or social group, but without reference to the availability of or request for protection from the authorities of the country of refuge.

Counsel for the respondent’s argument was untenable: we do not see how it is possible to speak of a reasonable fear of persecution without reference to the means of protection at his disposal. The lack of available protection is the very essence of the fear motivating a refugee. The reason subparagraph (a)(i) of the definition of “refugee” was not reproduced in subsection 46.01(2) is that clearly there could be no question of a person who was unable or unwilling “to avail himself of the protection” of the country to which he had fled for refuge.

⁵ The wording of which is as follows:

2. (1) . . .

“Convention refugee” means any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(i) is outside the country of the person’s nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country

le dire mais, de toute façon, il se sentirait en meilleure sécurité au Canada.

C’est cette absence de recherche de protection dans son pays de refuge qui frappa les deux enquêteurs et devint le point central de leur préoccupation, car ni l’un ni l’autre ne mettait en doute la crédibilité de l’intimé comme témoin ou la plausibilité de son récit.

Pour le procureur de l’intimé, cette préoccupation des enquêteurs n’était pas légitime. Sa thèse—qui fut reprise de nouveau devant nous—était que l’élément protection n’avait rien à voir, puisque le sous-alinéa a)(i) de la définition de «réfugié au sens de la Convention» du paragraphe 2(1) [mod., *idem*, art. 1]⁵, où il est question de la possibilité ou de la volonté du revendicateur de demander la protection de son pays, n’était pas repris par référence ou autrement au paragraphe 46.01(2). La vérification, sur la base du minimum de fondement, que les enquêteurs du stade initial étaient tenus de faire ne devait porter, d’après lui, que sur les autres éléments de la définition de réfugié, i.e.: l’existence d’une crainte d’être persécuté, sa raisonnable, son objet soit sa race, sa religion, sa nationalité, ses opinions politiques ou son groupe social, mais sans égard aux possibilités ou recherches de protection des autorités du pays de refuge.

La thèse du procureur de l’intimé était intenable: on ne voit pas comment on pourrait parler de crainte raisonnable d’être persécuté sans avoir égard aux moyens de protection à sa disposition. Le manque de protection disponible est de l’essence même de la crainte qui anime le réfugié. Si le sous-alinéa a)(i) de la définition de réfugié n’a pas été reproduit au paragraphe 46.01(2), c’est qu’il ne pouvait évidemment pas être question d’une personne qui «ne pourrait pas ou ne voudrait pas se réclamer de la protection» du pays où il s’est rendu pour obtenir refuge.

⁵ Dont je rappelle le texte:

2. (1) . . .

«réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

a) qui, craignant avec raison d’être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

Not only the adjudicator but the member of the Refugee Division himself was quick to reject counsel for the respondent's argument, in very clear language:

In the area of our concern, that of refugees, we feel that the concept of "persecution" which is central to this area cannot be separated from that of "protection", and that it is arbitrary to separate them by playing with the words and paragraphs as has just been done here.

It transpired, however, that despite this initial rejection the member of the Refugee Division did not seem to have shaken off the influence of counsel for the respondent's argument. As we saw, the respondent admitted never having personally sought the protection of the police in his country of refuge and was not in a position to say whether those police had taken or were prepared to take steps to provide him with adequate protection. The fact that this complete absence of evidence on the availability of protection the respondent could obtain in his country of refuge did not seem significant to the member of the Refugee Division was due to the following reasoning:

There are acts of persecution which even states as vigilant as the United Kingdom cannot prevent—such as acts of terrorism, which are precisely what the plaintiff feels threatened by.

In such a context we feel it is really not important whether the plaintiff's claims are realistic or whether he will feel persecuted in any country he goes to. We feel it is likely that the United Kingdom cannot protect the claimant as it seems reasonable for him to seek protection in Canada, as it is not inconceivable that, simply because it is further away from the alleged persecutors or because it is less closely connected with Zaire than the United Kingdom—see the plaintiff's testimony and the arguments of his counsel—Canadian society may provide Mr. Letshou-Olembo with better protection.

What the member of the Refugee Division was required to determine in order to find that the respondent's claim was eligible was that a credible basis existed for the reasonable fear he said he had of being persecuted in the United Kingdom. This required, in my opinion, some positive and credible evidence, not simply reasoning in the abstract as to the likelihood that the United Kingdom would be unable to provide the respondent with complete protection, even accepting the notion that it could not be completely inconceivable that Canada could provide better protection.

Non seulement l'arbitre mais le membre de la section du statut lui-même s'empressa de rejeter la thèse du procureur de l'intimé et ce en des termes très clairs:

a Dans le domaine qui nous préoccupe, celui de réfugié, il nous semble que le concept de «persécution» qui lui est central est indissociable de celui de «protection» et qu'il est arbitraire de les séparer en jouant et avec les mots et avec les paragraphes comme on vient de le faire ici.

b Il arrive cependant que, malgré ce rejet de départ, le membre de la section du statut ne semble pas s'être dégagé de l'influence de la thèse du procureur de l'intimé. On a vu que l'intimé avait admis n'avoir jamais personnellement recouru à la protection des autorités policières de son pays de refuge et n'être pas en mesure de dire si ces autorités policières avaient ou non, et étaient disposées à prendre ou non, les moyens de lui assurer une protection adéquate. Si cette absence totale de preuve sur la disponibilité de la protection que l'intimé pouvait obtenir dans son pays de refuge n'a pas paru de conséquence pour le membre de la section du statut, c'est sur la base du raisonnement que voici:

e Il y a des actes de persécution que même des états aussi vigilants que celui du Royaume-Uni ne peuvent empêcher, des actes de terrorisme, par exemple, dont précisément le demandeur se sent menacé.

f Dans un tel contexte, il importe peu, selon nous, que les exigences du demandeur soient réalistes ou pas ou encore qu'il se sentira persécuté dans chaque pays où il ira. Il nous semble vraisemblable que le Royaume-Uni ne puisse protéger le revendicateur comme il nous semble raisonnable que celui-ci cherche la protection du Canada, car il n'est pas impensable que la société canadienne, tout simplement parce qu'elle est plus éloignée des présumés agents persécuteurs ou et parce qu'elle est moins liée au Zaïre que le Royaume-Uni—voir le témoignage du demandeur et le plaidoyer de son conseil—pour apporter à monsieur Letshou-Olembo une meilleure protection.

h Ce que le membre de la section du statut était tenu de vérifier pour déclarer recevable la revendication de l'intimé, c'était qu'il existait un minimum de fondement du caractère raisonnable de la crainte qu'il disait avoir d'être persécuté au Royaume-Uni. Il lui fallait, pour cela, à mon sens, une certaine preuve positive et digne de foi, et non pas uniquement un simple raisonnement abstrait de vraisemblance quant à l'impuissance du Royaume-Uni de garantir à l'intimé une protection complète même si on l'appuyait de l'idée qu'il ne serait pas totalement impensable que le Canada puisse offrir une protection meilleure.

In my view, the finding by the member of the Refugee Division on the eligibility of the respondent's claim was not based on an adequate determination as to the existence of a credible basis for the reasonable fear he said he had. The member's decision and that resulting from it were not made in accordance with the Act.

These in my opinion are the reasons why the Court should allow this application to review and set aside, set aside the initial decision made on July 27, 1989 on the eligibility and credible basis of the respondent's claim and refer the matter back to an adjudicator and a member of the Refugee Division to be again decided by them on the basis of the record as it stands, but taking into account the observations contained in these reasons.

HUGESSEN J.A.: I concur.

MACGUIGAN J.A.: I concur.

À mon avis, la conclusion du membre de la section du statut quant à la recevabilité de la revendication de l'intimé n'était pas fondée sur une vérification adéquate de l'existence d'un minimum de fondement quant au caractère raisonnable de la crainte qu'il disait avoir. Sa décision et celle qu'elle a entraîné à sa suite n'ont pas été rendues conformément à la Loi.

C'est pour ces raisons qu'à mon avis la Cour doit accueillir cette demande d'examen et d'annulation, annuler la décision de premier stade rendue le 27 juillet 1989 sur la recevabilité et le minimum de fondement de la revendication de l'intimé, et retourner l'affaire à un arbitre et à un membre de la section du statut pour qu'ils la décident de nouveau sur la base du dossier tel que constitué mais en tenant compte des remarques contenues aux présents motifs.

d LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: J'y souscris.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: J'y souscris.